

El fideicomiso en el derecho internacional privado argentino. Un análisis a partir de la comparación con la figura del trust anglosajón

O fideicomisso no direito internacional privado argentino. Uma análise baseada numa comparação com a figura do trust anglo-saxão

The trust in argentine private international law. An analysis based on a comparison with the anglo-saxon trust concept

La fiducie dans le droit international privé argentin. Une analyse basée sur une comparaison avec la figure du trust anglo-saxon

Milton César Feuillade* 

***Centro de Investigaciones en Derecho de la Integración y Derecho Comparado (CONICET); Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Rosario, Santa Fe, Argentina.**

Resumen: El presente trabajo analiza el fideicomiso en el Derecho Internacional Privado argentino, donde se parte de la base que no posee normas de jurisdicción internacional y de conflicto específicas. Se estudian los aspectos comparados con el trust anglosajón, en sus variedades y posibilidades de asimilación de instrumentos jurídicos. Se analiza la multifuncionalidad del trust y su “encaje” en nuestro Derecho. Primero desde las calificaciones donde lleva por ejemplo a tener que dilucidar si estamos ante un contrato o una sucesión si se trata de un fideicomiso testamentario. Ello hará variar las normas de jurisdicción y derecho aplicables, así como la

Correo electrónico: miltonfeuillade@gmail.com

Recibido: 20/03/2025. Aceptado: 25/08/2025.

Editor de sección: Maider Méndez , Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Asunción, Paraguay.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

intensidad del alcance de las normas de policía y de orden público. Desde el método analítico analógico se realizó la descomposición a la hora de ver las variables de Derecho aplicable en sus elementos. En la posibilidad de aplicación del Derecho extranjero se aborda las principales e históricas doctrinas de cómo se aplica el Derecho en los EE.UU. con especial referencia al trust. Veremos que, si bien nuestro Derecho regula el fideicomiso como un contrato, no lleva per sé a ser asumido automáticamente de esa manera. En los fideicomisos mortis causa la existencia de inmuebles en la República o el respeto de principios de legítima hace jugar tensiones entre el respeto de la voluntad del testador y los principios de orden público.

Resumo: Este artigo analisa o fideicomisso no Direito Internacional Privado Argentino, partindo do princípio de que este não tem jurisdição internacional específica e regras de conflito. Estudam-se os aspectos comparativos do fideicomisso anglo-saxónico, nas suas variedades e possibilidades de assimilação de instrumentos jurídicos. Analisa-se a multifuncionalidade do fideicomisso e o seu “encaixe” no nosso Direito. Desde logo, das qualificações, que levam, por exemplo, a ter de esclarecer se estamos perante um contrato ou uma sucessão, se se trata de um testamento fiduciário. Isto irá alterar as regras aplicáveis de jurisdição e de lei, bem como o âmbito dos regulamentos policiais e de ordem pública. Utilizando o método analógico analítico, foi realizada a decomposição para visualizar as variáveis do direito aplicável nos seus elementos. A Possibilidade de Aplicar o Direito Estrangeiro aborda as principais doutrinas históricas de como o direito é aplicado nos EUA, com especial referência aos fideicomissos. Veremos que, como a nossa lei regula a fideicomisso como um contrato, não pressupõe automaticamente que assim seja. Nos fideicomissos mortis causa, a existência de bens imóveis na República ou o respeito pelos princípios de legitimidade criam tensões entre o respeito pela vontade do testador e os princípios de ordem pública.

Abstract: This paper analyses trusts in Argentine Private International Law, based on the fact that they do not have specific rules on international jurisdiction and conflict of laws. The aspects compared to the Anglo-Saxon trust are studied, in its varieties and possibilities of assimilation of legal instruments. The multifunctionality of the trust and its “fit” in our Law is analysed. First, from the qualifications, which lead to having to elucidate, for example, whether we are dealing with a contract or a succession if it is a testamentary trust. This will change the rules of jurisdiction and applicable law, as well as the intensity of the scope of the police and public order rules. From the analogical analytical method, the decomposition was carried out when viewing the variables of applicable Law in its elements. In the possibility of applying foreign Law, the main and historical doctrines of how Law is applied in the USA are addressed, with special reference to the trust. We will see that because our Law regulates the trust as a contract, it does

not lead per se to it being automatically assumed in that way. In mortis causa trusts, the existence of real estate in the Republic or respect for principles of legitimacy brings into play tensions between respect for the will of the testator and the principles of public order.

Résumé: Cet article analyse la fiducie en droit international privé argentin, en supposant qu'elle ne dispose pas de règles de compétence et de conflit internationales spécifiques. Les aspects comparatifs du fiducie anglo-saxon sont étudiés, dans ses variétés et ses possibilités d'assimilation d'instruments juridiques. La multifonctionnalité de la fiducie et son « adéquation » à notre droit sont analysées. D'abord, des qualifications, ce qui amène par exemple à devoir préciser si on a affaire à un contrat ou à une succession, s'il s'agit d'une fiducie testamentaire. Cela modifiera les règles de compétence et de droit applicables, ainsi que la portée des réglementations de police et d'ordre public. En utilisant la méthode analytique analogique, la décomposition a été réalisée afin de visualiser les variables du droit applicable dans leurs éléments. La possibilité d'appliquer le droit étranger aborde les principales doctrines historiques sur la manière dont le droit est appliqué aux États-Unis, avec une référence particulière aux fiducies. Nous verrons que, parce que notre droit régleme la fiducie comme un contrat, il ne présuppose pas automatiquement qu'elle le soit. Dans les fiducies à cause de mort, l'existence de biens immobiliers dans la République ou le respect des principes de légitimité crée des tensions entre le respect de la volonté du testateur et les principes d'ordre public.

Palabras clave: Fideicomiso, Derecho internacional privado argentino, Trust anglosajón.

Palavras-chave: Fideicomisso, Direito internacional privado argentino, Trust anglo-saxão.

Key words: Trust, Argentine private international law, Anglo-saxon trust.

Mots-clés: Fiducié, Droit international privé argentin, Trust anglo-saxon.

1. INTRODUCCIÓN

Nos proponemos realizar un análisis del trust anglosajón a la luz de la figura del fideicomiso en el Derecho Internacional Privado Argentino, con especial referencia a elementos comparados, principalmente orientado al Derecho anglosajón¹.

La estrategia de investigación parte del supuesto que la figura del trust anglosajón posee diferencias con la regulación y multiplicidad de funciones

¹ Se hace la correspondiente aclaración que se utilizará las palabras trust y fideicomiso de forma indistinta.

respecto del fideicomiso, teniendo en cuenta que el Derecho Internacional Privado Argentino no lo regula específicamente, aunque sí permite un análisis desde las normas generales sobre contratos o sucesiones, tanto en el plano internacional privatista como interno².

En la situación actual de apertura de inversiones y tráfico externo hay un impacto de la institución, que se verá a lo largo del desarrollo. El objetivo principal es analizar su reconocimiento y encuadre jurídico para su adaptación en la Argentina, a partir del Derecho propio y elementos comparados, con una metodología basada en estudio bibliográfico, legal y jurisprudencial.

En su utilidad, el artículo pretende que a partir de la multiplicidad de funciones del trust en el Derecho anglosajón se pueda encuadrar, reconocer y adaptar para su funcionamiento en el país, respetando la voluntad y autonomía de quienes lo instituyen.

La metodología y desarrollo parte del estudio de la naturaleza del trust anglosajón, para analizarlo desde el problema de las calificaciones que responderá a la pregunta sobre en qué problemática del Derecho argentino encuadra, por ejemplo, contractual o sucesoria en el plano institucional y cuál es la ley que determinará en sentido de los términos.

Como elemento fundamental en cuanto aspecto nuclear del Derecho Internacional Privado está la determinación de la jurisdicción en el plano internacional, para luego desde el método analítico analógico descomponer la institución jurídica en sus elementos a los efectos de la determinación de ley aplicable en cuanto capacidad, derecho aplicable al fondo, forma del acto, impedimento a la aplicación del Derecho extranjero respecto del Orden Público Internacional y el ajuste de adaptación que nos brinda la cláusula de excepción en caso de ser necesaria su consideración. Ello brinda elementos al operador jurídico para realizar la síntesis judicial y resolver el caso.

