Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXIX — OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1961 — Nº 118

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

DIRECTOR SUPLENTE: **CARLOS PECCHI CROCE**

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRODDEN
ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
ESTEBAN ITURRA PACHECO

* * *

* * *

IMPRENTA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION — (CHILE)

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

FERNANDO FUEYO LANERI

Profesor de Derecho Civil de las Universidades de Chile y Católica

FIDEICOMISO ANGLO-SAJON Y SU APLICACION EN LA LEGISLACION CHILENA (*)

En esta oportunidad voy a referirme al "Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en Chile". Este es un tema no trabajado en nuestro país, pero sí, en muchos otros países; un tema secular en Inglaterra, y de muchos años en los Estados Unidos, donde surgió casi junto con el nacimiento de la nacionalidad norteamericana. En el desarrollo de este trabajo, voy a tratar los aspectos que paso a indicar en seguida: primero, algunas ideas fundamentales; luego veremos, qué existe por el momento en Chile en torno a esta materia; señalaremos qué es el trust en el derecho anglo-americano; enseguida, utilidad que puede tener en países cuyo derecho, como el nuestro, son de tradición romanista; luego, técnica para la aceptación de esta institución en estos países; adaptación en Latinoamérica del trust anglo-sajón; más adelante haré una breve reseña de la Ley de Fideicomiso dictada en Venezuela el año 1956, que es el último instrumento legal que cabe citar en América; enseguida, la solución que es posible adoptar en Chile, mediante la dictación de una ley especial ya que me referiré a la solución que propugno, y por último, al acuerdo a que se llegó en las recientes Jornadas uruguayo-chilenas, celebradas en Montevideo hace algún tiempo. Allí se estudió el trust anglo-americano y se llegó a conclusiones que señalaré más adelante. Debo hacer presente que este no fue el tema que me tocó desarrollar en aquellas Jornadas, ya que se me indicó tratara la sociedad conyugal en cuanto a su liquidación.

(*) Conferencias pronunciadas por el profesor Fueyo Laneri en los Cursos de Extensión Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Hablar del trust anglo-americano no es teorizar; no podría tampoco tener un afán de teorizar cuando soy abogado en ejercicio activo de la profesión y, aun más, he intervenido en empresas de tipo industrial y agrícola, como director en los respectivos consejos directivos. Para poder estar totalmente seguro que vamos a referirnos a algo muy concreto y muy útil, y a una materia que requiere apremiante solución en nuestro país, como en otros también, voy a empezar diciendo algunas bases o premisas que merecen citarse desde un principio para saber por qué camino concreto estamos transitando.

En primer término, debemos señalar que existe un recíproco interés por el estudio de dos sistemas jurídicos opuestos, que son: el sistema románico nuestro y de todos los demás países que descienden del Derecho Romano directamente en línea descendente, y el sistema anglo-sajón.

¿Por qué existe este interés? Por muchas razones. En primer lugar así como se ha eliminado las fronteras físicas de los países, así como se vinculan con mayor facilidad y rapidez los diferentes lugares, así, también en lo jurídico han desaparecido esas divisiones, o esas demarcaciones que existieron hasta hace algún tiempo. Por lo demás la influencia, no digo ya de los ingleses, que empezaron a decaer un poco en su poderío desde la Primera Guerra Mundial, pero sí de los norteamericanos, es innegable. Cualquiera que sea la posición ideológica de las personas, las relaciones con todos los países son cada vez mayores y esos países necesitan encontrarse en medios adecuados jurídicamente para poder realizar los negocios jurídicos que interesan a ambas partes. Es por ello que se ha iniciado una corriente en el sentido que acabo de decir, de un interés recíproco por el conocimiento de ambos sistemas.

Han sido muchos los juristas, y podría citar en este instante, el gran Couture, que en uno de los Congresos Interamericanos de Abogados, donde se trató el tema del Trust anglosajón, dijo que el trust anglo-sajón tenía asegurado un brillante éxito en el futuro. Y así se ha ido produciendo el resultado que ya señalara Couture hace aproximadamente diez años. Por otra parte, el trust anglo-sajón es una de las más valiosas aportaciones de la teoría general de las obligaciones, a los principios generales de derecho y a la teoría general del derecho.

Son seis los países de América, sin contar los Estados Unidos, donde ya existe una legislación sobre la materia que vamos a tratar. Estos países son: Canadá, (los cito de norte a sur, no por éxito, porque desgraciadamente la Ley del Canadá, muy antigua, no recibió aplicación, no tuvo eco en ese país, con legislación de origen francés, tampoco en el Japón ha tenido

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

exito la ley sobre trust anglo-sajón). Canadá, en primer término, como decía; luego México, el Salvador, Puerto Rico, Panamá y Venezuela. El caso de Venezuela es muy importante, porque es el texto más reciente, del año 1956, y al cual me referiré con mayor detenimiento más adelante.

Pero no son solamente las legislaciones de seis países, que ya son bastante, lo que señala el éxito del tema y la necesidad de legislar sobre esto, sino que son muchos Congresos Interamericanos de Abogados, de hombres prácticos del derecho, que han estudiado el tema y que han impulsado la creación de leyes en cada uno de sus países. En la Cuarta Conferencia Interamericana celebrada en Santiago de Chile, por ejemplo, para citar un caso, se trató este tema; en Uruguay también.

El Doctor Ricardo Alfaro, llamado el Padre del Trust anglo-americano en nuestra América, llevó en una ocasión un proyecto, y en otra ocasión se le encargó, precisamente, que llevara a la próxima reunión un proyecto. Tenemos también, entonces, la expresión de los abogados que estaban reflejando la necesidad de los medios americanos para que se dictara una ley de esta especie.

Anticipo, desde luego, mi opinión particular que coincide también con el acuerdo celebrado en Montevideo hace pocas semanas, de que es preciso llegar al trust anglo-sajón por la vía de la dictación de una ley especial, no por la vía interpretativa, aprovechando aquellas instituciones de origen románico, que están en vigor en nuestras legislaciones.

Ahora bien, ¿qué existe por el momento en Chile? Por el momento, en Chile, no es que exista el trust anglo-sajón, pero existe algo muy incipiente, algo que es un remedo del trust, algo embrionario, algo a la vez que está demostrando la necesidad de este instrumento legal, y ese algo son las comisiones de confianza a cargo de los bancos, y es por esto que tendré que referirme a esta materia. También podríamos decir que existe el negocio fiduciario, aunque no está en la ley chilena, pero es posible llegar a su aceptación por vía interpretativa, como lo sostengo en un artículo en la Revista de Derecho y Jurisprudencia de Santiago, en uno de los números del año 1959 (1). También existe algo que se está produciendo en la práctica y es el aprovechamiendo de una zona estrecha de lo que es el trust por vía de aplicación de las instituciones tradicionales de nuestro sistema románico. Me referiré a ello en el mismo orden.

En Chile se puede hacer una división que corresponde a la época anterior a la misión Kemmerer, y otra posterior a ella. Kemmerer era un americano que vino a cargo de varios financistas y realizó una labor científica en América del Sur entre

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los años 1918 y 1925. A Chile llegó en 1925 con el objeto de resolver un problema importante de estabilización monetaria y, también, para estudiar la posible creación de una institución bancaria de carácter emisora y que fuere algo, como lo es hoy día, el Banco Central. Antes de la llegada de Kemmerer, ¿qué había en cuanto a comisiones de confianza de los Bancos? No había organización ni jurídica ni práctica, y los bancos se limitaban a celebrar, en determinados casos, meros contratos de mandato, que es el contrato más usual.

Con la llegada de la Misión Kemmerer se logra la dictación del Decreto-Ley Nº 559 de 26 de septiembre de 1925 y, que contiene reglas muy exiguas y muy generales sobre comisiones de confianza. Ellas resultaron inocuas en su práctica y en su aplicación, porque nadie acudió a ellas y no se conoce el caso de ningún banco que aprovechara de estas reglas, vale decir, desde 1925 hasta el año que se dicta el segundo instrumento legislativo, que es la Ley 4827 de 27 de febrero de 1930. Con esta Ley General de Bancos se autoriza a los Bancos comerciales y a los Bancos hipotecarios para abrir departamentos especiales denominados "De Comisiones de Confianza", los cuales al crearse, debían contar y deben contar todavía, con la aprobación de la Superintendencia de Bancos. ¿Cuáles son los bancos que han aprovechado de estas posibilidades? No todos, son el Banco del Estado de Chile, el Banco de Chile, el Edwards, el Español-Chile, el Israelita, el Italiano, el Nacional del Trabajo, el Panamericano, el Sudamericano, el Londres, el de Talca, el de Concepción, el de Crédito e Inversiones, advirtiendo que el Banco de Concepción no ha hecho uso de esta posibilidad y el Banco de Crédito e Inversiones tiene este departamento desde hace sólo cuatro meses.

Hay algo interesante que señalar conforme a las estadísticas: dos del año 1960 y una del presente año (1961) al mes de mayo. Ocurre que el volumen total de los valores en juego por concepto de Comisiones de Confianza es realmente enorme. Al mes de junio de 1960, son veintidos mil millones de pesos, en cifra redonda, lo que está en juego por vía de Comisiones de Confianza a los bancos; al semestre siguiente, son veinticinco mil millones y ahora en mayo (1961), veintiseis mil millones, lo que revela que hay un ascenso en el valor de estas comisiones de confianza. También vale la pena señalar que no va en proporción a la cuantía de las operaciones bancarias de préstamo con la cuantía de las Comisiones de Confianza a cargo de cada uno de los bancos. Por ejemplo, nadie podría decirme que no es raro que el Banco del Estado tenga un volumen cuatro veces inferior al Banco de Chile en el Departamento de Comisiones de Con-

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fianza, cuando el Banco del Estado es la institución de mayores capitales, de mayores colocaciones, de mayor movimiento en el rubro "préstamo", etc. El Banco Edwards está en tercer lugar; el Banco Sudamericano está en segundo lugar, cosa bastante extraña, porque el Banco Sudamericano no es la segunda institución crediticia en volumen de operaciones de préstamo.

