«Trusts» y fideicomisos: un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español

DAVID JOSÉ DEFERRARI*

Antiguo funcionario de idiomas y de asuntos jurídicos de las Naciones Unidas
Tel. 1-212-697-1097 Fax: 1-212-286-9649 tistrans@aol.com

1 Introducción

La traducción al español de textos jurídicos, en particular cuando se trata de documentos originados en sistemas legales cuya historia difiere considerablemente de la nuestra, presenta problemas que no siempre permiten soluciones sustantivas sencillas o directas. Un ejemplo notable, a nuestro juicio, de estos problemas son los *trusts*[65] del derecho inglés o angloamericano y los fideicomisos de nuestros sistemas de derecho civil o romano-germánico. Hemos mantenido el concepto «trusts» entrecomillado porque pensamos, como se verá más adelante, que sigue siendo un *préstamo*, es decir, una palabra extranjera que debe conservar sus características gráficas por tratarse de un concepto de reciente recibo en nuestro ámbito jurídico, no suficientemente elaborado en español. Es preciso, pues, aclarar aunque sea brevemente los sendos contenidos de esas figuras: «trusts» y fideicomisos para asegurar su futura recepción correcta. Comenzaremos por los «trusts» del derecho inglés y angloamericano.

2 Historia

Su origen histórico puede hallarse en el derecho inglés, en el marco del sistema jurídico o conjunto de principios desarrollados por la *Court of Chancery* en la Baja Edad Media. Ese tribunal, presidido por el *Chancellor*

[65] Si bien la edición XXI del Diccionario de la Lengua Española recoge el término *trust*, lo hace con un significado limitado: «trust. (del ingl. *trust*) m. Grupo de empresas unidas para monopolizar el mercado y controlar los precios en su propio beneficio.» En esta nota nos parece conveniente mantener el «trust» entrecomillado, ya que su ámbito conceptual es muy diverso. El *Diccionario del Español Actual* de Seco, Andrés y Ramos, si bien más descriptivo, no amplía el significado.

del rey, funcionario eclesiástico y confesor del monarca, elaboró un sistema de normas de *Equity* para remediar —*ex aequo et bono*[66]— las lagunas del *Common Law*[67], circunscrito a fórmulas rígidas que daban lugar a injusticias insolubles por la vía legal. Una fuente habitual de esas injusticias era la incapacidad jurídica de los menores de edad y de las mujeres, quienes no podían adquirir ni ejercer derechos de propiedad. El varón que poseía bienes y deseaba asegurar a su esposa y descendientes menores el uso y goce de esos bienes después de su muerte estaba obligado a confiar en la buena fe de un tercero capaz de derecho —*trustee*— (al que denominaremos *fiduciario*) a quien transfería la titularidad de esos bienes encomendándole que los empleare en beneficio de sus herederos —*beneficiaries* o *cestui que trust*— (a quienes denominaremos *beneficiarios*). Esa transferencia con arreglo al *Common Law* no admitía impugnaciones. El tercero de buena fe adquiría la propiedad de los bienes y podía disponer de ellos con el mismo arbitrio del propietario originario de los bienes creador del *trust* —*trustor* o *settlor*— (a quien denominaremos *fideicomitente* o *fiduciante*). La longevidad no era una característica habitual de esa época, sumada a la desaparición de adultos pudientes en guerras intestinas y de religión. En consecuencia un buen número de viudas y menores quedaban a la merced de esos terceros de buena fe o *trustees*, cuya honorabilidad en muchos casos dejaba qué desear. Sin embargo, pocos o ninguno eran los recursos que el *Common Law* contemplaba para asegurar el cumplimiento honrado del *trust*.

2.1 *Accedit* Chancellor

Este funcionario, quien originariamente era un clérigo de alta jerarquía y confesor del rey, era el portador del sello real que refrendaba los actos jurídicos y podía convocar al *trustee* inmoral y exhortarlo a cumplir sus deberes. Si se negaba, el *Chancellor* podía arrestarlo indefinidamente por rebeldía —*contempt of Court*—. Algunas semanas a pan y agua en las mazmorras poco salubres del *Chancellor* solían provocar un cambio de conducta radical por parte de ciertos *trustees* contumaces, quienes decidían comportarse *ex aequo et bono* en el futuro...