La dimensión internacional del trust está normativamente y principalmente plasmada en la Convención de la Haya sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento del 1 de Julio de 1985, de la cual la Argentina no forma parte. Nos parece referencial tomar la conceptualización del art 2 de la Convención mencionada³, que a nuestro criterio resulta compatible con el art. 1666 del Código Civil y Comercial, sucesivos y concordantes. Aclaramos que según opiniones⁴ el Convenio más que una definición otorga elementos para su encuadre jurídico.

Destacamos que la Convención de la Haya sobre trust, fue realizada

2 ESPARZA, Gustavo A. "Derecho internacional privado del fideicomiso en la ley argentina". *El Derecho*. tomo 298, 2022, p. 743 - 751.

3 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Convenio sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento. Firmado en la Haya, el 1º de julio de 1985. Disponible en: <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59>>

4 RAYMOND, C. "Reflexions de Droit Comparé sur la Convention de La Haye sur le Trust". *Revue de droit international et droit comparé*. vol. 68, nº1, 1991, p.13. Disponible en: <https://biblioteca.ief.es/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=55234&shelfbrowse_itemnumber=63461>

para facilitar el reconocimiento de la figura jurídica para países que no la tenían legislada, que no es nuestro caso, pero también para aportar normas internacional privatistas en la materia a países que no las tienen como la Argentina, de allí que sería útil su ratificación o toma en consideración a la hora de agregarlas en el Derecho interno⁵.

En general desde el Derecho anglosajón se conceptualizan dos tipos base de trusts: los resulting trust con origen voluntario y transferencia de la propiedad realizado para otro beneficiario, también denominados expresos. Por otra parte, los constructive trust de origen legal porque justamente no hay acuerdo sino imposición por el tribunal previniendo el enriquecimiento ilícito, fraude o incumplimientos del fiduciario. Desde la equity está ligado al derecho de daños⁶.

Sobre los expresos, están los charitable trusts con fines sociales o de caridad. Lo usual junto a éstos son los trusts expresos privados en beneficio de personas determinadas.

En una base común⁷, los sujetos del trust son concordantes a los que conocemos en el fideicomiso, deben ser personas capaces para constituirlo y puede realizarse sobre cualquier tipo de propiedad. Como trustee o fiduciario están habilitadas personas humanas o jurídicas. Los deberes y obligaciones son en general coincidentes con lo regulado y conocido en el Código Civil y Comercial argentino.

El objeto del trust puede ser cualquier tipo de propiedad material o inmaterial, lo que puede resultar distinto es el equitable interest que es una propiedad desmembrada donde el trustee es el titular formal, aparente o registral y el beneficiario el titular real⁸. Si se quiere hacer una asimilación desde nuestro derecho es complejo, la concepción base gira en torno al patrimonio autónomo.

El trustee mantiene el patrimonio separado de otros bienes y de acreedores, con el límite de operaciones fraudulentas.

En este sentido y para ser concisos las responsabilidades en cuanto administración y rendición de cuentas son similares y no ajenas a las que conocemos en el Derecho argentino, incluso el deber de actuar como un buen hombre de negocios⁹.

5 VON OVERBECK, Alfred E. "Offprint from the Proceedings of the Fifteenth Session (1984)", *Trusts - applicable law and recognition*. tome II. Disponible en: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2949>> y "Explanatory report". Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/ec6fb7e0-deda-417f-9743-9d8af6e9e79b.pdf>>

6 BOGERT, George T. *The Law of Trusts*. 5ª Ed. College & School Division: West Publishing Company, 1985. Históricamente estaban los trust interpretativos, que ya no se utilizan.

7 COOTER, Robert e FREEDMAN, Bradley J. "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences". *New York University Law Review*. vol. 66 , 1991, p. 1045.

8 PÉREZ ROMÁN, Virginia. "Terminología del trust: el equitable o beneficial interest", 2022. Disponible en: <<https://vprspanishtranslations.com/es/el-equitable-o-beneficial-interest/>>

9 ARGENTINA. Art. 1674 del Código Civil y Comercial.

2. NATURALEZA DEL TRUST ANGLOSAJÓN

A la hora de analizar el reconocimiento o asimilación nos parece importante exponer la naturaleza del trust anglosajón.

La figura jurídica hasta avanzado el S. XIX era un modo de transmitir la propiedad. Las figuras contractuales no respondían en ese momento a los propósitos del trust¹⁰. En la equity de la época cuadraba mejor la consideración de titularidad de la propiedad. Sumado a que ante incumplimiento y reclamos por las obligaciones contraídas desde los contratos solamente se encontraba la compensación dineraria y no la conservación de la propiedad en las condiciones establecidas. Los cambios y soluciones a la problemática planteada se dieron con la unificación de el sistema judicial entra la equity y el common law. Se señala que el surgimiento del trust o fideicomiso financiero y el cobro por los servicios de administración y la ampliación de facultades del trustee cambió la situación. Todo ello derivó a la localización en el Derecho de los contratos y se incorpora al Restatement Second Contracts¹¹.

Otra razón fue la multifuncionalidad del trust, que hacía necesario aplicar el Derecho supletorio de los contratos, de allí por ejemplo el Uniform Principal and Income Act¹².

Esto que parecería solucionar la figura desde el Derecho Internacional Privado e innecesario tratarlo desde las calificaciones, pero como veremos más adelante, no es así.

Aquí ingresa la naturaleza del interés del beneficiario porque se plantea si es una relación in rem o in personam. Especialmente el problema se planteó con los fideicomisos testamentarios donde lo que se debía principalmente era la propiedad. O en otros tipos de trust desde las defensas que podían ejercer el trustee o el beneficiario¹³.

Ciertas posturas terminaron encabalgando la cuestión entre los derechos in rem e in personam por tener elementos de ambos. De los efectos in rem se destaca la posibilidad del beneficiario de hacerlo valer erga omnes como un conjunto de Derechos que existen sobre la cosa.

La multifuncionalidad del trust hace que según el uso que se le dé pueda variar la idea o concepción sobre su naturaleza. Como la figura del trust nace para realizar traspasos gratuitos de propiedad, así como para planificación sucesoria, no se lo visualiza desde la perspectiva contractual y

10 LANGBEIN, John H. "The Contractarian Basis of the Law of Trusts". *Yale Law Journal*. vol. 105, 1995, p. 653. Disponible en: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Contractarian_Basis_Law_of_Trusts.pdf>

11 AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement Second Contracts*. Disponible en:<https://www.fbcoverup.com/docs/library/1981-Restatement-Second-of-Contracts-1981.pdf?utm_source=chatgpt.com>

12 CONFERENCIA NACIONAL DE COMISIONADOS SOBRE LEYES ESTATALES UNIFORMES. Disponible en: <<https://dta0yqvfnusiq.cloudfront.net/fifel38841394/2018/12/Uniform-Principal-and-Income-Act-5c12a362c624d.pdf>>

13 SCOTT, Austin Wakeman; ASCHER, Mark L. y FRATCHER, William Franklin. "*Scott and Ascher on Trusts*". Aspen Publishers .vol. 5, 2006, p. 805.

así lo hacen algunas posturas modernas críticas¹⁴.

Posteriormente, se comenzó a utilizar para la tenencia y administración de activos financieros, con crecimiento exponencial en la administración de fondos de pensión particularmente en los EE.UU.¹⁵ o como mecanismos de financiación conocidos como bond o debenture trusts.

Muy conocidos en nuestro ámbito hoy en día y surgidos en los años 60 del S. XX en EE.UU. son los fideicomisos de inversión inmobiliaria denominados Real Estate Investment Trusts¹⁶.

Los trust poseen también funciones de fines concretos denominados purpose trust o fines sociales como los charitable trust, donde incluso si es indefinido el beneficiario, puede hacerlo el juez interpretando las intenciones de constitución. O, los land trusts como tipo de los purpose trusts para propiedades en beneficio público en la diversidad que pueda pensarse como mantener mascotas o conservar tumbas. Para personas privadas o limitadas en su capacidad con fines protectorios de su patrimonio están los asset protection trusts y los spendthrift trusts. No exentos de controversia al igual que las sociedades off shore radicadas en paraísos fiscales existen los off shore trusts.

Excede el marco de este trabajo, pero una visión puede tenerse desde la lectura del Uniform Trust Code¹⁷.