Es interesante también referirse al mensaje de la Ley 4827 sobre Comisiones de Confianza, porque allí encontramos material primario del trust; no encontramos propiamente el trust, sino manifestaciones, esbozos, girones de trust. Dice, por ejemplo, la Ley General de Bancos en el mensaje que diversas disposiciones de este proyecto que se somete a la consideración del Congreso Nacional, exige garantías y formalidades especiales a los bancos que atienden lo que ellos llaman "Comisiones de Confianza". Con esta expresión genérica comprende la ley las diversas actividades originadas por la administración de bienes de terceros, o el desempeño de ciertas funciones fiduciarias que descansan principalmente en la confianza que se deposita en la persona a quien se encomienda. Habla el mensaje de "funciones fiduciarias", no está hablando todavía del fideicomiso anglo-sajón, no lo ha captado, ignora el redactor, a lo mejor, que existe el fideicomiso anglo-sajón; no me refiero a Kemmerer, pues él lo sabía perfectamente; pero Kemmerer no tenía la misión de dictar una ley sobre fideicomiso anglo-sajón. El mensaje dice: "funciones fiduciarias", fiduciario está tomado, como lo indica el texto mismo más adelante, en el sentido de simple fiducia, que es un término castizo y significa confianza. En seguida, el mensaje nos dice que los bancos necesitan autorización previa del Superintendente para abrir departamentos de esta especie. La ley en su artículo 49, conserva actualmente la misma disposición.

El mensaje indica que los bienes, materia de Comisión de Confianza deberán mantenerse separados de los demás bienes; aquí sí que hay otro vestigio del trust anglo-sajón, porque una de sus características es que existan bienes separados, tanto en lo jurídico como en lo material.

Tenemos en seguida, que fuera del ejercicio del mandato que era el contrato que se estaba realizando antes de la Ley 4827, hay muchos otros casos en que los bancos con ventajas para ellos y para el público, podrían haberse hecho cargo de la administración de bienes o de la atención de negocios ajenos, lo que sin embargo, no se lo permiten las disposiciones de nuestra legislación civil o comercial; y dice el mensaje, que ocurre esto con ciertos cargos que sólo pueden desempeñarse por personas naturales, como ser tutor, curador, albacea, síndico; habla de los bienes pertenecientes a incapaces, menores; habla de que el

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

testador o donante puede destinar a un fin de beneficencia, de caridad o de asistencia social, cualquier objeto, o a cualquier otro objeto de interés público; habla de las condiciones especiales a que se sujeta un legado o herencia para que no la administre sino un banco: refiere todas estas hipótesis que, justamente, contempló la ley. Pero dice, además, este mensaje que al adaptar algunas disposiciones de nuestros códigos a estas actividades especiales de los bancos, no se ha hecho cambio alguno de importancia en la naturaleza de las instituciones establecidas en el Código Civil o de Comercio, cuyos derechos, obligaciones y responsabilidades se hacen extensivas, íntegramente a los bancos. El mensaje, en el fondo nos está expresando que desea hacer cosas propias del trust, pero sin separarnos del Código Civil ni del Código de Comercio, donde se encuentran las instituciones tradicionales del Derecho Romano; vale decir, como que se quiere viajar hacia el trust, pero siempre de la mano de los Códigos Civil y de Comercio.

La actual Ley General de Bancos no es más que la 4827, con algunas reformas, y refundida en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 252 de 4 de abril de 1960. Todos conocen las posibilidades que otorga el Título VI para que los bancos pueden ejercer Comisiones de Confianza, mandatos generales o especiales, pueden ser depositarios, secuestres, interventores, pueden ser liquidadores de sociedades civiles o anónimas, guardadores testamentarios, albaceas, asignatarios modales, administradores de herencias o legados a personas capaces o incapaces, etc.; pueden también administrar la legítima rigurosa, bienes constituidos en fideicomiso (el fideicomiso románico que tenemos nosotros, que llamamos también propiedad fiduciaria, que estudiamos dentro de las limitaciones de la propiedad y que no tiene nada que ver con el fideicomiso anglo-sajón); pueden ser administradores de bienes gravados con usufructo, etc. Pero llama la atención especialmente en este mensaje y, digo, en esta Ley de Bancos que rige, que las actividades de las Comisiones de Confianza son únicamente aquéllas que señala la ley. Es una enumeración numerus clausus. Por consiguiente, las posibilidades de actuación de los bancos son estrechas, son limitadas y aún distan de ser lo que es capaz de proporcionarnos el trust anglo-sajón, según lo iremos comprobando a medida que se desarrolle esta disertación.

¿Qué países siguen la misma política nuestra de circunscribir a tan estrecha zona, con tan escasos límites, con nula flexibilidad del sistema del trust anglo-sajón? Estos países son: Bolivia, Perú, Colombia y Costa Rica, y realmente están en igual plano que nosotros.

Veamos, en seguida, lo relativo al negocio fiduciario, no para tratar el tema, que podría considerarse en un ciclo especial,

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

o en un artículo de revista. ¿Qué hay sobre el negocio fiduciario en Chile? No hay legislación que sistematice sobre la materia; se realiza de hecho en varias hipótesis, muy conocidas de todos, como cuando, para citar un caso, un cliente endosa un cheque a un abogado para que éste lo cobre como propio, en circunstancias de que lo está cobrando por vía de ejecución de un mandato en cobranza, sistema que por lo demás, el Colegio de Abogados lo resiste por razón de las excepciones que ya no puede oponer el demandado. Hay otros casos más que se podrían citar.

Este negocio fiduciario que se practica a medias, inconscientemente, sin saber que es negocio fiduciario, sino que casi un trust, para qué hace falta tan poco. En consecuencia, este negocio fiduciario que no podría aceptar también la jurisprudencia en los casos generales, como lo sostengo en el artículo que publicara el año 1959 en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Este negocio fiduciario, sin embargo, dista mucho del trust anglo-sajón, sería como comparar una fotografía mal tomada, en que no se ha calculado bien la distancia focal y sale fuera de foco, con una fotografía nítida en la que todos los elementos del cuadro están perfectamente delineados y exhibidos. No es una cosa que se pueda comparar, aún cuando tiene zonas iguales.

En seguida, tenemos en Chile el Decreto con Fuerza de Ley Nº 324 de 1960, que ha producido muy poco ruido, y que seguramente se interesaron por dictarlo ciertos sectores que nunca faltan. Este Decreto con Fuerza de Ley ni siquiera ha cído mentar aquello del fideicomiso anglo-sajón, pero ha visto que la necesidad práctica, y las necesidades del comercio, y los gustos de los financistas quieren que haya una legislación que conceda franquicias tributarias a las sociedades anónimas; ¿cuáles sociedades anónimas?, las que se constituyan para administrar, por cuenta de terceros, aportes en dinero para su inversión en valores mobiliarios, siempre que se cumplan tales o cuales condiciones. O sea, según el epígrafe de este Decreto con Fuerza de Ley Nº 324, se ha constituido en éste instante una sociedad anónima que se encarga de colocar en el público valores mobiliarios, es como agente de ese valor mobiliario. Se dio como razón la necesidad de capitalizar; esta fue la razón económica, pero el trust o fideicomiso anglo-sajón no tiene nada que ver en la mente de estas personas. Se dice en los fundamentos del Decreto, que es indispensable adoptar todas las medidas necesarias para fomentar la capitalización nacional y el ahorro a los particulares, que una forma adecuada de alcanzar dichos propósitos es facilitanto las pequeñas o medianas inversiones a través de sociedades de inversión, el investiment trust, tal vez, socie-

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dades de inversión o capitalización que den las suficientes garantías, o sea, a un tercero, llamado, sociedad anónima, se le encarga que invierta en capitales; y va el hombre modesto con pequeñas cantidades que entrega a esa sociedad. Error profundo desde el punto de vista de la política legislativa en relación con el trust anglo-sajón, ¿por qué?, porque esa sociedad no ofrece las garantías que ofrece el trust anglo-sajón, en medio de todos los controles, la vigilancia, la intervención del juez y tantas otras cosas que producen seguridad en el caso de existir formalmente el trust anglo-sajón, pero no cuando existe una simple sociedad anónima, por mucho que se adornen los controles que aquí se establecen.

Por último, el artículo 2º de este Decreto con Fuerza de Ley dice que cumplidos los requisitos señalados por el artículo 1º se considera, para todos los efectos tributarios, que el fondo actúa como si fuere mandatario de los participantes en él. Hay algo de trust en el mandato, en el aspecto mandato, y entonces se dice que ya no se pagará el doble impuesto, ya no se pagará, entonces, como utilidad del trust y no se pagará tampoco en los impuestos particulares de cada uno; se pagará solamente rentas, la eterna cuestión que nos llena la Revista de Derecho, que si en tal o cual caso hay aumento de capital o hay renta para los efectos de tributar en tercera categoría. Desgraciadamente, se producen estos casos en nuestro país cuando se trata de legislar sobre un punto que se usurpa a otras zonas, se atenta contra otros principios, a veces muy importantes, y entonces, no se logra una legislación científica. Recuerdo en este instante, lo que a su vez me refirió el profesor Pereira en Santiago, cuando, por no estar yo en Santiago, señaló con una claridad meridiana qué había que hacer para dictar un Código de Procedimiento Penal, y señaló los métodos, señaló las fórmulas, las personas que son idóneas para esto, pero no personas ajenas a los problemas de fondo; hay que saber llamar a quien conozca las materias. La Universidad, entonces, tiene la palabra en estas cosas. Por desgracia no está interviniendo la Universidad, en general, y en todas las zonas del país y en todas las universidades, de la manera eficiente para poder evitar estas situaciones realmente anómalas.