3 Características de los *trusts*

[66] «según la equidad y el leal saber y entender».
[67] Primera fuente histórica del Derecho inglés. Conjunto de normas elaboradas por los tribunales en el transcurso del tiempo sobre la base de controversias sometidas a su consideración.

Esta explicación algo anecdótica pretende ilustrar el comienzo de una institución característica del derecho inglés y angloamericano, que permite un desmembramiento del derecho de propiedad en que la titularidad —*legal estate*— del bien seguía perteneciendo al *trustee*, en tanto el uso y goce —*equitable estate*— se aseguraba al *beneficiary* o *cestui*.

Los juristas de estirpe romanista tienen dificultades sustantivas con este desmembramiento del derecho absoluto de propiedad: del *jus utendi, fruendi et abutendi*. Aunque el derecho absoluto de propiedad es una categoría cada vez más platónica, dadas las limitaciones fiscales y de orden público que lo circunscriben, sigue teniendo una entidad que aunque limitada en su ejercicio se resiste a ser dividida.

El derecho de propiedad inglés y angloamericano, en cambio, responde a otros principios. El único dueño absoluto o auténtico propietario es el rey, quien concede a sus vasallos el uso y goce de «derechos de propiedad» en diverso grado, así como la facultad de subdividirlos y asignar su uso y goce. Este enfoque permite la creación de un sinnúmero de figuras jurídicas, tanto en relación con las personas de existencia real como con las personas jurídicas. Los *trusts* son sin duda las expresiones más evidentes de esa creatividad aplicable a la administración, disposición y protección fiscal del patrimonio. Algunos ejemplos: a) para la protección de incapaces o pródigos, alcohólicos o drogadictos, b) para salvaguardar los intereses de los acreedores —*debenture trusts*—, c) para combinar los derechos de voto de los accionistas —*voting trusts*—, d) para atraer capitales inversores —*unit trusts*—, e) para minimizar las obligaciones tributarias —*estate trusts*—, f) para financiar un proyecto, por ejemplo de construcción —*project finance trusts*—, g) para procurar la emisión al público de acciones u obligaciones o garantizar el pago de una deuda —*trust indentures*—, h) para asegurar un retiro a los empleados de una empresa —pension trusts—, i) para facilitar un objetivo determinado de naturaleza caritativa o social —*charitable trust* o *purpose trusts*—, j) para evitar un conflicto de intereses transfiriendo la gestión de determinados bienes a terceros —blind trusts— o, en general, para resolver legítimamente los obstáculos que puedan significar ciertas normas jurídicas particularmente complejas o abstrusas[68].

4 Dudas, incongruencias y calcos cuestionables

[68] Por ejemplo, el costoso procedimiento que pueda significar la ejecución —*probate*— de un instrumento testamentario.

En los sistemas de derecho de España y de algunos países de América Latina, las relaciones jurídicas que hemos señalado concertadas mediante diversas formas de *trusts*, se rigen en cambio por el derecho de las obligaciones, por el derecho sucesorio o por las normas aplicables a los tutores, curadores o administradores que gestionan el patrimonio de los incapaces de derecho. Los civilistas ven en general con desconfianza los desmembramientos patrimoniales del derecho angloamericano, los limitan en sus objetivos y en el tiempo de vigencia y los definen como contratos sujetos a disposiciones legales estrictas. Es por eso que, a nuestro juicio, la traducción de *trust* por fideicomiso es generalmente aproximativa ya que en muchas situaciones esos conceptos responden a realidades jurídicas del idioma del que se traduce que no existen en el sistema jurídico del idioma al que se traduce. A esto se agrega la falta de congruencia terminológica observada en algunas leyes de países latinoamericanos.

Para comenzar a formarse una idea propia del problema conceptual y de traducción a que nos referimos, pasaremos a citar algunas definiciones de diccionarios generales y especializados y de normas legislativas que consideramos representativos. Las citas son en algunos casos parciales y contienen los conceptos que a nuestro criterio interesan en este contexto.