En definitiva y por lo expuesto, estamos ante una figura compleja, cuya naturaleza no es fácil o contundente de dilucidar, especialmente por su variedad y multifuncionalidad.

3. CALIFICACIONES EN EL MARCO TEÓRICO PARA EL FIDEICOMISO

En el problema de las calificaciones se parte tradicionalmente por la determinación de la categoría jurídica de la controversia. El punto de contacto necesariamente se califica desde la *lex civilii fori*. Desde allí en la conexión se arriba al Derecho extranjero es decir la *lex civilii causae*. En el caso del Derecho Argentino no hay norma internacional privatista específica sobre fideicomiso y tampoco general de calificaciones.

La problemática fue descubierta independientemente uno del otro por Kahn en 1891 y por Bartin en 1897 con el famoso caso de la viuda maltesa¹⁸.

14 HOFRI - WINOGRADOW, Adam S. "Contract, Trust and Corporation: From Contrast to Convergence". *Iowa Law Review*. vol 102, 2017, p. 1691. Disponible en: <<https://ilr.law.uiowa.edu/sites/ilr.law.uiowa.edu/files/2023-02/ILR-102-4-Hofri.pdf>>

15 LANGBEIN, John. H. "The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce". *Yale Law Journal*. vol. 107, 1997, p. 165. Disponible en: < https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Secret_Life_of_Trust.pdf >

16 Disponible en: <www.reit.com>

17 LUPOLI, Maurizio. *Trusts: A Comparative Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

18 LORENZEN, E. G. "Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws". *Yale Law Journal*. vol. 50, 1941, p. 742.

Tenemos por un lado el Derecho Internacional Privado tradicional bilateral donde la calificación comienza en el punto de contacto¹⁹. Este método otorga previsibilidad, pero desde hace tiempo se cuestiona que su carácter rígido puede generar consecuencias no deseadas.

De allí otras metodologías modernas basadas en la proximidad con los hechos relevantes desde donde surge por ejemplo la cláusula de excepción²⁰. Estas metodologías en cierto sentido ponen en duda las calificaciones porque lo hacen hacia el final del análisis olvidando tal vez que todo en la estructura normativa está sujeto a calificaciones, excepto el orden público internacional. Siempre ingresan derechos en consideración o conflicto, aunque no se apliquen normas indirectas, están sujetos a calificaciones.

Debe decirse que si vamos al sistema argentino sigue siendo de base conflictual, con “métodos de ajuste” a la hora de resolver el problema de adaptación²¹.

Una incidencia destacable en la calificación son las cuestiones previas por ejemplo en la dilucidación de si estamos ante un problema procesal o sustancial como ocurre en la prescripción, la ausencia con presunción de fallecimiento o si es una problemática de Derecho público o privado entre otras.

Si tomamos a Graveson²² los factores influyentes sobre las calificaciones son: a) Según cada Derecho los significados de los términos varían. 2) El problema jurídico ingresa en diferentes instituciones según el Derecho que lo trata. 3) Los hechos subyacentes del caso se integran en diferentes normas. 4) Los Derechos en juego poseen diversas bases metodológicas para llegar a un resultado que eventualmente puede ser coincidente. 5) Por último están los conceptos desconocidos.

Entonces si exponemos las teorías de las calificaciones tendremos: 1) La calificación conforme a la *lex civili fori*, que surgen en su origen de Khan²³ en 1891 y Batin²⁴ y 1897²⁵. 2) La realizada por la *lex civili causae* a partir

19 SYMEONIDES, Symeon C.; Collins Perdue, Wendy y Von Mehren, Arthur T. *American, Comparative, International: Cases and Materials*. West Group, 1998, p. 9.

20 FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. “Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma de conflicto”. *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección ESTUDIOS. vol. 67, n°2, 2015. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.1.03>>

21 SCOTTI, Luciana B. “Flexibilización y cláusula de excepción en el derecho internacional privado argentino”. *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*. año VIII, n°2, 2020. Disponible en: <<https://publicacionescientificas.uces.edu.ar/index.php/ratioiurisB/article/view/1104>>

22 GRAVESON, R. H. “Conflict of Laws. Private International Law”. *Revue internationale de droit compare*, vol. 27, 1975.

23 VERPLAETSE, Julien G. “Qualifikationskonflikte”. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 13. Jahrg. H. 3/4 (1940/41), p. 451- 466. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/27872835?seq=1>>

24 BARTIN, Ethienne. “De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois”. *Journal de l'International Privé, Clunet*. tomo 24, 1897. Disponible en: <<https://es.scribd.com/document/667556489/Bartin-de-l-Impossibilite>>

25 PASCAL, Robert A. “Characterization as an Approach to the Conflict of Laws”. *Louisiana*

del Derecho extranjero al que se ha arribado²⁶. 3) La postura comparatista de Rabel²⁷ que busca reglas autónomas y universales, que es muy útil a la hora de realizar Derecho unificado, pero poco práctica en casos mixtos. 4) La solución de Robertson²⁸, coincidente con la de Goldschmidt²⁹ por la cual desde la *lex civili fori* se califica el punto de contacto en la norma de Derecho Internacional Privado del foro y habiéndose arribado al Derecho extranjero se aplica la *lex civili causae*. 5) En similar sentido se encuentra Falconbridge³⁰, que pone en consideración todos los derechos que puedan resultar aplicables al caso, postura impulsada por Boggiano³¹ en Argentina.

Si miramos la legislación en general hay un predominio de la *lex civili fori*, con ciertas excepciones³², esto es lo que resulta más amigable, conocido y cómodo para el operador jurídico local, no por ello es lo más justo y respetuoso del elemento extranjero. En un punto, calificar instituciones y términos del Derecho extranjero desde la *lex civili fori* es distorsivo³³. Insistimos entonces que la calificación secundaria debe regirse por el Derecho regulador.

Las figuras desconocidas o no reguladas poseen particular incidencia, que en la actualidad suele suceder con el Derecho islámico como la *kafala* o el *mahr*³⁴ que es una especie de dote o ciertas figuras o modos del trust anglosajón que es tema que nos acoge.

3.1. El trust y las calificaciones

Sobre la calificación del trust, tenemos que partir de la base que en la Argentina se regula el fideicomiso, que como tal no es abarcativa de todas las variantes del trust anglosajón³⁵.

Law Review. vol. 2, nº4, 1940, p. 715. Disponible en: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=lalrev>

26 WOLFF, Martin. *Private International Law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon press, 1950.

27 RABEL, Ernst. Das Problem der Qualifikation. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1931. <<https://www.jstor.org/stable/27871878?seq=1>>

28 ROBERTSON, Arthur H. "Characterization in the Conflict of Laws". *Harvard University Press*. vol. XXIX, 1940.

29 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*. 10ª ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2011.

30 FALCONBRIDGE, J. D. "Characterization in the Conflict of Laws". *Law Quarterly Review*. vol. 53, 1937.

31 BOGGIANO, Antonio. *Tratado de Derecho Internacional*. 6ta. ed. Buenos Aires: La Ley, 2017. p. 515.

32 YASSEEN, M. F. "Principes generaux de Droit International Prive". *Recueil des Cours*. vol. 116, 1965. p. 33.

33 PHILLIP, A. "General Course on Private International Law". *Recueil des Cours*. vol. 160, 1978, p. 20.

34 JAYME, Erik. "Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne". *Recueil des cours*. vol. 251, 1995. p. 114.

35 CRUZ TORRES, Zoraida. "El trust anglosajón y el derecho internacional privado: evolución y futuro". Tesis Doctoral. DIAGO DIAGO, Pilar (Director). Universidad de Zaragoza. Zaragoza 2020. Disponible en:<<https://zaguan.unizar.es/record/94441/files/TESIS-2020-114.pdf>>

Partimos de la base que el juez argentino en virtud del art. 3 del Código Civil y Comercial, si es que resulta competente, no puede dejar de resolver bajo el argumento que la institución le resulte desconocida. Esto se combina con el art. 2595 inc. a) del mencionado cuerpo normativo que obliga a aplicar de oficio el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces extranjeros.

En el caso del trust se suma la dificultad que los países creadores y reguladores en origen no incluyen definiciones, son descriptivos³⁶, al contrario de como por ejemplo ocurre con el Código Civil y Comercial Argentino que en su artículo 1666 lo califica como contrato.