¿Por qué no se aprovechó, de una vez por todas, la oportunidad de dictar una ley adoptando el trust anglo-sajón, satisfaciéndose el gusto y el interés de esos sectores financistas que deseaban una ley que los eximiera de ciertos impuestos? No se aprovechó la oportunidad y se ha perdido una buena ocasión. Funciona en Chile, sobre la base de instituciones tradicionales, un conjunto de sociedades, no quiero hablar en el aire, quiero citar casos concretos, por ejemplo: una Compañía Dis-

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tribuidora de Valores Ltda., cuya escritura se hizo el 3 de septiembre de 1960, ante el Notario de Santiago, Javier Echeverría Vial, se modificó el 20 de junio de 1961 y aparece la modificación inscrita o publicada, mejor dicho, en el Diario Oficial de 3 de agosto de 1961. Socio es "El Mercurio" de Santiago y otras personas; quiero señalar la importancia de los sujetos en cuanto a los financistas. En esa sociedad, en el número décimo de la escritura social se dice que la sociedad tendrá por objeto celebrar toda clase de contratos mercantiles, tales como los contratos de administración, hay algo del trust; de colocación de valores (también), sean directamente o por cuenta de terceros (también), de colocación en el público de cuotas de fondos de inversiones y valores mobiliarios a que se refieren las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley 324 de 1960, por cuenta de terceros; celebrar contratos en comandita, en que podrá actuar como gestor la sociedad. Bien ingeniosa la fórmula, que aprovechando la sociedad en comandita, actúa como gestor, y los capitalistas quedan al margen de la gestión, etc. En la cláusula diez se nos refiere una aplicación concreta de finalidades propias del trust anglo-americano, pero algunas pocas posibilidades estrechísimas, como si refiriéndonos a todo el territorio que comprende la provincia de Concepción, habláramos del radio urbano de la ciudad de Concepción o de su plaza pública.

En seguida, vamos a referirnos al trust en derecho anglo-americano. Hay una definición simple, bastante buena para iniciarnos en el tema: "es la transferencia o transmisión que un sujeto (constituyente) llamado settlor, le hace a otro sujeto llamado fiduciario o trustee, o fideicomisario, a fin de que cumpla con un objeto que se le ha determinado por el constituyente, fin que puede ser en beneficio de un tercero, que por lo mismo se llama beneficiary o beneficiario, o bien, en favor del constituyente o settlor". También se puede añadir el beneficio de una idea abstracta. En ese caso puede hacerse un trust en favor de la paz universal, y hay jurisprudencia americana en ese sentido.

Tenemos ya, entonces una idea primaria. Este trust es la creación más original de la mentalidad anglo-sajona en lo jurídico; está constituido en pieza fundamental del anglo-sajón. Si se paralizara el funcionamiento de los trusts en esos países, se paralizaría, no digo la vida jurídica, sino que aun la vida económica, la vida material. Imaginémonos por un instante que algún contrato fundamental que funciona en nuestro país, la compraventa, por ejemplo, dejara de aplicarse, no se movería la vida económica, no digo jurídica del país. Es, como alguien dijo, el ángel custodio del anglo-sajón; lo toma en la cuna y no lo deja hasta el sepulcro, en toda su vida lo va siguiendo: en la escuela, en

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

las asociaciones deportivas, en la fundación, en toda circunstancia de la vida.

Frente a las figuras clásicas de nuestro derecho, supera en mucho al mandato, aún al irrevocable, el albaceazgo, a la curaduría de bienes, a las asociaciones benéficas, a las fundaciones, al negocio fiduciario, los cuales no alcanzan a cubrir, ni varios juntos, ni todos juntos, menos uno por separado, esta finalidad múltiple y flexible del trust anglo-sajón.

Para entenderlo un tanto mejor hay que ir al origen histórico de esta institución, pero no al origen histórico muy lejano, porque si no, nos vamos a perder demasiado; vamos a buscarlo simplemente en una época inicial en Inglaterra.

Este trust, por la forma en que nació se dijo que era hijo del fraude y del miedo y que tuvo como nodriza al Lord Canciller del Tribunal de la Cancillería. ¿Cómo es esto?, se explica de la siguiente manera muy simple: ocurría en Inglaterra, en la Edad Media, que al dictarse las leyes contra manos muertas de los institutos religiosos para impedir que recibieran donaciones de inmuebles, se arbitró el medio de hacer una donación indirecta en favor de terceros que iría, a la larga, a favorecer a la Institución prohibida de una donación de inmueble. Ocurrió que este procedimiento también se fue repitiendo en otros casos, en otras hipótesis, en las largas guerras con Francia y dentro de Inglaterra también, en la guerra de Las Dos Rosas, entre las casas de York y Lancaster, entonces se trataba de favorecer a los hijos, previniendo cualquier confiscación, se usaba de una mano indirecta. ¿Qué hacía la ley frente a esto, el Common Law? Saben ustedes que el Common Law tiene como fuentes el contrato, los delitos y cuasidelitos llamados torts; y el Statuto Law, o sea, la ley, obligación que tiene como fuente la propia ley. Este Common Law reconocía los derechos cuando pasaban los bienes del settlor al trustee, vale decir, del constituyente al fiduciario, hasta ahí el common law entendía el problema, sancionaba el acto, lo resguardaba y protegía. Sin embargo, la obligación de conciencia o de confianza que implicaba cumplir con el encargo, llamémoslo secreto si queremos, entregar eso a un tercero, o de traspasarlo a otro, o de entregarle los intereses, cualesquiera que fuera el tipo preciso de obligación de confianza; ¿cómo se iba a resguardar? Resolver esto relativo a la obligación de conciencia o de confianza, nosotros no lo entendemos muy bien ni muy rápido con nuestro sistema, pero en esos sistemas anglo-americanos se entiende. Entonces entraron en juego otros jueces, los jueces llamados Tribunal de la Cancillería o Corte de la Cancillería, con su Lord Canciller de Presidente. Este Tribunal representaba la conciencia del Rey para resolver justamente este tipo

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de asuntos, y estos jueces guardianes de la conciencia del Rey, eran los encargados de dar seguridad a la obligación de confianza o de conciencia, creándose, así, un verdadero derecho en favor del beneficiario, de naturaleza equitativa, por lo mismo que se llama Equity.

Este derecho también admitía la compulsión, la coacción contra los bienes del trustee que quiera hacerse el desentendido con el encargo; entonces se ponen frente a frente dos tipos de propietarios y dos tipos de derechos. Los dos propietarios son: a) para el common law el fiduciario que recibió la cosa; ése es el propietario y a ése lo protege; b) para el otro derecho, para el derecho de equidad, el fiduciario no es más que un intermediario administrador, y ese segundo, el beneficiario, mejor dicho el que va a recibir el beneficio, ése es el verdadero propietario. O sea, hay dos conceptos de propiedad, hay dos propietarios en juego, uno para el common law y otro para el derecho de equidad. También hay en ese mismo derecho inglés dos títulos: el legal o "statute" y el título equitativo o equity.

El Tribunal de la Cancillería actuaba con el derecho de equidad, equidad que no es igual a la equitas naturalis de nuestro artículo 24 del Código Civil y que tampoco es igual a la equidad del artículo 175 del Código de Procedimiento Civil que nos indica la forma de dictarse las sentencias. Este derecho de equidad, en manos del Tribunal de la Cancillería no significaba negar el derecho del fiduciario, de ese propietario legal inicial, no, pero estaba este Tribunal, con ese derecho de equidad listo para proteger al beneficiario, cada vez que el settlor o fiduciario hubiere cometido un abuso de confianza. Este Tribunal de Cancillería debía ejercer un verdadero derecho, como el derecho que ejercitaba el pretor en Roma, y que tiene una importancia enorme. En el año 1873 en Inglaterra, se decide mediante una ley que el conflicto entre el common law y el derecho de equidad deberá resolverse haciendo prevalecer el derecho de equidad. Cosas maravillosas de los anglo-sajones, cosas que no entendemos nosotros; nos gusta más la materialidad de las cosas, lo patrimonial, lo que se toca, lo que vale, lo que se cambia por dinero, pero estas cosas de la conciencia, de la confianza, de la equidad, todo esto nos parece muy raro, y cuando se habla de estas cosas en nuestro medio causa verdadera extrañeza; cuando se habla, por ejemplo, de daño moral, ¿será cierto?, ¿será invento?, ¿qué pasará? En materia extracontractual sí que lo creo, pero en materia contractual, imposible, ¡no se puede creer semejante cosa! Todos estos elementos no digo los subjetivos, sino espirituales, juegan mucho más en el derecho inglés anglo-sajón que en el nuestro. Es increíble, y

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aprovecho de decirlo aquí, el aporte que nos puede hacer el derecho anglo-americano a nosotros los latinos con nuestro derecho de origen románico. Y aún hoy cuando ya están refundidos el common law y el derecho de equidad, resulta que cuando se trata de una causa de equidad en la alta Corte se ve ante la Chancey Division (Cancillería o Equidad), o sea, para hablar un poco en nuestro lenguaje,. en una sala especial, para tratar estos derechos de equidad, como la Sala en lo civil, o en lo penal, en lo administrativo, la Sala laboral. Así ocurre en México y funciona a las mil maravillas.

Después viene una codificación extensa de la jurisprudencia; así, como nos refería el profesor Alcalá Zamora, que el derecho consuetudinario se va convirtiendo un poco en legislado, pues ya no se está creyendo demasiado en los precedentes, y además que es muy riesgoso aquello del precedente, porque hay un conflicto enorme, muy antiguo de qué se entiende por el precedente; es una cosa muy sutil, no tan fácil como parece a primera vista, entonces se hizo una codificación extensa de la jurisprudencia en una ley de 1893.

¿Qué requisitos especiales de fondo nos exige el trust anglo-sajón? Haré, para mayor claridad, un breve esquema:

Requisitos especiales de fondo	**Elemento personal:**	1)	constituyente o settlor
		2)	fiduciario o trustee
		3)	beneficiary
	Elemento real:		patrimonio
	Objeto:		afectación

Tenemos, en primer lugar, el elemento personal; un sujeto inicial que constituye el trust, lo podemos llamar fideicomitente, settlor o constituyente; es el creador del trust. Vamos a referirnos en dos palabras a él. El crea el trust en virtud de un acto de voluntad unilateral, diferencia con el negocio fiduciario, que es un contrato, un acto jurídico unilateral intervivos o por causa de muerte; él separa bienes de su patrimonio, hace a un lado algunos bienes, y los destina a una afectación que él mismo señala. Esta persona, naturalmente debe ser capaz, porque está haciendo un acto de disposición plena de bienes. Una vez creado el trust anglo-americano, el settlor como que desaparece de la escena, pierde interés y este interés se concreta en el trustee porque él va a tener que cumplir con algo y con el beneficiario que va a ser el propietario utilitario beneficioso que va a aprovechar de la finalidad respectiva.