4.1 Diccionarios generales y especializados

4.1.a. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición, 2001:

fideicomiso. (Del lat. *Fideicommissum*). M. *Der.* Disposición por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la buena fe de alguien para que, en caso y tiempo determinados, la transmita a otra persona o la invierta en la forma en que se le señala.

fideicomitente. (Del lat. *Fideicommittens, entis*) com. *Der.* Persona que ordena el fideicomiso

fideicomisario, ria. (Del lat. *Fideicommissarius).* Adj. *Der.* Dicho de una persona: A quien se destina un fideicomiso. U.t.c.s. // 2. *Der.* Perteneciente o relativo al fideicomiso. […]

fiduciario, ria. (Del lat. *Fiduciarius*). Adj. Que depende del crédito y confianza que merezca. *Circulación fiduciaria. //* 2. *Der.* Dicho de un

negocio o de un contrato: Basado principalmente en la confianza entre las partes. // 3. m. y f. *Der.* Heredero o legatario a quien el testador manda transmitir los bienes a otra u otras personas, o darles determinada inversión. // 4. *Der.* Persona que actúa en interés de otra sin hacerlo público. …

fiducia. (Del lat. *Fiducia*) f. p. us. Confianza

4.1.b. Seco, Andrés y Ramos. *Diccionario del Español Actual*. Aguilar, 1999:

fideicomiso. *M. (Der)* 1 Disposición gralm. testamentaria, por la cual una pers. deja a otra unos bienes para que ésta, en unas circunstancias señaladas, las transmita a un tercero o les dé un destino determinado. […] 2 Sistema de administración de un territorio por parte de un estado soberano, bajo la autoridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas. […]

fideicomitente. *M. y f. (Der)* Pers. Que ordena un fideicomiso [1]. […]

fideicomisario –ria. *Adj. (Der)* 1 De(l) fideicomiso. […] 2 (Pers.) a quien se encarga un fideicomiso [1] *Gralm. N.* […]

fiduciario –ria. 1 (*Econ*) [Moneda o valor] dependiente del crédito o confianza que merezca […] b) De (la) moneda o (los) valores fiduciarios […] 2 (*Der*) de (la) fiducia (2 y 3) b) que recibe una fiducia […] c) [Heredero o legatario] a quien el testador manda transmitir los bienes a otra pers. o darles determinado destino […]

fiducia. *F* 1 (*lit, raro*) Fe o confianza. […] . 2 (*Der*) Transferencia de la propiedad de una cosa al acreedor, mediante la promesa de éste de restituir la cosa después de haber sido pagado […] . 3 (*Der*) Confianza (encargo confidencial que se hace a un heredero para que dé un determinado destino a la herencia).

4.1.c. Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 21ª. Edición:

fideicomiso. Disposición de última voluntad en virtud de la cual el testador deja sus bienes, o parte de ellos, encomendados a la buena fe de una persona para que, al morir ésta a su vez, o al cumplirse determinadas

condiciones o plazos, transmita la herencia a otro heredero o invierta el patrimonio del modo que se señale […] // Por un influjo anglicista, el vocablo ha adquirido sentido político e internacional muy distinto, que se concreta en el último epígrafe de esta voz[69]. Las condiciones inmediatas se refieren todas ellas al de carácter civil y sucesorio. […]

fideicomitente. El testador que dispone un *fideicomiso*; o sea que encarga al *fiduciario*, la transmisión de los bienes al *fideicomisario* (v.)

fideicomisario. Aquél a quien se destina un fideicomiso (v.); es decir, la persona que sucede en los bienes que otro tiene la obligación de conservar y transmitir por haberlo así dispuesto el testador, ya sea al morir a su vez el primer sucesor o luego de transcurrido un plazo o de cumplidas ciertas condiciones […]

fiduciario. Vocablo con significados muy distintos en el ámbito sucesorio y en los del comercio, que aconsejan tratamiento escindido.