En el caso argentino tenemos la figura del fideicomiso en las variantes general, financiero y testamentario, pero como tal no es abarcativo de la multifuncionalidad del trust anglosajón.

Partimos de las normas generales argentinas internacional privatistas de jurisdicción y derecho aplicable a los contratos en ausencia de regulación del fideicomiso en el plano internacional. La pregunta que intentaremos resolver primero es: ¿Se debe calificar al trust como un contrato?

La primera tendencia será tal vez la opción llamada funcional por la que se asimila la figura desconocida a otra regulada en el Derecho interno, ello puede llevar a desvirtuar la institución desde su derecho original aplicable, de allí la inconveniencia de la consideración exclusiva de la *lex fori*.

La base del Derecho Internacional Privado es la aplicación del Derecho extranjero y lo ideal es la existencia de normas internacional privatistas en la materia³⁷ o la inclusión de normas internas o una herramienta es la ratificación del Convenio de la Haya sobre ley aplicable al trust y su reconocimiento, lo que hasta hoy en la Argentina no ocurrió³⁸.

El trust como tal no atenta contra el orden público internacional argentino³⁹, habrá que analizar eventualmente algunos aspectos de algunas regulaciones.

La primera norma a utilizar será el art. 2651 del Código Civil y Comercial que resolverá por la autonomía de la voluntad que fácilmente nos lleva al Derecho elegido o materialmente contruido.

36 Por ejemplo, puede citarse el Uniform Trust Code estadounidense que sirve de ley modelo base para toda regulación inter estatal. Sí contiene conceptos que podrán servir de guía como el fiduciante (settlor), el beneficiario, el fiduciario o trustee. *Uniform Trust Code*, § 103, revisión de 2005. Ver capítulo 2, § 2.1. Disponible en: <https://www.cobar.org/Portals/COBAR/Repository/Sections/TE/UTC/UTC2005editable.pdf?ver=2017-01-16-145618-530&utm_source=chatgpt.com>

37 GARDE CASTILLO, Joaquín. *La institución desconocida en Derecho internacional privado*. University of Minnesota: Reus, 1947. Recordamos que históricamente fue Savigny el que habló de las instituciones desconocidas como límite a la aplicación del Derecho Extranjero, cuando descubre también las leyes rigurosamente prohibitivas que pasó a llamarse Orden Público, de lo cual no diferenciaba.

38 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento*. Disponible en: <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59>>

39 LAGARDE, Paul. "Public Policy". *International Encyclopedia of Comparative Law*. Cap. 11, vol. III, 2011. Brill. p. 5.

Si no hubo autonomía tendremos el art. 2652 del Código Civil y Comercial cuando nos dice:

En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.

Entonces en defecto de elección o creación de Derecho aplicable hay situaciones donde el fideicomiso nos puede llevar al Derecho extranjero y por lo tanto a la *lex causae*, dígase, obligaciones del fideicomiso a cumplirse en el extranjero o los otros dos supuestos descriptos.

Centrémonos ahora en la figura desconocida que nos llega a la Argentina. Aquí, desde la aplicación de teoría de las calificaciones funcional o analógica, primero debe verse el Derecho extranjero que regula la figura del trust⁴⁰.

Nos parece interesante tomar el estudio sobre el tema de Virgós Soriano⁴¹, que parte de la calificación como una operación interpretativa especial con tres etapas la primera desde la *lex civili fori* a la norma de conflicto en sus supuestos de hecho y los conceptos que emplea. La segunda acude a la *lex civili causae* o sea el derecho regulador de la institución a la que ha arribado. En la tercera se realiza la subsunción o en su caso la adaptación con la institución del foro.

Si vamos ahora al trust en el Derecho de raigambre anglosajona, es un negocio complejo con una multifuncionalidad. Sobre la base de la función que represente en el caso concreto se propone la calificación. Así cuando la asimilación sea hacia el fideicomiso se acercará al contrato o cuando sea testamentario tendrá elementos de calificación desde el Derecho sucesorio.

En otros casos estará más orientado en sus funciones como un patrimonio afectado con fines determinados o como una donación indirecta.

3.2. Calificación como contrato

Un antecedente de la calificación contractual ocurrió en suiza en el caso *Harrison v. Schweizerische Kreditanstalt*⁴² donde el Sr. Harrison con nacionalidad y domicilio en EE.UU. constituye un trust como contrato con

40 GONZALEZ BEILFUSS, Cristina. *El Trust: La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*. Barcelona: Bosch, 1970. p. 70.

41 VIRGÓS SORIANO, Miguel. *El Trust y el Derecho Español*. Navarra: Aranzadi: 2006. p. 96.

42 TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE SUIZA. Sentencia del 29 de enero de 1970. Disponible en: <http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F96-II-79%3Afr&lang=fr&type=show_document&zoom=OUT>

su ex mujer como beneficiaria y sus tres hijos, nombrando al banco Credit Suisse como trustee.

En el caso se había ejercido la autonomía de la voluntad sobre la ley suiza. El Sr. Harrison se casó en segundas nupcias y un tiempo después fallece. Su esposa alega ante el tribunal de Zurich la nulidad del trust a los efectos de que los bienes ingresen al sucesorio.

La solución adoptada fue una transposición hacia tipos contractuales del Derecho suizo en el caso concreto como contrato atípico. Era el Credit Suisse el que debía otorgar la prestación característica del contrato. La equiparación principal fue hacia un contrato en beneficio de tercero donde la transmisión de la propiedad era una donación.

Cuando lo miramos desde nuestro Derecho es clarísima de inicio la asimilación y calificación como contrato, baste la definición del art. 1666 del Código Civil y Comercial, con la excepción, de las calificaciones que tocan al fideicomiso testamentario, que sí se instrumenta como contrato, pero toca a la institución sucesoria.

3.3. Calificación desde el Derecho sucesorio

En los trust mortis causa una opción ha sido la asimilación desde el Derecho sucesorio. Una primera distinción será la validez del testamento desde su ley reguladora para que si así ocurre analizar las disposiciones que contiene. Los supuestos giran en torno a sucesiones internacionales donde hay inmuebles en la República Argentina sujetos a un trust o reclamaciones de derechos hereditarios sobre bienes incluidos en el trust. O sobre fideicomisos realizados en la República en relación a bienes que se encuentran en el extranjero y que por ejemplo están afectando la legítima.

Nuestro sistema utiliza un sistema mixto de aplicación general de la ley del último domicilio del causante al tiempo de su muerte con el fraccionamiento de aplicación de la ley argentina a los inmuebles sitios en la República⁴³. Desde derechos de raigambre anglosajona es coincidente con la ley Norteamericana de Derecho Internacional Privado sobre Derecho sucesorio⁴⁴.

La mayor tensión se produce alrededor de los sistemas de libre disposición testamentaria sin reconocimiento de la institución de la legítima. El principio de unicidad del patrimonio de los países de Derecho continental se enfrenta a la divisibilidad del trust anglosajón.

En nuestro análisis el centro del problema es cuando tenemos un trust extranjero sobre bienes situados en la República Argentina.

La situación es que se aplicará a los inmuebles el Derecho Argentino por lo que se asimilará el trust al fideicomiso testamentario, con las limitaciones,

43 Conf. Art. 2644 del Código Civil y Comercial.

44 SCHOENBLUM, Jeffrey A. *Multistate and Multinational Estate Planning*. Wolters Kluwer Business: CCH Inc., 2009. p. 18.

principalmente alrededor de la legítima que impone el Derecho sucesorio y la prohibición de pactos de herencia futura⁴⁵.

Tampoco debe dejar de interesarnos la cuestión de los bienes muebles. Aquí prima facie es como que se facilita más el reconocimiento dado que el Derecho aplicable será el del último domicilio del deudor al tiempo del fallecimiento⁴⁶. Sin embargo, el obstáculo de orden público internacional seguirá siendo el respeto a la legítima, que recordemos no necesariamente debe ser coincidente pero sí tenida en cuenta como principio del ordenamiento.

3.4. Otras posibles calificaciones

Se ha planteado la posibilidad de calificar al trust como mandato⁴⁷, no es una postura que haya tenido recepción y visto desde nuestro Derecho consideramos que es desplazada por la regulación específica del fideicomiso como contrato.