El settlor se desprende del dominio de manera tranquila, con la tranquilidad de los anglo-sajones, cuidado, no con la

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tranquilidad de los latinos, porque dice que hay una persona muy segura que va a realizar la finalidad que él se ha propuesto, y también está tranquilo por un mecanismo jurídico simple, porque este patrimonio de afectación es un patrimonio independiente, separado del patrimonio del settlor, que repito, desaparece, y separado del patrimonio del trustee, o de los otros fideicomisos que éste estuviere administrando. Así hay una seguridad en el sentido de que los acreedores del primero, del settlor, no van a perseguir los bienes dados en fideicomiso anglosajón, ni los acreedores personales del trustee van a perseguir esos bienes. Esos bienes quedan separados y, en cierto modo, seguros.

En seguida, viene el trustee, el segundo de los personajes dentro del grupo que forman el elemento personal del trust anglo-sajón: éste es el trustee o fiduciario y algunos lo llaman también fideicomisario, produciendo un desconcierto, sobre todo para nosotros que todavía tenemos ese fideicomiso romano en el Código Civil. El trustee analiza las intenciones del settlor en relación con el patrimonio fideicomitivo. Es natural que sea necesaria la aceptación del trustee para que empiece a funcionar. ¿Se le exige o no caución? Generalmente no se le exige, a diferencia de los usufructuarios, que en nuestra legislación se les exige caución. Sin embargo, puede el settlor exigir caución al trustee para mayor seguridad, y hay legislaciones, como la de Alabama en Estados Unidos, que exige una caución al trustee.

El trustee usa todas las facultades del propietario, se comporta como tal, puede realizar muchos actos de propietario, y veremos hasta donde le llega esa facultad, porque tiene un límite, que vamos a señalar. Tiene los deberes y preocupaciones del propietario, en una palabra, pero no goza de ventajas inherentes al dominio, él mismo no usufructúa, pero puede sí tener una remuneración. El propietario efectivo, utilitario, repito, es el tercero, el beneficiario. Las cargas reales de las cosas que han sido dadas en fideicomiso anglo-sajón, las cubre el trustee, él se encarga de cumplirlas; todos los impuestos o contribuciones que afecten a los bienes, también los va a cumplir el trustee; los acreedores personales del trust, ¿a quién persiguen? También al trustee, él responde hasta el límite de los bienes que están destinados al trust, de los bienes del trust, pero si hubiere incurrido en culpa responde personalmente de las obligaciones propias del trust. Felices los anglo-sajones que son tan prácticos, inmediatamente lo hacen responsable de los perjuicios en cuanto a la culpa, y él responde personalmente de las obligaciones propias del trust. Responde también de los daños que causen estos bienes dados en fideicomiso, el daño causado por las cosas, el dueño de esas cosas viene a ser el trustee, y también responde

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de esos daños. Todo ha de gravar en cuanto a gastos, a cargas, a daños, todo ha de gravar al patrimonio fideicomitivo. El poder exclusivo de poseer y de vender los bienes que forman el trust, corresponde al trustee, pero siempre que se haga dentro de los límites y finalidades del trust administración, y si se vende más allá de la finalidad, esos bienes pueden perfectamente ser reivindicados, y entra en juego el beneficiario, según veremos más adelante.

Si en el Código chileno vemos aplicada las ideas de mera administración, libre administración y libre disposición, tres categorías muy bien manejadas por Bello, porque a cada una le dedica diez, o quince o veinte aplicaciones. Aplicando estos términos, diríamos que el trustee usa de la llamada libre administración que permite, como sabemos, en nuestro sistema, la disposición de bienes en ciertos casos que conducen justamente a la buena administración, y de ahí se diferencia de la mera administración del artículo 2132.

Este trustee, repito una vez más, debe mantener separado el patrimonio del fideicomiso de su patrimonio y de los patrimonios pertenecientes a otros fideicomisos. Los bienes quedan, por estar separados, a salvo de los acreedores, y ¿qué pasa si quiebra el trustee? Como hay una separación, los bienes del trust no van a la masa de acreedores y quedan entonces liberados; ¿pero qué hace el beneficiario? Los retira, usando la expresión del Código Civil cuando se trata de la sociedad conyugal en liquidación y se trata de bienes, el Código dice: lo saca, de sacar una cosa casi material, los retira, estos son míos, no tiene nada que ver con la quiebra.

Ahora viene otra cosa interesante en el trust, que es fundamental, que es la parte difícil de entender para los latinos: resulta que este propietario es a la vez administrador, administra este trustee conforme a las reglas del statute y de la ley, del estatuto que se le dio para este trust y la ley, y según esas reglas resuelve sobre aplicación de fondos, sobre intereses, sobre repartos, sobre destino de los bienes, sobre venta, sobre entrega al beneficiario, todo según esas reglas de administración que son bien precisas. A un individuo que se le impone tanta responsabilidad es lógico que se le den también reglas en las cuales pueda fundarse y en las cuales pueda excusarse llegado el momento. Responde ante el beneficiario, ya no frente al settlor, que desapareció con sus bienes, y responde además el trustee hasta con su libertad.

Este trustee tiene consejeros e inspectores. El consejero e inspector número uno es el juez; éste tiene un papel de vigilancia, que es esencial. Habría que ver hasta qué punto los

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

jueces latinos, los jueces sudamericanos podrían, en este momento, improvisar estas actividades tan delicadas y de tanta responsabilidad, y que requieren tanta preparación. También pueden autorizar los jueces al trustee para apartarse de las instrucciones precisas que le hubieren sido dadas. ¿Por qué en medio de tanta estrictez de los anglo-sajones y del trust anglosajón, esto de ir a cambiar las instrucciones, y aún más realizar operaciones expresamente prohibidas en la constitución del fideicomiso? Porque juega como razón prevalente la finalidad, y porque se cumpla la finalidad no importa cualquier acto que sea, inclusive, en contra del estatuto expreso que se le ha dado al trustee; y se va donde el juez y le dicen: señor juez, resulta que aquí se prohibe comprar las acciones Tamayo y ahora son una gran inversión, así que permítame que adquiera estas acciones, o las Tocopilla, o éstas, o las otras acciones que parecían un poco inseguras al momento de constituirse el fideicomiso, pero que hoy representan una buena inversión; o invirtamos ahora en valores mobiliarios en vez de inmuebles, como decía el fideicomiso; saben Uds. que la propiedad raíz ha sufrido gran fluctuación en Chile. La propiedad raíz se dice que siempre ha subido, no, hubo épocas en Valparaíso que bajó mucho, bajó diez veces en un momento dado y los propietarios tuvieron que vender y era mala inversión; ahora están vendiendo también grandes inversionistas, propiedades en el centro de Santiago, la Caja Bancaria ha vendido grandes cantidades, ¿por qué?, porque dicen que hay que arrancarse de los bienes inmuebles, que ya no son la inversión maravillosa que fueron hasta hace poco y, entonces hay que cambiar de inversión y en esto hay que andar listo, rápido, porque de otro modo se puede venir abajo la fortuna más segura. Y es así, como el trustee que había recibido instrucciones de no realizar determinados actos de inversión va donde el juez y le dice: permítame que lo haga así y el juez le da el consejo y puede llegar a autorizarlo.

En seguida, tenemos que realzar esta hermosa combinación de propietario y mandatario. ¿Cómo es esto? Si es propietario de una cosa, ¿cómo entendemos que a su vez ejecute un mandato respecto de esas cosas, si son de él? Como propietario es capaz de administrar y es capaz de resolver y él es su propio mandante, pero, ¿cómo puede tener a un extraño como mandante si es propietario? Y este contrasentido, esta diferencia con el derecho latinoamericano, el derecho nuestro de origen románico, es lo que nos cuesta entender; pero para ellos no significa dificultades. Resulta que un propietario, que tiene facultades de tal, es a su vez, mandatario, porque tiene que cumplir un determinado encargo.

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

¿Quiénes pueden ejercer el papel de trustee? Lo pueden ejercer particulares o bancos. En las leyes que se han dictado, incluso en América Latina, se acepta que puedan ser particulares. Generalmente las leyes señalan solamente los bancos o las compañías de seguros o instituciones especiales fideicomisarias. En el acuerdo tomado en Uruguay, primeramente rigió la idea de hacer que el trustee fuera únicamente bancos o compañías de seguro, pero después se dijo que como uno de los relatores del tema, era banquero, se había interesado que fueran los bancos, una cosa exagerada, una cosa de excesiva malicia, nunca se podría haber pensado de esa manera y esa persona con mucha inteligencia dijo: sí, es verdad está acordado que puedan ser otras personas y se incluyó en la conclusión que otras personas, no solamente los bancos o las compañías de seguro podían hacer el papel de trustee. Parece ser lo más acertado que los bancos o las compañías de seguro sean los indicados por ser instituciones muy sólidas, por ser instituciones muy controladas y muy seguras en todo sentido.

Y si no se ha nombrado trustee o éste falla, ¿qué ocurre? El tribunal lo nombra. La razón prevalente es la finalidad, si hay que cumplir la finalidad tiene que haber trustee, bueno, a nombrarlo. Se manejan bien los anglo-americanos; no como nosotros que decimos: ¡ah!, no hay, es nulo, no sirve, no se puede hacer nada, nos quedamos aquí, es injusto.

Bueno, ¿y si falla el trustee, qué pasa? Si es un banco, es una cosa imposible, porque es una institución duradera, pero si es un particular transmite su derecho a sus herederos y éstos están obligados a cumplir las mismas obligaciones, con las mismas cargas, salvo estipulación expresa del settlor que hubiere querido eliminar esa posibilidad de que los herederos vayan a administrar algo tan difícil y tan especial.