1. *En lo sucesorio*. Genéricamente, fiduciario es la persona de confianza a cuya buena fe encomienda el testador algún encargo reservado o alguna manda para entregarla a otra persona. Aun cuando, jurídicamente, tales encargos no obliguen, se emplean y se cumplen; y ello permite satisfacer en oportunidades deberes morales y remediar situaciones que, expuestas en los testamentos, podrían originar escándalo[70] // Más propiamente, se denomina *fiduciario*, y *heredero fiduciario o gravado*, a la persona que, por mandato del testador, ha de conservar y transmitir toda la herencia o parte de ella a un tercero, llamado *fideicomisario* (v). […]
2. *Acepciones mercantiles y genéricas*. En otro sentido, el adjetivo *fiduciario* —aquí solamente adjetivo— se aplica a cuanto depende del crédito y de la confianza, en lo hacendístico y económico // Además por haberse forzado el concepto de *fideicomiso* (v), lo relacionado con territorios sujetos a dependencia o inspección especial de las Naciones Unidas. (v. Contrato fiduciario, Consejo de Administración Fiduciaria, Emancipación, Emisión y Moneda Fiduciaria; Negocio Fiduciario, Régimen

[69] Se refiere Cabanellas al sistema de administración fiduciaria establecido en la Carta de las Naciones Unidas.
[70] Parece referirse aquí Cabanellas al *proto trust* del derecho inglés antes del desarrollo de las normas de la *equity*.

internacional de administración fiduciaria, Tutor fiduciario, Valores fiduciarios, Venta fiduciaria.)

fiducia. Anticuado sinónimo de *confianza* (v.) // En el Derecho Romano, contrato translativo de la propiedad de una cosa al acreedor, por la mancipación o cesión judicial de la misma, con la promesa que el acreedor hacía de restituir la cosa luego que hubiese sido pagada. Quien enajenaba tenía la obligación de indemnizar al adquirente de los gastos causados al ejecutar el contrato. Se considera un precedente de la institución de la *prenda* (v.)[71].

4.1.c. Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 1984:

fideicomiso [civil]. El fideicomiso por antonomasia delineado desde el Derecho romano. Disposición testamentaria por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la fe de uno (el *fiduciario*) para que, en caso y tiempo determinados, la transmita a otro sujeto (el *fideicomisario*) o la invierta del modo que se señala. […]

fideicomiso [internacional] [hace aquí referencia Ossorio al sistema de administración fiduciaria de las Naciones Unidas].

fideicomitente El testador que dispone un *fideicomiso* (v.), o sea, que encarga al *fiduciario* la transmisión de los bienes al *fideicomisario* (v.), en sintética caracterización de los elementos personales de esta institución que, por desuso quizás, lleva a errores técnicos a muchos expositores (*Dic Der. Usual*).

fideicomisario En lo civil, aquél a quien se destina un *fideicomiso* (v.), dispuesto por el *fideicomitente* y que entrega al *fiduciario*. […]

fiducia. V. Contrato fiduciario[72].

4.2 Legislación

[71] Se refiere Cabanellas a la *fiducia cum creditore*. No hace mención, sin embargo, de la *fiducia cum amico*, que se aproxima más al fideicomiso sucesorio.

[72] Contrato fiduciario. *contrato* en virtud del cual quien aparentemente adquiere un bien toma sobre sí la obligación de restituirlo a la persona de quien lo adquirió, cuando éste hubiera cumplido las obligaciones contraídas con él. [Véase la nota anterior: *fiducia cum creditore*].

4.2.a. Argentina. Ley 24491 del 9/1/1995. Título I *Del fideicomiso*, Capítulo I Artículo 1º:

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 designa en el contrato (beneficiario), y a transmsitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario[73].

4.2.b. Colombia. *Código de Comercio*. Título XI *De la fiducia*, Artículo 1226:

La fiducia mercantil es un negocio jurídico, en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado fideicomisario.
Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

4.2.c. Perú. *Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros*. Título III, Capítulo II, Subcapítulo II. *Fideicomiso*. Artículo 241º:

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicomitido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o de un tercero denominado fideicomisario.[74]

4.2.d. México. *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.* Capítulo V *Del dideicomiso*, Arts. 381 y ss.:

Si bien los artículos no definen a los que intervienen en el fideicomiso, por sus funciones, cabe individualizarlos como sigue:

[73] Cabe señalar que esta norma define al fiduciante, al fiduciario y al beneficiario, pero no al fideicomisario; nos animaríamos a marcarlo como un «tercero beneficiario» quien, en algunos casos podría identificarse con el fiduciante.
[74] Definición algo circular: «El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transmite bienes en fideicomiso [...]». Además, la ley contempla otros dos posibles participantes: el destinatario de los bienes remanentes y el factor fiduciario.