Cuando vamos al art. 1685 del Código Civil y Comercial vemos al fideicomiso regulado como un patrimonio separado. Es una de las características del contrato que se ha pretendido calificar de manera autónoma⁴⁸. Se plantea en casos donde hay limitaciones respecto de situaciones familiares o de beneficiarios, elemento que no ocurre de manera general en la legislación argentina.

Se intentó también la asimilación hacia una persona jurídica, sea sociedad o fundación. Para países como el nuestro que ya poseen una legislación consolidada no está entre las opciones, por la naturaleza misma del fideicomiso cercana al trust anglosajón. Es claro que la institución carece de personalidad jurídica para asimilarla a una de ellas⁴⁹.

4. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

Desde la jurisdicción internacional, si lo vemos primero en las normas argentinas, tendremos el art. 2605 por las que hay autonomía de la voluntad.

45 Desde el Código Civil y Comercial Argentino están los arts. 1699 y 1700, remitiendo las normas imperativas y principios de orden público en materia sucesoria. Soluciones históricas en sistemas similares al nuestro fue el caso belga “Evans c. Evans”, Sentencia de 27 de noviembre de 1947 Tribunal Civil, Sala 6, Bruselas 1948, donde si bien se aplica el sistema de unidad sucesoria, se resguardaron como principio de orden público la legítima, p.52-60. Disponible en: <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/pas2/1948-3.pdf?utm_source=chatgpt.com>. En Francia se prohíben las sustituciones fideicomisarias y también se resguarda la legítima. En Caron v. Odell, Tribunal de Casación, 20 marzo 1985. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007015476/?utm_source=chatgpt.com>, se estableció que había fraude a la ley sobre un fideicomiso constituido en EE.UU. sobre un inmueble sito en Francia, dejado en beneficencia y que perjudicaba la legítima.

46 Conf. Art. 1644 del Código Civil y Comercial.

47 SCHOENBLUM, Jeffrey A. “The Adaptation of the Asset Protection Trust for Use by the Multinational Corporation: the American Perspective”. En: MCKENDRICK, Ewan. *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*. Oxford: Calderon Press Publication, 1992. p. 82.

48 VIRGÓS SORIANO, Miguel. Op. cit., p. 114.

49 GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. Op. cit., p. 98

La base es que verse sobre materia patrimonial e internacional. La situación es doble, sobre la base de normas extranjeras, que se haya pactado la jurisdicción argentina.

Otra posibilidad es que en un fideicomiso realizado en el país se establezca jurisdicción extranjera.

A nuestro criterio habrá limitantes, la base es que la prórroga será válida en la calificación contractual y eso hace a la eficacia del trust si se cuestiona. Ahora sobre la transferencia de la propiedad estará la limitante de la jurisdicción exclusiva del art. 2609 del Código Civil y Comercial en cuanto derechos reales sobre bienes inmuebles, bienes registrables si se trata de su validez o nulidad, así como en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños y derechos análogos.

La pregunta es si la jurisdicción en materia sucesoria es disponible, consideramos que no y deberá estarse como dice el art. 2643 del Código Civil y Comercial por el juez del último domicilio del causante al tiempo del fallecimiento o como jurisdicción alternativa y concurrente el lugar de situación de los bienes inmuebles en el país.

5. EL DERECHO APLICABLE AL TRUST DESDE EL MÉTODO ANALÍTICO ANALÓGICO

Vamos a centrarnos principalmente ahora sobre el Derecho aplicable al trust en su desarrollo desde el Derecho norteamericano. Desde el método analítico analógico se descompone la institución en sus elementos.

De hecho y como referencia la convención de la Haya sobre trust en su art. 9 hace regir por su propia ley a la administración y distingue partes, así el art. 10 dice: “La ley aplicable a la validez del *trust* determinará si dicha ley o la ley aplicable a un elemento separable del *trust* puede ser sustituida por otra ley”.

Desde nuestro derecho se aplica el art. 2595 inc. c) en cuanto armonización y adaptación de diversos derechos aplicables a una misma relación jurídica.

5.1. Capacidad

La capacidad de la persona humana conforme al Derecho argentino estará regulada por la ley del domicilio, acorde al art. 2616 del Código Civil y Comercial y sus concordantes y calificación en el art. 2613 del cuerpo normativo.

Ahora se verá la capacidad en relación a su diversidad, porque no es lo mismo un fideicomiso orientado en forma general que uno testamentario. Y dentro de la forma general podrá ser donación, venta, cesión.

Y además del constituyente estará la capacidad para las otras partes del acto jurídico.

A contrario de la distinción entre ley que rige la capacidad y el fondo de la cuestión, en el Derecho anglosajón no suele ser de esta manera y está

sujeta a la validez material. Tal es así que en la Convención de Haya sobre Trust la cuestión de la capacidad quedó fuera del Convenio⁵⁰.

La problemática más que alrededor de la capacidad general gira en torno a las incapacidades especiales, por ejemplo, a la hora de un fideicomiso testamentario sobre bienes que pueden tocar a la legítima o aquellos que ingresan dentro de la sociedad conyugal. Como se visualiza en el ejemplo dado, a veces no es fácil distinguir entre la capacidad y la ley que rige el fondo del acto cuando se lo pone en el plano transnacional.

Para la ley de fondo existe autonomía de la voluntad en su elección, para la capacidad no, con lo cual ligarla a la validez material del acto puede llevar a querer evadir la ley que le permite hacer el acto. Luego cuando llega a la situación transfronteriza se verá si en cuanto norma imperativa había incapacidades especiales y si se las califica como problemática de capacidad o de fondo del asunto⁵¹. Para reforzar recordamos que los Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales de la Conferencia de la Haya de 2015, excluyen las cuestiones referentes a capacidad⁵². Lo que nos parece claro es que se aplicará la ley del domicilio de manera general y para las incapacidades especiales regirá la ley argentina en cuanto normas imperativas.

Respecto de las personas jurídicas vemos con claridad que será desde el domicilio constituido del cual emana el acto que regirá la capacidad.

Tal vez los más problemáticos son los fideicomisos testamentarios, donde la capacidad general es la del domicilio del testador al momento de dictar el testamento. Luego será la ley de situación del bien la que restringirá el traspaso de dominio si afecta la legítima⁵³.

5.2. Derecho aplicable al fondo

Cuando analizamos las calificaciones hicimos referencia a la contractual y la aplicación de las normas de conflicto en la materia, es decir los arts. 2651 y 2652 del Código Civil y Comercial. Como referencia en la autonomía de la voluntad hay coincidencia con el art. 6 de la Convención de la Haya sobre trust.

Ahora, fijémonos en la segunda parte de la norma convencional cuando nos dice:

50 Ver informe explicativo párr. 59. Disponible en: <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59>>

51 HARRIS, J. "The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges". *The Trust Law International*. vol. 22, 2008, p. 10.

52 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Disponible en: <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-law-principles>>

53 Destacamos que a contrario de como sucede en nuestro Derecho donde la capacidad está siempre ligada al Estatuto personal en el Derecho norteamericano sucesorio, respecto de los inmuebles la capacidad de liga a la *lex situs* y el resto de los bienes al último domicilio del causante. Esto es así también en los trust testamentarios. *Restatement Second, Conflicts* §§ 236, 239-242, 260-265.

Cuando en la ley elegida en aplicación del párrafo anterior no se conozca la institución del *trust* o la categoría de *trust* de que se trate, esa elección no surtirá efecto y se aplicará la ley a que se refiere el artículo 7.

No es el caso del rechazo al reconocimiento de la institución, pero sí, por todo lo que ya hemos dicho, que estemos ante una categoría no especificada en el Código Civil y Comercial.

El art. 7 dice que en defecto de ley aplicable se está por los vínculos más estrechos. En la determinación de la ley se tiene en cuenta:

- a) el lugar de administración del *trust* designado por el constituyente;
- b) el lugar donde se encuentren situados los bienes del *trust*;
- c) el lugar donde resida o ejerza sus actividades el trustee;
- d) los objetivos del *trust* y los lugares donde deban cumplirse⁵⁴.

En el Derecho aplicable un tema central es la transferencia de la propiedad. Desde el Derecho anglosajón al traspaso de los bienes muebles registrables e inmuebles se les aplica la *lex situs*⁵⁵ y a los muebles tangibles la ley del lugar del traspaso más reciente. Pareciera que viene a solucionar el problema y sobre los bienes sitios en Argentina se aplicará la ley del país. Así tendremos el art. 1702 del Código Civil y Comercial que remite a la aplicación de normas referentes a Derechos reales en combinación con los arts. 2663 y sucesivos en cuanto normas internacional privatistas en la materia.