En seguida, ¿es posible el cambio de trustee?, naturalmente, la lógica tiene que decirlo, en un papel tan difícil no se puede producir una amarra definitiva sobre la persona del trustee, y se suelen dar las razones de insolvencia, de locura, injuria, oposición de intereses, etc. La destitución puede hacerse por el tribunal, por ser el trustee una persona incapaz de derecho, como si le sobreviene una locura; o incapaz de hecho, porque no sabe realizar las cosas, porque no tiene habilidad mínima. Los motivos principales que se suelen dar en la jurisprudencia americana, son los siguientes: negligencia en el cumplimiento de la finalidad; conflicto de intereses entre los dos últimos, trustee y beneficiario; desacuerdo entre los varios trustee, si son varios, porque es posible que haya multiplicidad; negativa de rendir cuentas, esto es grave; indiscreción, aquí están los anglo-americanos atendien-

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

do las relaciones humanas y estos aspectos espirituales, como la indiscreción, para ellos es grave, para nosotros no tanto; ausencia prolongada, en Inglaterra doce meses, si está ausente no puede atender bien el asunto; conveniencia de reducir el número de trustee, por múltiples causas y no sólo la de economía; y también cuando el settlor se reserva el derecho para sí de cambiarlo por otra persona, y hay una norma que ha aplicado regularmente la jurisprudencia norteamericana, según la cual el que puede nombrar puede destituir. Qué cosa más lógica, el que puede destituir puede nombrar a otro sucesor. En nuestro país siempre hacemos delimitaciones muy grandes con este derecho que tenemos: el mandatario para juicio que tiene un mandato de tipo normal, corriente, no puede percibir; el mandato para comprar no acepta el vender; y qué decimos de los abogados de bancos, que exigen las cosas con una estrictez suma.

La dimisión del trustee es posible por una causal prevista en el acto constitutivo, esto no lo entendemos muy fácilmente; por consentimiento de todos los interesados, porque casualmente se está protegiendo el interés de ellos; y por dimisión ante el tribunal que presente el trustee, pero alegando una causal que permita al juez advertir que no se va a causar daño, porque si se va a causar daño no acepta la dimisión, y no podrá además, operar la dimisión mientras no haya un reemplazante. La jurisprudencia americana es mucho más severa que la inglesa para admitir la dimisión.

En cuanto a la remuneración; en Inglaterra se estima que este cargo es gratuito y que se paga por excepción, sigue las reglas de nuestro mandato, que se estima siempre gratuito; es ridículo, pero así es. En los Estados Unidos es remunerado, pero remunerado, según lo diga la ley, o según lo digan los tribunales. Si se ha olvidado establecer remuneración, se presume que es remunerado y el tribunal fija la remuneración.

Ahora bien, ¿cuáles son los órganos de control y colaboración? En primer lugar el tribunal, y ya hemos esbozado algo a este respecto y como interviene este órgano de control en finanzas: primero dando consejos y, segundo, aprobando. a) Dando consejo: el trustee acude al tribunal cuando tiene dudas y aún para realizar actuaciones que le están prohibidas, como ya se dijo; puede pedir consejos no sólo en materias jurídicas, sino en materias prácticas, y puede, por ejemplo, preguntar cuál es la inversión que le parece mejor o sin tal inversión será realmente buena. Es un papel bastante delicado que se le asigna al juez.

b) En seguida, también da aprobaciones el juez al trustee con anterioridad al acto, lo que llamamos con la propiedad de locución de Bello, la autorización, que siempre se

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

entiende previa. La aprobación es posterior; aprobación también usa Bello, para dar un consentimiento posterior a la realización del acto. El tribunal del trustee en Inglaterra actúa también en muchas oportunidades, o sea, entra a ejercer parte de la administración, cuando hay desacuerdo entre los trustee; luego, cuando hay dificultades y está previsto en el acto constitutivo que esas dificultades deberá resolverlas el tribunal, y también, cuando hay dudas sobre la buena fe del trustee. El beneficiario, el tercero que es el propietario que va a beneficiarse con el acto, ese beneficiario también vigila y controla cuando no hay rendición de cuentas y también cuando aconseja al trustee a su petición. El trustee puede acudir pidiendo consejo al beneficiario, y éste, entonces, interviene.

También el constituyente puede haberle designado un consultor adjunto, como aquel consultor que tenía la mujer para ejercer la patria potestad cuando no se había dictado todavía la Ley 10.271; también hay consultores forzosos, en ciertos trust; también hay custodios o depositarios del patrimonio. En resumen, la severidad en la vigilancia y controles está en orden paralelo, con la responsabilidad que se le confiere al trustee y con la confianza que ha merecido.

Tenemos el tercer personaje que es el beneficiario, constituye el último elemento personal del trust, y es aquél en cuyo beneficio se constituye y funciona el trust, su derecho se llama equityble right, porque es protegido por el tribunal de equidad. El beneficiario es una persona determinada. Se le reconoce al beneficiario, traduciendo a términos de nuestro derecho, una especie de acción oblicua o indirecta para que ocupe el lugar del trustee y empiece a operar como si fuere el trustee, en beneficio propio si, pero para que no se realicen actos, o se omitan actos que podrían perjudicar las finalidades. También en la misma forma anterior, traduciendo a nuestro derecho, tiene una especie de acción pauliana o revocatoria para pedir que se anulen ciertos actos que se han realizado en fraude de la finalidad; también tiene acciones penales para perseguir al trustee.

Puede actuar además por prevención, no solamente curando un efecto, sino previendo ese efecto y dando una solución anterior al efecto que se ha de producir; también opera una subrogación real, esa institución que se mantuvo en el olvido durante tanto tiempo y que después ha renacido y que hoy nos sirve bastante. Esa subrogación real consiste en que el beneficiario ocupe el lugar del trustee para tomar la titularidad de aquellos bienes que han entrado al patrimonio particular del trustee, pero que han sido obtenidos con los dineros u otros bienes del trust en aquellas ocasiones en que no procedía rea-

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

lizar esa operación: se está dando con esto un resguardo al beneficiario. También tiene un derecho de persecución el beneficiario y por eso se dice que hay un derecho real, porque es propio de los derechos reales, y éste tiene un derecho de persecución para perseguir aquellos bienes que han salido del trust de manera indebida. Y los terceros, los terceros de buena fe pueden estar tranquilos, porque no puede el beneficiario perseguir los bienes que ellos han adquirido; y se entiende que están de buena fe cuando pagaron un justo precio, para hablar en nuestro lenguaje, y cada vez que desconocían el trust, o sea, que desconocían la carta. Si ellos sabían que realmente estaban actuando dentro de un régimen de trust, debían estudiar la carta y ver si realmente era posible esa operación.

¿Y qué pasa con el donatario, aquél que recibió en donación bienes del trust indebidamente?, se le retira de inmediato y no se estudia más el problema.

Si el beneficiario muere, transmite sus derechos a sus herederos, sin perjuicio de lo que se haya establecido en el acto constitutivo.

Después sigue un elemento real, consistente en un patrimonio. En verdad, el constituyente o settlor separa ciertos bienes de su patrimonio y los dedica a esta afectación. Este patrimonio, como ya se ha dicho, es independiente del settlor. Si no fuera independiente del settlor, podríamos caer en un mandato, en una gestión de negocios, en varios actos, el depósito, por ejemplo, pero no sería un trust. El patrimonio del trust también queda separado del patrimonio del trustee. Suponiendo que no fuera así la solución, sino que estuviera junto con los bienes propios del trust, podría haber una donación sujeta a ciertas condiciones, o un préstamo, o una estipulación por otro, u otros contratos, pero no trust. Repito, entonces, que el patrimonio queda separado, es un patrimonio separado de afectación. Este patrimonio puede consistir en toda clase de cosas, tanto corporales como incorporales, derechos, créditos, cualquier cosa; pero ¿pueden ser derechos de familia o personalísimos?, no, porque se trata de patrimonio, no es posible en esos casos que he dicho. Los bienes futuros también pueden entrar al trust, y el trustee los ingresará al patrimonio del trust en su día, pero si todos los bienes fueren futuros, entonces no habrá constitución de trust.

El elemento de objeto o relativo al objeto es un patrimonio de afectación, o sea, que está afectado a un fin determinado, y es un elemento esencial; si falta este fin, no hay trust. Si Pedro entrega a Juan bienes en trust para Diego, sin más, sin alegar cosa alguna, aquí no hay más que una persona interpuesta, inútil, que hace imposible el trust. Aquí sí que es nulo;

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

no hay trust y entonces este sujeto podrá pedir inmediatamente a este intermediario inútil, las cosas para que se le entreguen de inmediato.

La jurisprudencia norteamericana ha resuelto esto de manera uniforme. La aceptación es libre, cualquier tipo de aceptación puede servir, la voluntad es bastante amplia; sin embargo, en algunas legislaciones se hacen limitaciones, limitaciones muy escasas; porque se da amplitud de posibilidades y estas limitaciones escasísimas se producen en el orden general, en los estados de Michigan y Minnesota, y respecto del trust inmobiliario, en Nueva York y Dakota del Norte.

Con esto terminamos los requisitos especiales de fondo y veremos luego la naturaleza jurídica del trust, sus objetivos, etc.

Vamos a estudiar a continuación la naturaleza jurídica del trust anglo-americano. Con nuestra mentalidad de hombres del sistema de origen románico tenemos siempre enorme afición por la naturaleza jurídica de las instituciones y cuando no encontramos una naturaleza muy clara nos desconcertamos y hasta abandonamos el estudio de la institución, o creemos que es imposible que se aplique. No es así en el régimen anglo-americano, ellos no dan tanta importancia a esto, y es así que aplican esta institución desde hace más de seis siglos y, sin embargo, no están de acuerdo todavía en la naturaleza jurídica precisa, no andan muy acordes en este aspecto de la naturaleza jurídica.

Vamos a distinguir entre autores ingleses y anglo-americanos y autores latinoamericanos. En cuanto a los primeros, dicen que hay un derecho personal entre el beneficiario y el trustee; dicen que hay un elemento personal que los liga, y por supuesto, los vincula en una relación de obligación. Otros dicen que se trata de una simple división del derecho de propiedad: derecho de propiedad respecto del fiduciario, y derecho de propiedad respecto del beneficiario; se trata de una solución simplista. En verdad hay dos dominios, pero dos dominios de caracteres diferentes; no puede conformarnos plenamente esta solución. Una sentencia de la Corte de los Lores del año 1927, nos dice que hay un jus in rem de parte del beneficiario, con lo cual nos adelanta la idea de que hay un derecho real.

Se dice por otros que hay rasgos comunes del trust con el contrato. Esto hay que rechazarlo, porque en cuanto a la ejecución en el negocio fiduciario, puede exigirla cualesquiera de las partes que han intervenido en él; en el trust, únicamente el beneficiario que, justamente, no concurrió a la formación del trust, cosa bastante curiosa.