1. Fideicomitente. Quien establece los fines del fideicomiso y destina los bienes necesarios para su cumplimiento.
2. Fiduciario. El individuo o la persona jurídica a quien se transmite la propiedad de los bienes y se encarga el cumplimiento del fideicomiso
3. Beneficiario o Fideicomisario. Quien recibe el beneficio o renta del fideicomiso.

5 Conclusión

Observamos que el problema reside en pretender encorsetar al *trust*, o mejor dicho a los *trusts*, en la figura del fideicomiso que, en el derecho romano-germánico no ha alcanzado todavía el desarrollo y la elaboración que los *trusts* han tenido en el derecho inglés y angloamericano. No parece posible utilizar *calcos*, es decir, unidades con contenido semántico que traduzcan adecuadamente a los *trusts*, en síntesis: no no nos parece igualmente lícito traducir *data bank* por «banco de datos que *trusts* por fideicomisos», por lo menos hasta que el entorno jurídico de España y América Latina haya modificado radicalmente la institución del fideicomiso. Por ahora, más allá del derecho sucesorio, la recepción del fideicomiso-*trust* ha tenido lugar sobre todo en materia bancaria o financiera, por tiempo y con objetos limitados y en forma de contrato, mientras que *trusts* del derecho angloamericano no son contratos. Por consiguiente, quien deba traducir al español documentos relativos a un *trust* hará bien en tener en cuenta: a) la naturaleza específica del *trust* original, y b) tener presente la terminología, lamentablemente no siempre clara, que emplee la legislación del país de habla española al que vaya dirigida la traducción. En otras palabras, sin un contexto claro en que basarse, la traducción al español correrá el riesgo de ser imprecisa o incorrecta, para desesperación de los interesados, perplejidad de los jueces y beneficio financiero de los abogados.

Como directriz general, vayan aquí estas sugerencias:
trustor / settlor: fideicomitente o fiduciante
trustee / fiduciario, propietario fiduciario[75]

[75] El *trustee* no es necesariamente un «fideicomisario», aunque desde un punto de vista etimológico no quepan dudas. Por una parte, un *trustee*: puede ser el síndico de una quiebra, el curador o custodio de un incapaz o de sus bienes, un administrador sucesorio; por la otra, véanse más arriba las ambigüedades de los diccionarios generales respecto del fideicomisario: «...a quien se *destina* un fideicomiso...» [*Diccionario de la Lengua Española*]; «(Pers.) a quien se *encarga* un fideicomiso [...]» (el énfasis es nuestro): [*Diccionario del Español Actual*] y las definiciones de leyes hispanoamericanas citadas. Es interesante que el *Diccionario de Autoridades* de 1732 da una

beneficiary / beneficiario.

En cuanto a *trust*, será obra de los responsables de los diccionarios generales decidir que «fideicomiso» adquiera la acepción o giro jurídico debido antes de que podamos aceptar sin reparos su uso como *neologismo*, es decir, como nuevo vocablo o acepción que refleje correctamente el contenido semántico de *trust*.

* Argentino, nacido en Buenos Aires; reside en Nueva York desde 1974; abogado (Universidad de Buenos Aires, 1967); Master of Laws in International Legal Studies, New York University, 1975; terminólogo del Servicio de idiomas y de asuntos jurídicos de las Naciones Unidas de 1974 a abril de 2002.

definición más precisa, a nuestro juicio, de la figura del fideicomisario: «FIDEICOMISSARIO. f.m. La persona à cuyo cargo queda el fideicomisso. Lat. *Fideicommissarius*. [...]». La primera edición del *Diccionario*, de 1780, mantuvo ese criterio.