54 En el art. 8 de la Convención de la Haya sobre *trust* nos dice los aspectos de la validez que abarca, al que por razones de brevedad nos remitimos.

55 La aplicación de *lex situs* es de vieja data jurisprudencial, por ejemplo ver caso Earl Nelson contra Lord Bridport de 1846. Disponible en: <<https://www.uniset.ca/other/cs5/50ER215.html>>, donde se intentaba traspasar una propiedad que se encontraba en Sicilia, contrario a su Derecho. Se aplicó el reenvío, sin resultado. Que si lo llevamos al Derecho Argentino podrá darse desde la ley aplicable al *trust*, en cuanto contrato si no se ejercido la autonomía de la voluntad, pero se encuentra con el límite de la aplicación de la ley de situación para los inmuebles, incluso en materia sucesoria. El reenvío también fue aplicado históricamente en el caso Duque of Wellington, de 1947. Disponible en: <<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/PLCCoreDocument/ViewDocument.html?comp=pluk&DocumentGuid=I9496409953c711e598dc8b09b4f043e0&ViewType=FullText&HasDraftingNotes=False&ResearchReportViewMode=False&SessionScopesValid=True&IsCourtWireDocument=False&IsSuperPrivateDocument=False&IsPrivateDocument=False&IsRequestedForPreviewPane=False&IsGlobalPrimarySourceDoc=False&ClientMatter=Cobalt.Website.Platform.Web.UserData.ClientMatter&AuthenticationStrength=0&IsMedLitStubDocument=False&IsOutOfPlanDocumentViewClicked=False&DisableHighlightSearchTerms=False&UseNonBillableZoneClientId=False&TransitionType=Default&ContextData=%28sc.Default%29&BillingContextData=%28sc.Default%29>>, en un tema sucesorio estaban propiedades del duque en España. El Derecho Internacional Privado inglés remite a la ley de situación y la ley Española, que no admite el reenvío, a la ley de nacionalidad, en este caso la inglesa, por lo cual fue esta ley la aplicable. En el reenvío doble está el caso Annesley, de 1926. Disponible en: <<https://www.quimbee.com/cases/in-re-annesley>>, donde una mujer inglesa fallece con domicilio en Francia, bajo la calificación inglesa de domicilio. Se trataba de bienes muebles. Según la ley francesa la calificación de domicilio lo ubicaba en Inglaterra. Aplicando el reenvío el Derecho inglés reenvió al francés.

Básicamente a los bienes inmuebles y muebles de situación permanente se les aplica la ley de situación, calificándolos desde donde se encuentran. A los bienes registrables la ley de registro y sobre los bienes muebles de carácter no permanente tenemos el art. 2670 del Código Civil y Comercial que aplica la ley del domicilio del dueño.

Lo que parece simple puede complicarse. Desde el Derecho anglosajón el dominio puede transferirse de modo simple o como se le denomina vesting of title tanto al trustee sobre el dominio en cuanto título legal como al beneficiario en cuanto titularidad en equity. Entonces la pregunta es si se reconoce el título en equity. En este punto se propone distinguir en la relación entre el trustee y el beneficiario. Aquí hay un problema en relación a la naturaleza jurídica de la administración del fideicomiso, porque está el escollo del no reconocimiento del traspaso de la propiedad en equity, desde allí que se piensa en la aplicación de la ley que rige el fondo del trust y no la ley local del traspaso de la propiedad⁵⁶.

La solución nos parece satisfactoria porque de lo contrario no podrían constituirse trust en países anglosajones con traspasos en equity sobre propiedades citas en países que no reconocen este tipo de dominio. Lo mismo sucede cuando el constituyente se establece a sí mismo como trustee en beneficio de otro.

Nos queda profundizar un poco más sobre los bienes muebles de carácter no permanente. Partimos en nuestro Derecho del citado art. 2670 del Código Civil y Comercial para el fideicomiso inter vivos. Resulta que la jurisprudencia estadounidense no es tan concluyente.

Así se parte de la aplicación de la ley del lugar de celebración⁵⁷ contraria a la regla que los muebles siguen a la persona.

También está el fideicomiso testamentario sobre bienes muebles, donde desde nuestro Derecho tenemos la ley del último domicilio del causante al tiempo del fallecimiento. Allí la ley estadounidense es coincidente⁵⁸. La

56 HARRIS, J. Op. Cit., p. 25.

57 LORENZEN Ernest G.; HEILMAN Raymond J. Restatement First, Conflicts: § 294 The validity of a trust inter vivos of chases in action is determined by the rules of the state in which the trust was sought to be created. *University of Law Pennsylvania Review*. vol 83, nº 5, p.572. Disponible en: <<https://openyls.law.yale.edu/server/api/core/bitstreams/39b75993-8b6a-44ee-a295-970dfbffb45a/content>>. Desde la jurisprudencia en *Hutchinson v. Ross*, de 1953. Disponible en: <<https://www.uniset.ca/other/pubpol/187NE65.html>> , allí una persona desde Quebec crea un trust sobre bienes muebles en Nueva York, donde sería administrado, a favor de sus hijos y su esposa. El trust era inválido en Quebec. Se planteó esto ante los tribunales de Nueva York aduciendo que el Derecho Canadiense era el de su domicilio. Ello se rechazó bajo el argumento que cuando se trasladaron lo bienes, más allá del domicilio ingresan bajo la protección legal de donde se encuentran. En el caso *Murphy v. Murphy*, de 1968. Disponible en: <<https://law.justia.com/cases/nevada/supreme-court/1968/5575-1.html>> , se aplicó la ley del lugar de administración del trust, para el caso Nueva York. Si ve la sentencia analiza una diversidad de factores otorgando la mayor proximidad al lugar de administración del trust.

58 LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl. "Testamentary trusts in english law: an introductory approach". *Cuadernos de Derecho Transnacional*. vol. 7, nº1, 2015. Disponible en: <<https://e-revistas>.

norma lo que hace es priorizar la voluntad del testador por sobre la ley del lugar de administración del fideicomiso.

Nos parece importante mencionar el caso Annesley citado anteriormente, donde un ciudadano inglés dictó testamento en su país, dejando de lado legitimarios, muere con domicilio en Francia. Por el Derecho inglés se aplica el último domicilio del causante al tiempo del fallecimiento. Lo que destacamos es que no se anuló el testamento, sino que se lo respetó, pero respecto a la porción que no afectaba la legítima. Creemos que es la solución correcta de ocurrir en la Argentina porque equilibra la voluntad del testador con el principio de orden público de la legítima.

En el Derecho argentino el fiduciario está sometido a reglas de administración. La base es que la administración se cumple ligada al Derecho aplicable al instrumento cumpliendo las instrucciones que éste contiene.

Cuando estamos frente a bienes inmuebles, queda ligada a la ley de situación. Si se trata de muebles, será el lugar donde se localiza la administración. Y si es testamentario se liga a la ley que rige la sucesión.

En los casos de fideicomisos financieros los activos estarán sujetos a las reglas de los arts. 1690 a 1692 del Código Civil y Comercial, que parten desde la autorización en el mercado de valores donde operan y su contralor por la autoridad de aplicación, así como reglas impositivas de forma en el contrato.

5.3. Forma

Cuando vamos a la forma, si lo vemos en primer término desde el Derecho argentino, tendremos el art. 2649 del Código Civil y Comercial cuando parte de que se rige por la ley del lugar de celebración. Esto va para un fideicomiso genérico inter vivos.

En la imposición de forma tendremos que:

Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada.

Luego ingresa el artículo específico sobre forma del fideicomiso del art. 1669 del Código Civil y Comercial, cuando nos dice:

El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las

formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.

Entonces respecto de bienes cuya transmisión requieran instrumento público como por ejemplo inmuebles y que ya hemos visto se les aplica la ley de situación sobre el fondo, sobre la forma, en la relación entre ley impositiva y ley extranjera reglamentadora será la ley argentina la que rija la equivalencia.

También tenemos al art. 2645 del Código Civil y Comercial en cuanto forma testamentaria y es aplicable a este tipo de fideicomiso, así:

El testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas.