Entre los autores hispanoamericanos tenemos a Roberto Goldschmidt, que actualmente es Director del Seminario de De-

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

recho Privado en la Universidad de Caracas, un hombre de mucho estudio, que conozco a través de sus trabajos, y este hombre es el autor virtual de la ley de Venezuela del año 1956, dice que es una relación fiduciaria. Relaciones hay muchas; hay relaciones de obligaciones, hay relaciones tributarias, hay relaciones de liquidación, por ejemplo, aquéllo que va desde la disolución de la sociedad conyugal hasta su liquidación efectiva; relaciones de muchas clases puede haber, y cuando se dice relación fiduciaria es una relación de confianza, pero con eso no se precisa y, en verdad, no se dice mucho. El licenciado Gustavo Velasco dice que es una modalidad de titularidad y esto me conforma bastante más y también conformó más a los que intervinieron en este tema en Montevideo. Se trata de una titularidad del dominio que está en manos de dos; así como la pluralidad de personas en el dominio, con un dominio plúrimo, produce la comunidad, aquí también en vez de desviarse hacia los sujetos se desvía hacia los objetos; en consecuencia, es una idea bastante razonable.

Después otros, como monsieur Pierre Lepaulle, que siendo francés intervino tanto en América, que casi se le puede nombrar como hispanoamericano, dice que es un patrimonio de afectación. Esto fue rechazado más tarde. Un patrimonio de afectación hay incluido en este instituto, es el patrimonio que está jugado, es un patrimonio de afectación, porque está afecto a un fin determinado, pero de ahí a creer que la institución entera tiene como naturaleza jurídica esta parte o sección, equivale a tomar el todo por la parte; es exagerar. Después con ese afán de clasificación, esa cosa exhaustiva de llegar y llegar a más hipótesis, se ha dicho que es un derecho mixto; claro que muchas cosas pueden ser mixtas, pero con eso tampoco se define ni se precisa.

Lo cierto es que, cuando una institución como el trust está enraizada en el espíritu de un pueblo, aquí, en el espíritu del pueblo angloamericano, no hace falta pedirle prestado a la teoría jurídica una partida de nacimiento o un certificado de supervivencia. Es por eso que lo han comprendido muy bien los americanos y no insisten en el punto y les basta con dejar las cosas que funcionen y, por sobre todo, razón prevalente, que la finalidad se cumpla. Eso sí que no lo perdonan. Todas las soluciones tienden a conseguir que la finalidad se cumpla.

Parece ser lo más interesante y conveniente no entrar en calificaciones cuando se dicte una ley aquí; me parece que sería mejor no calificar, a lo sumo referirse a una modalidad de pluralidad, o no decir nada, simplemente señalar efectos, obligaciones, derechos, sin calificar. Ese espíritu insistente por calificar

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

es preferible suprimirlo en el caso de esta institución.

Para dar nacimiento al trust puede operar el contrato o un acto unilateral de voluntad, como el testamento.

Respecto del trustee o fiduciario puede operar la tradición, y también como modo de adquirir la sucesión por causa de muerte, en el caso del testamento. Respecto de la tradición entra en juego el título y el modo, que existe en nuestra legislación, también en la española y en muchas otras.

Ahora, ¿cuáles son los objetivos del trust anglo-americano? Un autor, Rudolf Papen, dijo que los objetivos del trust anglo-americano son tan amplios como la imaginación de los abogados, porque este traspaso de bienes con la cláusula de encargo, pueden llevar al constituyente a la realización de cuanta operación podamos imaginar; desde luego, puede asegurar el destino que quiera darse a los bienes, para cualquier objeto, como ser: para proteger a un incapaz, para salvar su capacidad; para realizar propósitos de caridad, de beneficencia, de utilidad pública; para asegurar rentas o provechos para sí o para terceros; aquí tenemos la aplicación justa del Decreto con Fuerza de Ley 324, que señalábamos más arriba. También sirve para otorgar cauciones reales, entregando en fideicomiso al acreedor, bienes o todo el patrimonio, a fin de que los administre y pague a los acreedores; también sirve para asegurar convenios con acreedores dentro de la quiebra, o de períodos anteriores a ella, por ejemplo, en nuestra legislación, en el convenio extrajudicial, o en el convenio judicial preventivo, en fin, todas las posibilidades del convenio que da nuestra Ley de Quiebras. Cumple el trust las finalidades del mandato, del albaceazgo, de la curaduría de bienes, de la estipulación en favor de otro, del usufructo, del fideicomiso romano, del depósito, del comodato, y podría seguirse señalando figuras. Da seriedad, naturalmente, a las colocaciones por ser generalmente los bancos en las leyes que se han dictado, o las Compañías de Seguros, las que están encargadas de estas operaciones. En nuestro país, concretamente, ¿qué utilidad podría presentar? Justamente la de realización de todos esos actos con la flexibilidad y amplitud que permite el trust. Por ejemplo, en materia de cauciones, hoy entre nosotros no sería posible dar en garantía un establecimiento comercial, se pueden dar sí prendas, que son varias, y hay veces que no alcanzan para satisfacer las necesidades; todos en nuestros estudios profesionales hemos encontrado muchas veces necesidad de recurrir a otras figuras, o simular ciertos contratos, o hacer negocios fiduciarios, para poder suplir la falta de una prenda, de algo que debía tener la legislación; sin embargo, con el trust es posible dar en caución todo un establecimiento comercial con el objeto de poder pagar a los acreedores.

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si fallece el trustee, o sea, esta persona que está realizando el encargo, no se termina el trust, porque hay una sucesión, o hay un substituto; no ocurre lo mismo con el mandato o con el albaceazgo, porque no se permite la sucesión en este tipo de figuras. En estos casos, digo mandato y albaceazgo, tampoco hay separación de patrimonio que constituye una facilidad enorme para operar y una garantía bastante importante. Si hay cambios de circunstancias, con el mandato y con el albaceazgo no podemos llegar donde el juez a decirle que nos dé consejo, tanto jurídico, como aún comercial. En seguida, respecto de las finalidades del fideicomiso romano, que es una forma de propiedad sucesiva, aquí la podemos suplir y mejorar enormemente.

En seguida figura el tenedor fiduciario, que está en nuestro código y también en el código colombiano, que tampoco puede conseguir las finalidades más amplias del trust americano. A veces el trust americano, incluso, supera fines de instituciones tradicionales; sabemos que cuando una persona es un disipador puede declarársele en interdicción y en virtud de esa declaración, pasa a ser incapaz relativo y sus actos son nulos, de nulidad relativa. Pues bien, con el fideicomiso a favor del pródigo, resulta que se economiza tiempo: primero, porque se logra con más facilidad hacer que opere el beneficio a favor de este sujeto incapaz, y después, se evita la gran discusión de si es o no pródigo, discusión que es bastante intensa por su naturaleza, como es fácil de explicárselo.

Cuando monsieur Lepaulle, aquél francés que se ha encargado tanto del fideicomiso, empezó diciendo que se podrían usar las instituciones de origen romanista para satisfacer las necesidades del trust, se mantuvo tal idea durante algún tiempo, pero luego desapareció, porque en una gran discusión en uno de los Congresos, con el doctor Ricardo Alfaro, el panameño que es considerado el padre de esta institución, quedó bien en claro, al menos según lo dice Alfaro, que el señor Lepaulle no tenía la razón y que no podía considerarse esto como una conclusión acertada. No hay, pues, posibilidad de reemplazar el trust anglomaericano por las figuras tradicionales.

Ahora bien, ya estamos dirigiéndonos a la consecución de un trust y cómo llegamos a tener un trust. Hay en la técnica para aceptar este instituto, en países como el nuestro de derecho latino, dos tendencias fundamentales: una tendencia europea y otra americana, francamente contrapuestas. Los europeos reconocen la necesidad de establecer el trust anglo-americano, pero dicen, sin alterar este edificio que se ha construido durante tantos años, tienen un verdadero temor de hacerlo y viven apegados a sus tradiciones que no desean romper en sus moldes

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

básicos. Esto, naturalmente, conduce a la imposibilidad, porque ha quedado demostrado, lo he dicho repetidamente, que no es posible llegar a la finalidad del trust por vía de aplicación de instituciones comunes. La tendencia americana es diferente, es como América, nuevo mundo, no hay escrúpulos por dictar nuevas leyes con tal de cumplir la finalidad, aunque la estructura se rompa un tanto, aunque el estilo clásico desaparezca un poco, aunque las columnas no sean tan perfectas, aunque los estilos no sean los clásicos o neoclásicos, no importa; pero lo funcional, como diríamos en arquitectura moderna, está por sobre el estilo mismo y entonces tenemos que para los americanos hay que ir a la dictación de nuevas leyes, incorporando el trust directamente y ahí tenemos los seis países que he señalado anteriormente.

Para analizar brevemente la posición de los europeos voy a señalar rápidamente cinco teorías, en virtud de las cuales ellos sostienen que se llega al trust por vía de los institutos tradicionales. En primer término, dicen ellos, se trata de un nombre nuevo; también ésta es la posición desconfiada de los exégetas de nuestro medio cuando se les habla de términos que ya están en el comercio jurídico, dicen, esto es extraño, esto es barroco, esto es engaño, no puede ser; el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil señala los requisitos de la demanda y ahí están, no vengan a decirme a mí que la demanda tiene otro significado, u otra finalidad, u otro contenido jurídico, ahí está el 254 y no molesten más y no me ofendan, porque hasta se molestan. Bueno, entonces, con ese mismo criterio que ya conocemos en nuestro medio y que no hace falta repetir, dicen ellos: se trata de un molde nuevo, pero la misma figura. Por un lado se crea un derecho real frente al fiduciario y por otro, un derecho personal en favor del beneficiario que va a exigirle al fiduciario algo; uno es derecho real, el otro es derecho de crédito y para qué vamos a discutir más. Pero ocurre que en el trust hay un derecho de propiedad bastante raro, primero, que termina, no es perpetuo; en seguida, que está junto a un mandato, cosa difícil de entenderse en nuestro sistema; y finalmente, también es raro el crédito que se le atribuye al beneficiario, porque tiene en verdad una propiedad provechosa, porque él disfruta de esto, no puede ser exactamente un crédito personal, puede conseguir tal vez las cosas a través de un enlace con el fiduciario, para exigirle el cumplimiento de la obligación de entregar los frutos, de entregar la cosa o lo que sea, pero no es un derecho de crédito simplemente.