Si vamos a ver el Derecho estadounidense, la regla sobre forma es la del lugar de otorgamiento, incluso para los testamentos⁵⁹. En el Derecho inglés varía y concurre para la forma la ley de situación con la del domicilio del testador.

5.4. Orden público y normas imperativas

Veamos ahora la perspectiva desde el orden público internacional y las normas internacionalmente imperativas como límite al funcionamiento del fideicomiso en el plano internacional. Desde la remisión y aplicación sobre las normas generales de contratos, la primera referencia es la autonomía de la voluntad que puede ejercerse desde el art. 2651 del Código Civil y Comercial y sobre el punto que estamos tratando tenemos que el inc. e) nos dice:

...los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso.

Norma específica que posee concordancia con los arts. 2599 y 2600 del Código Civil y Comercial.

A lo que sigue el inc. f) como norma de prevención de fraude al decir: ...los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno.

⁵⁹ UNIFORM LAW COMMISSION NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. *Uniform Probate Code* 1969 Section 2-506, febrero 2023. Disponible en: <https://www.flprobatelitigation.com/wp-content/uploads/sites/837/2023/08/UPC_Final-Act_2023feb27.pdf>

Que posee su concordancia con la norma general del fraude del art. 2598 del Código Civil y Comercial.

En el fideicomiso testamentario tenemos la norma del art. 2444 del Código Civil y Comercial sobre protección de la legítima, que actuará como norma imperativa cuando se aplique el Derecho argentino, por ejemplo, en los casos de inmuebles y como principio de orden público cuando se aplique el Derecho extranjero sobre otro tipo de bienes. Distinción que nos parece importante realizar porque en los casos que se debe respetar la legítima como principio de Orden Público no necesariamente debe ser porcentualmente coincidente, sino suficientemente respetada.

Específicamente el art. 2493 del Código Civil y Comercial nos dice:

El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8º, Capítulo 30, Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448.

Recordando que el art. 2448 prevé la posibilidad de una mejora a favor del hijo con discapacidad incluso por fideicomiso.

Ambas normas son aplicables desde la remisión directa del art. 1699 del Código Civil y Comercial referente a fideicomisos testamentarios.

Además, se encuentra la limitación del art. 1700 cuando establece:

Es nulo el fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitado para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura.

Lo que decimos no resultará extraño al Derecho Internacional Privado inglés que aplica la ley del último domicilio del causante para los bienes muebles y la ley de situación en los inmuebles⁶⁰.

Subyacente estará siempre el problema de las calificaciones, de si se trata de un problema sucesorio, de propiedad en cuanto derechos reales o de capacidad, pero ello ya lo hemos analizado.

Otro aspecto es el régimen de gananciales del matrimonio, especialmente en la disposición de bienes que forman parte de la sociedad de gananciales y que para su transmisión requieren de asentimiento del cónyuge, así tenemos el art. 456 del Código Civil y Comercial y sus concordantes.

60 LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl. "Cross border testamentary trusts and the conflict of laws". Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 8, N° 1, 2016. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3025/1731> .

Dentro de las normas imperativas se encuentran las obligaciones registrales en las respectivas Inspecciones de Justicia de cada provincia. Citamos como ejemplo la Resolución 15/2024 dentro del ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁶¹.

5.5. Cláusula de excepción

Desde la cláusula de excepción en el inicio del planteo nuevamente toca el problema de las calificaciones, porque si se califica al trust como contrato operará la norma específica del art. 2653 del Código Civil y Comercial y de lo contrario la cláusula general del art. 2597.

La diferencia esencial entre ambas normas es que en materia contractual actúa a pedido de parte y de lo contrario de oficio. Poseen en común que no es aplicable cuando se ha ejercido la autonomía de la voluntad.

Ilustrativo nos ha parecido el caso *Estate fo Renard*⁶², donde una mujer francesa vivió treinta años en Nueva York y se nacionalizó norteamericana. Por testamento donde ejerció autonomía de la voluntad en la ciudad donde residía, deja un departamento sito en París a su hijo, que vivía en California con doble nacionalidad estadounidense y francesa. La ley de Nueva York remitía para el inmueble a la ley francesa y operaba el respeto de la legítima. En el fallo por un lado está la autonomía de la voluntad, pero lo destacable es que por los vínculos estrechos a partir de haber vivido treinta años en los Estados Unidos se optó por la aplicación de esta ley. El conflicto esencial era alrededor de dos legados a una amiga y una institución benéfica que había dejado la testadora y sobre lo que su hijo reclamaba la legítima en virtud de la ley francesa. Fue determinante también la consideración que el hijo no residía en Francia por lo que no se consideró el interés de proteger la legítima, sumado en que hacía poco tiempo que había adquirido esa nacionalidad.

CONCLUSIONES

El trust anglosajón posee amplitud de funciones que hacen difícil su encuadramiento en los países del Derecho civil y de la que no es ajena a la situación la Argentina.

Desde su conceptualización encontramos compatibilidad con la que realiza la Convención de la Haya sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento en relación al Código Civil y Comercial, la cual dada la carencia de normas internacional privatista que posee la Argentina, vemos como conveniente su ratificación.

Los elementos base entre nuestro fideicomiso y el trust anglosajón se puede decir que son comunes, los problemas de asimilación pueden estar en

61 ARGENTINA. INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA. Resolución General 15/2024. Ciudad de Buenos Aires, 15/07/2024 Disponible en: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-15-2024-401548> >

62 NEW YORK SURROGATE'S COURT. 108 Misc.2d 31, 437 NYS2d 860 , Estate fo Renard, 16 de marzo de 1981. Disponible en: < <https://www.quimbee.com/cases/estate-of-renard> >

la multifuncionalidad que posee en el Derecho anglosajón.

La calificación del trust debe realizarse una vez arribado al Derecho extranjero desde la *lex civili causae*. Encontramos que predominará la calificación contractual para los fideicomisos inter vivos y desde los elementos sucesorios para los *mortis causae*.

Consideramos que el trust no contraría los principios de orden público internacional, más allá de ciertos aspectos particulares regulados en otro ordenamiento.

Al no haber regla específica, si corresponde aplicar el Derecho Argentino deberá estarse por la jurisdicción y Derecho aplicable a los contratos.

Cuando lo que toque sea la aplicación del Derecho extranjero será nuestro mismo Código Civil y Comercial el que nos lleva a aplicarlo de la manera más cercana posible a como lo haría el juez extranjero.

En las limitantes a la aplicación del Derecho extranjero estarán principios de orden público internacional como la legítima en el Derecho sucesorio, pero siempre equilibrando la voluntad del constituyente de un fideicomiso válido, volcándose por principios de cumplimiento.

La capacidad para constituir un fideicomiso depende de su estatuto y es no disponible, sujeto en nuestro país a las incapacidades especiales que actúan como normas imperativas.

Ante situaciones que no haya autonomía de la voluntad podría ser aplicable la cláusula de excepción.

CONFLICTO DE INTERÉS

El autor declara que no existe conflicto de interés en el artículo presentado a publicar en la revista jurídica RSTPR.

FINANCIAMIENTO

De igual forma declara que no cuenta con financiamiento institucional para su elaboración.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement Second Contracts*. Disponible en: <https://www.fbcoverup.com/docs/library/1981-Restatement-Second-of-Contracts-1981.pdf?utm_source=chatgpt.com>

ARGENTINA. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Disponible en: <<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>>

ARGENTINA. INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA. *Resolución General 15/2024*. Ciudad de Buenos Aires, 15/07/2024. Disponible en: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-15-2024-401548/texto>>

BARTIN, Ethienne. “De l'impossibilité d'arriver à la suppression definitive des conflit de lois”. *Journal de International Privé Clunet*, tomo 24, 1897. Disponible en: <<https://es.scribd.com/document/667556489/Bartin-de-l-Impossibilite>>

BOGERT, George T. *The Law of Trusts*. 5 ta. Ed. College & School Division: West Publishing Company, 1985.

BOGGIANO, Antonio. *Tratado de Derecho Internacional*. 6ta. ed. Buenos Aires: La Ley, 2017. p. 515.