Una segunda corriente dice: hay propiedad como dicen los anteriores, pero esta propiedad no está en el fiduciario sino en el beneficiario. Se pueden repetir los mismos argumentos.

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Una tercera corriente usa el comodín de estos días que es la estipulación en favor de otros. En Montevideo alguien salió también con la idea de que en esta figura había una estipulación en favor de otro, y felices porque con ello parecían resolverlo todo. El trust puede concebirse en favor de quien lo constituye, entonces no se explica que éste tiene que aceptar para formarse un derecho real. Otros dicen: éste es un contrato sui generis, una fórmula bastante socorrida y que ya se está poniendo un poco en ridículo, porque con eso parece que se quiere recurrir, como llave ganzúa, capaz de abrir todas las ideas y todas las posibilidades. Aquí dicen, hay un contrato sui generis, ¿de qué tipo?, donación, ¿y qué características tiene esta donación?, tiene la característica de no tener destinatario inmediato, porque este fiduciario no es un donatario, sino que es otro que va a venir después; no conforma esto tampoco. Después hablan del patrimonio de afectación, como Lepaulle, según lo acabo de expresar.

Alfaro dice, hay un mandato irrevocable, lo manifestó el año 1920 en su trabajo inicial; tal vez él esté diciendo algo que es un pecado de juventud, porque él mismo más tarde cambió de idea. En ley panameña del 25, la primera ley panameña, y en la mexicana también, se repite lo del mandato irrevocable. Esto merece refutación: primero, porque el mandato irrevocable no es una institución aceptada por la generalidad; en seguida, se acepta, inclusive entre nosotros, en los párrafos del pago, cuando hay un interés de un tercero, así se puede disputar a un tercero para el pago, pero siempre que haya un interés de otro para que se haga el pago sólo a través de él; tampoco es posible el mandato a sí mismo, como cuando un settlor o constituyente da mandato a un fiduciario y este mandato es para sí mismo, para que el fiduciario pueda actuar. También repugna la idea de mandato transmisión de bienes, porque no pueden ir conjuntamente estas dos cosas. Tampoco el mandato puede ser considerado como modo de adquirir; no puede adquirir el fiduciario por vía de mandato, eso no cabe. Alfaro cambió luego de criterio, rechazando la idea de mandato irrevocable. ¿Qué pasa en los países americanos en que no es por vía de adaptación de las instituciones clásicas, sino por vía legislativa, mediante la omnipotencia del legislador, que se logra satisfacer esta necesidad? ¿Cuáles son las adaptaciones que se han logrado en América? Sabemos que son seis, no quiero repetirlas, pero quiero señalar algo que es muy importante, realzar la idea de que no es posible el trust en América por vía de simple trasplante, como quien importa un automóvil y lo trae acá, y aquí lo considera igual que si estuviera en su lugar de origen, no cabe esa mera traslación; es imposible por las diferencias de medio, y porque

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

juegan otras instituciones entre nosotros, de las cuales no se podría hacer caso omiso.

Existen sistemas de adaptación que van desde los simples casos de Comisiones de Confianza, hasta los casos de consagración legislativa del trust anglo-americano. Los sistemas de Comisiones de Confianza están establecidas en Chile, en Bolivia, en Perú, en Colombia y en Costa Rica, en esos lugares, naturalmente, se concretan a las operaciones que ya vimos; generalmente en Chile, a la compra-venta de bienes raíces, como encargo o mandato a la propiedad horizontal, que ha tenido tanto desarrollo, etc., pero tampoco llega a situaciones de mayor dificultad.

Después hay adaptaciones sobre la base del proyecto del Doctor Ricardo Alfaro, del año 1920, que está en Panamá en la primera ley, en El Salvador y en Puerto Rico. La ley panameña habla del mandato irrevocable. En el Salvador se habla de una declaración de voluntad. Otro sistema es el de México, la ley primitiva es del año 1926, basada en la ley panameña que está influida por monsieur Lepaulle y considera al trust como un patrimonio de afectación, y sólo autoriza jugar el papel de trust a las instituciones bancarias. Hay un proyecto del año 1941 que está circulando, y también hay una ley de títulos de crédito. Me decía el profesor Alcalá-Zamora que se presentan, en México, dificultades en la práctica para la aplicación del trust; no es que haya fracasado, pero se trata de algunas dificultades que habrá que solucionar. Y llegamos al caso de Venezuela cuya ley se dictó el 17 de agosto de 1956, y fue publicada en la Gaceta Oficial Nº 496. Esta ley consta de 31 artículos. Según veremos más adelante. Esta Ley de Venezuela ha servido de inspiración a las conclusiones de las Jornadas de Montevideo.

Estudiaremos esta ley en rasgos muy generales:

Dice el artículo 1º, "que el fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlos en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario". En líneas generales es buena la definición. Goldschmidt, quien es el autor de esto, habla de relación jurídica, ya hicimos la crítica al respecto.

En el artículo 2º se habla de los bienes transferidos y los que substituyen a éstos, vale decir, se pone en juego la institución de la subrogación real. Los bienes constituidos en fideicomiso se pueden reemplazar por otros y los que llegan ocupan el mismo lugar de aquellos que salieron, luego, entra en juego la subrogación real, institución que ha vuelto a cobrar gran importancia y que ha salido del estado de letargo en que per-

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

maneció durante muchos años. Roca Sastre hace referencia a este letargo a la subrogación en un artículo que publicó en la Revista de Derecho Privado de Madrid. Dice la ley, en seguida, en este artículo segundo: "Salvo que la ley disponga otra cosa, éste sólo quedará sujeto a cumplir con dichos bienes las obligaciones que deriven del fideicomiso o de su realización..."; aparece la idea de la separación de bienes, estos bienes responden sólo al fideicomiso, no a otras obligaciones, ni del constituyente que ya transfirió, no lo dice la ley, porque ya hubo transferencia, ni del fiduciario en cuanto a sus obligaciones personales.

En el artículo 3º se establece la forma de constituirse el fideicomiso anglo-sajón por acto entre vivos, y se dice que se constituirá por documento auténtico. La palabra "auténtico" no me agrada, porque aquí en Chile, sobre todo en materia sucesoria, ha dado lugar a discusión acerca de cuál es el alcance del término auténtico, mientras algunos dicen que se trata de escritura pública, otros dicen que la autenticidad se refiere solamente al grado de exactitud o veracidad del documento y puede ser un documento privado, debidamente reconocido o mandado tener por reconocido en la forma establecida por la ley. La palabra "auténtico" podría reemplazarse por documento público, que reproduce la idea de fe pública, y es en virtud de esa fe pública que produce pleno mérito probatorio.

En seguida, indica que la aceptación del fiduciario debe otorgarse también en forma auténtica.

En el artículo siguiente se habla de la hipótesis de constitución por causa de muerte y se dice que "el fideicomiso podrá constituirse también por testamento para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente. En este caso el fiduciario manifestará su aceptación o excusa ante el juez del fideicomiso".

En el artículo 6º, se dice que toda clase de bienes puede ser materia de fideicomiso, como ya se había dicho, menos aquellos que sean estrictamente personales de su titular, que son los derechos de familia y personalísimos a que se hizo referencia anteriormente.

"No puede constituirse fideicomiso que atribuya gratuitamente beneficios a persona incapaz para recibir por testamento o para adquirir por donación". Se trata de la persona incapaz para recibir, el "no puedes recibir", de que nos hablaba el profesor Puig Peña, esa incapacidad no se puede burlar a través de un fideicomiso.

Se indica luego, en el artículo 9º que la duración del fideicomiso constituido en favor de una persona jurídica no podrá exceder de treinta años. En el acuerdo tomado en Uruguay se

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

habla que excepcionalmente, tratándose de una institución de beneficencia, el beneficio puede durar más de treinta años. Después se agrega que "no obstante lo dispuesto en el Código Civil sobre la legítima, el testador puede disponer la constitución de un fideicomiso respecto de la misma, o parte de ella en favor de los herederos forzosos siempre que éstos hayan realizado reiteradamente actos de prodigalidad...". Es el caso de omisión de los trámites para declarar interdicto por prodigalidad a un sujeto, constituyendo en cambio un fideicomiso anglo-sajón. Se substituye entonces la interdicción por prodigalidad por este instituto que estamos observando.

La constitución de fideicomiso en favor de incapaces por el tiempo de su incapacidad es válida, incluso respecto de la legítima de ellos. El acuerdo en Uruguay es igual, dice que se permite la constitución en fiducia de la legítima sólo mientras dure la incapacidad del legitimario.

Dice la ley venezolana que sólo podrán ser fiduciarios las instituciones bancarias y las empresas de seguros constituidas en el país. El acuerdo en Uruguay tenía este mismo contenido originalmente, pero más tarde fue extendido a cualquier otra institución o a un particular fiduciario.

Luego se señalan las obligaciones del fiduciario (art. 14), o sea, de este sujeto que va a cumplir el encargo. Debe cumplir con lo previsto en el estatuto o acto constitutivo y con la ley, y concretamente debe perseguir la consecución del fin; en seguida, debe mantener separados los bienes; debe rendir cuentas de su gestión al beneficiario, lógico, si la rinde un simple mandatario, cómo no lo va a rendir un individuo que además de mandatario, por superposición, es nada menos que el propietario legal.

Después se habla de la consulta a los jueces, ya vimos nosotros el régimen de control y vigilancia, y dispone el artículo 16º "cuando el fiduciario tuviere dudas fundadas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones, podrá pedir instrucciones al juez del fideicomiso, quien, antes de decidir oirá al beneficiario o a su representante legal...", es obvio oir a ciertas personas que tienen interés en ello, está dentro de nuestro sistema.

Luego viene una disposición relativa a la flexibilidad de esta institución, "cuando el fiduciario tenga que apartarse de instrucciones contenidas en el acto constitutivo del fideicomiso, por un cambio en las circunstancias previstas por el fideicomitente, deberá pedir instrucciones al juez del fideicomiso. En los casos de urgencia comprobada, el juez resolverá sumariamente" (artículo 17).