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Convenio sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento*. Firmado en la Haya, el 1º de julio de 1985. Disponible en:< <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59>>

CONFERENCIA NACIONAL DE COMISIONADOS SOBRE LEYES ESTATALES UNIFORMES. *Drafting committee on uniform principal and income act*. Disponible en: <<https://dta0yqvfnusiq.cloudfront.net/fifel38841394/2018/12/Uniform-Principal-and-Income-Act-5c12a362c624d.pdf>>

COOTER, Robert e FREEDMAN, Bradley J. “The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consecuencias”. *New York University Law Review*. vol. 66, 1991, p. 1045.

CRUZ TORRES, Zoraida. “El trust anglosajón y el derecho internacional privado: evolución y futuro”. Tesis Doctoral. Director: DIAGO DIAGO, Pilar. Universidad de Zaragoza. Zaragoza 2020. Disponible en: <<https://zaguan.unizar.es/record/94441/files/TESIS-2020-114.pdf>>

ESPARZA, Gustavo A. “Derecho internacional privado del fideicomiso en la ley argentina”. *El Derecho*, T. 298, 2022, p. 743 - 751.

ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE NEVADA. James L. MURPHY vs Jo Ellen MURPHY. 11 de diciembre de 1968.

FALCONBRIDGE, J. D. “Characterization in the Conflict of Laws”. *Law Quarterly Review*. vol. 53, 1937.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. “Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma de conflicto”. *Revista Española de Derecho Internacional, Sección ESTUDIOS*. vol. 67, nº2, 2015. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.1.03>>.

GARDE CASTILLO, Joaquín. *La institución desconocida en Derecho internacional privado*. University of Minnesota: Reus, 1947.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría pluralista del mundo jurídico*. 10ª ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2011.

GONZALEZ BEILFUSS, Cristina. *El Trust: La institución angloamericana y el derecho internacional privado español*. Barcelona: Bosch, 1970. p. 70.

GRAVESON, R. H. “Conflict of Laws. Private International Law”. *Revue internationale de droit compare*. vol. 27, 1975.

HARRIS, J. “The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges”. *The Trust Law International*. vol. 22, 2008, p. 10.

HOFRI-WINOGRADOW, Adam S. “Contract, Trust and Corporation: From Contrast to Convergence”. *Iowa Law Review*. vol. 102, 2017, p. 1691. Disponible en: <<https://ilr.law.uiowa.edu/sites/ilr.law.uiowa.edu/files/2023-02/ILR-102-4-Hofri.pdf>>

JAYME, Erik. “Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne”. *Recueil des cours*. vol. 251, 1995. p. 114.

LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl. “Testamentary trusts in english law: an introductory approach”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. vol. 7, nº1, 2015, pp.96-111. Disponible en: <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2514/1393>>

LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl. “Cross border testamentary trusts and the conflict of laws”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 8, Nº 1, 2016. Disponible en: <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3025/1731>>

LAGARDE, Paul. “Public Policy”. *International Encyclopedia of Comparative Law*. cap. 11, vol. III, 2011. Brill. p. 5.

LANGBEIN, John H. “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”. *Yale Law Journal*. vol. 105, 1995, p. 653. Disponible en: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Contractarian_Basis_Law_of_Trusts.pdf>

LANGBEIN, John. H. “The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce”. *Yale Law Journal*. Vol. 107, 1997, p. 165. Disponible en: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Secret_Life_of_Trust.pdf>

LORENZEN, E. G. "Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws". *Yale Law Journal*. vol. 50, 1941, p. 742.

LORENZEN Ernest G.; HEILMAN Raymond J. "The restatement of the conflict of laws". *University of Law Pennsylvania Review*. vol 83, nº 5, 1935, p.572. Disponible en:<<https://openyls.law.yale.edu/server/api/core/bitstreams/39b75993-8b6a-44ee-a295-970dfbffb45a/content>>

LUPOI, Maurizio. *Trusts: A Comparative Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

PASCAL, Robert A. "Characterization as an Approach to the Conflict of Laws". *Louisiana Law Review*. vol. 2, nº4, 1940, p. 715-728. Disponible en: <<https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=lalrev>>

PÉREZ ROMÁN, Virginia. "Terminología del trust: el equitable o beneficial interest", 2022. Disponible en: <<https://vprspanishtranslations.com/es/el-equitable-o-beneficial-interest/>>

PHILLIP, A. "General Course on Private International Law". *Recueil des Cours*. vol. 160 , 1978. p. 20.

RABEL, Ernst. Das Problem der Qualifikation. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1931. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/27871878?seq=1>>

RAYMOND, C. "Reflexions de Droit Comparé sur la Convention de La Haye sur le Trust". *Revue de droit international et droit comparé*. vol.68, nº1, 1991, p. 7-24.

REAL ESTATE INVESTMENT TRUSTS. [online]. Disponible en: <<https://www.reit.com/>>

ROBERTSON, Arthur H. "Characterization in the Conflict of Laws". *Harvard University Press*. vol. XXIX , 1940.

SCHOENBLUM, Jeffrey A. *Multistate and Multinational Estate Planning*. Wolters Kluwer Business: CCH Inc., 2009. p. 18.

SCHOENBLUM, Jeffrey A. "The Adaptation of the Asset Protection Trust for Use by the Multinational Corporation: the American Perspective". En: MCKENDRICK, Ewan. *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*. Oxford: Calderon Press Publication, 1992. p. 82.

SCOTT, Austin Wakeman; ASCHER, Mark L. y FRATCHER, William Franklin. *Scott and Ascher on Trusts*. vol. 5. Aspen Publishers: 2006, p. 805.

SCOTTI, Luciana B. "Flexibilización y cláusula de excepción en el derecho internacional privado argentino". *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*. Año VIII, n°2, 2020. Disponible en: <<https://publicacionescientificas.uces.edu.ar/index.php/ratioiurisB/article/view/1104>>

SYMEONIDES, Symeon C.; Collins Perdue, Wendy y Von Mehren, Arthur T. (1998). *American, Comparative, International: Cases and Materials*. West Group, 1998, p. 9.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE NUEVA YORK. 262 Nueva York 381, 187 NE 65 *HUTCHISON contra ROSS y otros*. 17 de enero de 1933.

TRIBUNAL DE CASACIÓN. Sala Civil 1, de 20 de marzo de 1985, Caso Caron v. Odell, 82-15.033. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007015476/?utm_source=chatgpt.com>

TRIBUNAL CIVIL DE BRUSELAS. Sala 6. *Evans c. Evans*. Sentencia del 27 de noviembre de 1947. p.52-60. Disponible en: <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/pas2/1948-3.pdf?utm_source=chatgpt.com>

TRIBUNAL DE ROLLOS (Irlanda). Caso Earl Nelson contra Lord Bridport. 13 de noviembre de 1846. Documento original disponible en: <<https://www.uniset.ca/other/cs5/50ER215.pdf>>

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE INGLATERRA Y GALES. Caso Annesley Sentencia del 21 de mayo de 1926.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE SUIZA. Sala Segunda de lo Civil, sentencia del 29 de enero de 1970. *Harrison contra Schweiz Kreditanstalt*. Disponible en: <http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F96-II-79%3Afr&lang=fr&type=show_document&zoom=OUT>

VERPLAETSE, Julien G. "Qualifikationskonflikte". *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 13. Jahrg. H. 3/4 (1940/41), p. 451- 466. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/27872835?seq=1>>

VIRGOS SORIANO, Miguel. *El Trust y el Derecho Español*. Navarra: Aranzadi: 2006. p. 96.

VON OVERBECK, Alfred E. "Explanatory report". *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1985*. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/ec6fb7e0-deda-417f-9743-9d8af6e9e79b.pdf>>

VON OVERBECK, Alfred E. "Offprint from the Proceedings of the Fifteenth Session (1984)", *Trusts - applicable law and recognition*. Tome II. Disponible en: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2949>>

WOLFF, Martin. *Private International Law*. 2ª Ed. Oxford: Clarendon Press, 1950.

YASSEEN, M. F. "Principes generaux de Droit International Prive". *Recueil des Cours*. vol. 116, 1965. p. 33.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Milton Feuillade. Doctor en Derecho por la Universitat de Barcelona, Cataluña, España; Profesor de Derecho Internacional Privado en la Pontificia Universidad Católica Argentina y la Universidad Nacional de Rosario Facultad de Derecho. Investigador Independiente del CONICET (Centro de Investigaciones en Derecho de la Integración y Derecho Comparado), Rosario, Santa Fe, Argentina.

e mail: miltonfeuillade@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9872-4124>