Más adelante se establece la sanción de anulabilidad en el caso de violación de las obligaciones resultantes del fidei-

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

comiso: a infracción de encargo, anulabilidad del acto; no puede ser más contundente.

La ley venezolana al referirse a la remuneración del fideicomiso, sigue la corriente americana, en vez de la inglesa, y determina que todo fideicomiso será remunerado y cuando el monto de dicha remuneración no esté establecido en el acto constitutivo, lo hará el juez respectivo y no podrá exceder del 15% de la renta líquida de los bienes fideicomitivos, situación similar a la que existe en Norteamérica. El fiduciario, éste del encargo, podrá aceptar o no el fideicomiso; la renuncia debe ser con autorización previa del juez y deben señalarse circunstancias graves, igual a lo que vimos respecto del trust anglo-americano. El fideicomitente puede constituir el fideicomiso en favor de sí mismo, ya dijimos que el settlor podía constituir un fideicomiso en favor propio; pero el fiduciario, sin embargo, no podrá ser beneficiario, éste que cumple el encargo no puede ser beneficiario, sería algo parecido al hurto de cosa propia. El beneficiario tendrá además de los derechos que le concede el acto constitutivo y la ley, los siguientes: a) exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de las obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad en caso de incumplimiento; b) impugnar los actos anulables, ya vimos que había en el trust una especie de acción pauliana o revocatoria y que también había una especie de acción oblicua: aquí están contempladas; c) se puede oponer preventivamente con medidas conservativas o de ejecución tomadas contra los bienes fideicomitidos. Es el mismo régimen de medidas conservativas, tan vagamente tratadas en nuestro Código Civil, pero, por lo menos, consideradas en el plazo, en la condición y repetidas dentro del Código; d) pedir la remoción del fiduciario por causas justificadas.

El fideicomiso terminará por la realización del fin, todos estos sistemas de contratos y de derechos reales limitados, se extinguen por la realización del fin, o el cumplimiento de la obligación, o el vencimiento del término. Aquí no hay nada que sea extraño para nosotros, o que se contraponga con nuestro sistema.

Tenemos a continuación un caso de efectos después de terminado el fideicomiso y dice la ley: terminado el fideicomiso y satisfechas las obligaciones pendientes, el fiduciario queda obligado a transferir los bienes fideicomitidos a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo a la ley y a rendirle cuenta de su gestión. Esto nos está confirmando que la propiedad legal del fiduciario es provisoria, termina en algún momento. Si el fiduciario no cumple con la obligación de transmitir los bienes fideicomitidos, se alza la otra parte y puede

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

demandar la transferencia y reclamar los daños y perjuicios que la omisión del fiduciario le hubiere causado. No hay necesidad de decir esto, porque está en las reglas más generales. Agrega el precepto una cosa interesante: "la sentencia que declare con lugar la acción, tendrá efectos traslativos de propiedad", no se espera que opere un modo de adquirir de los clásicos, como la tradición, por ejemplo. En nuestro sistema cuando opera la prescripción, la sentencia judicial reconoce la existencia de la prescripción, pero tal sentencia no constituye un modo de adquirir, tampoco hay necesidad de inscripción o de otro trámite.

Por último, se hace referencia a la responsabilidad criminal de los administradores de los Bancos y de las Compañías de Seguros, ya que solamente según esta ley tales instituciones pueden ser fiduciarios, respecto de lo que realicen en detrimento de las instrucciones y se haga con intención, o sea, tenemos el elemento dolo, llevará una pena de prisión de uno a cinco años. El enjuiciamiento se seguirá de oficio, es decir, es un delito de acción pública.

Con esto analizamos someramente una ley que tiene importancia, porque es la última de las dictadas en América Latina.

Indicaremos ahora los puntos fundamentales de los acuerdos tomados en Montevideo, en las Jornadas Uruguayo-Chilenas de Derecho Comparado, celebradas en septiembre de 1961.

Se declara que las Jornadas Uruguayo-Chilenas, recomiendan adoptar el trust anglo-americano, como lo han hecho Panamá, El Salvador, Puerto Rico, México, Venezuela, considerando principalmente: a) que ningún acto, contrato o institución del derecho positivo uruguayo o chileno, es susceptible de asegurar el cumplimiento de la afectación que quiera darse a ciertos bienes o derechos con la eficacia, amplitud y flexibilidad del trust; b) que el trust, además de llenar con ventajas las finalidades del mandato, el depósito, el comodato, el usufructo, la prenda, la hipoteca, el albaceazgo, las asignaciones modales y la estipulación a favor de otro, permite la realización de operaciones que el derecho positivo de Uruguay y Chile no permite llevar a cabo; c) que su adaptación puede estimular y conferir seguridad y solvencia a operaciones comerciales o financieras de gran vuelo, que serían realizadas por medio de instituciones que emitirían a su nombre las respectivas acciones o valores; d) que las Comisiones de Confianza tienen actividades muy limitadas, carecen de flexibilidad, amplitud y proyecciones que corresponden al trust.

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Se acuerda autorizar sólo a los Bancos y Compañías de Seguro, y luego se agregó en la sesión final, o instituciones especializadas, para desempeñar el rol de trustee; que hay que buscar medidas de seguridad, solvencia y prestigio que están, precisamente, en los Bancos y en las Compañías de Seguros. Es tradicional en Chile que estas instituciones sean realmente solventes.

En seguida, se refiere este acuerdo al punto concerniente al título y modo de adquirir que debe jugar; hay que recurrir, dice, a las vías tradicionales del contrato y del testamento, título, y también a los modos de adquirir, tradición y sucesión por causa de muerte.

No hay que hablar de relación jurídica tal, o relación fiduciaria, sino que hay que hablar del derecho en propiedad, o modalidad de la titularidad para resolver, a medias que sea, pero con la mayor aproximación de exactitud, el problema de la naturaleza jurídica.

Si recae el trust sobre inmueble hay que hacerlo por escritura pública, que sería un régimen parecido a la compraventa, enajenación de herencia, etc.

En seguida, exigir a los Bancos o Compañías de Seguros que mantengan separados de su activo general, los bienes constituidos en fiducia. Esto se hace actualmente respecto de los Bancos que actúan dentro del régimen de Comisiones de Confianza. También se acordó que otorguen garantías suficiente, o sea, seguimos la corriente de la legislación del estado de Alabama, en Estados Unidos, donde se prefiere que se constituyan garantías siempre; es similar a la regla del usufructo en los casos generales, en nuestra legislación. Se podrá recurrir al juez para desviarse de las instrucciones, lo mismo que se establecía en la ley venezolana y en el trust anglo-americano, esto es lo que le da flexibilidad a la institución; debe establecerse la remuneración, en buena hora, porque las cosas gratis ya no deben hacerse; la vida moderna no acepta esa situación de cosas gratuitas, y las que se hacen gratuitamente siempre llevan veladamente alguna otra finalidad, o por lo menos, el afán de monopolio u otros fines.

Se agrega que podrá ser revocada la aceptación, excepto si el constituyente se hubiere reservado la facultad de hacerlo.

Establece una prohibición de enajenar y gravar los bienes como regla general; mira con un tanto de desconfianza al fiduciario. También se habla de que se podrá autorizar la enajenación si hubiere necesidad; es esa necesidad o utilidad del

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

artículo 1754, cuando se trata de bienes raíces propios de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie; es parecido, y cuando se trata de incapaces, necesidad o utilidad evidentes, se repite el mismo sistema.

Responderá la institución fiduciante de la culpa leve, yo diría que debe tener mayor responsabilidad, ya que se está dando encargo de mucha confianza; debe rendir cuenta exacta.

En las leyes deben dictarse medidas tendientes, principalmente, a evitar que mediante las fiducias se vulneren o menoscaben las asignaciones forzosas, lógico, porque son reglas de orden público que tienen asiento en el espíritu general de la legislación. Las asignaciones forzosas en Chile se respetan verdaderamente en cuanto al estatuto; en el hecho pueden burlarse de muchas maneras, pero en el estatuto hay una verdadera muestra de aprecio y de consideración a las asignaciones forzosas, las que en otros países no existen. En El Salvador, por ejemplo, no existen las asignaciones forzosas y la libertad de testar es amplísima y así es también como se producen los conflictos entre ascendientes y descendientes, especialmente entre padres e hijos, que son los casos más corrientes de asignaciones forzosas.

También se acuerda que se impida alterar el régimen de prelación de los acreedores, esto lo propuso don Raúl Varela; tal vez no habría habido necesidad de decirlo, porque si se constituye un fideicomiso burlándose a los acreedores, existen las acciones pertinentes.

Prohibir las fiducias sucesivas, pudiendo establecerse como en la ley panameña, que se entienden que son sucesivas cuando se concede el mismo beneficio a dos personas distintas, y la segunda debe recibir por muerte de la primera, o sea, una persona que esté viva, después no puede hacer pasar a otra que esté viva y a otra que está viva, es decir, la sucesión indefinida, que ya entre nosotros terminó para evitar el caso de las manos muertas. Limitar el plazo a treinta años, igual que en la ley venezolana que acabamos de ver, salvo que se trate de instituciones de beneficencia, como se indicó oportunamente.

Hacer efectivo los derechos de beneficiario confiriéndole acciones destinadas a exigir del fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones; dotándolo de una especie de acción pauliana, de una especie de acción oblicua; y permitiéndole impetrar medidas conservativas, ello estaba dicho en la ley venezolana.

Conferir al constituyente el derecho de impetrar medidas conservativas y acciones tendientes a exigir el cumplimiento de las fiducias. Evitar que las instituciones fiduciantes puedan

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

controlar las sociedades anónimas haciendo valer en las Juntas o Asambleas de socios para los efectos de las votaciones o acuerdos, las acciones recibidas en fiducia. Se trata de una medida en protección de la sociedad anónima, a fin de que las instituciones fiduciantes no vayan a manejar esas sociedades, porque al recibir acciones de varios lados, de repente van a tener un paquete tan grande que van a decidir, y sabemos muy bien que con un 30% se puede controlar una sociedad anónima, no hace falta tener el 51%, cuando las acciones están muy repartidas.

En seguida, prohibir la fiducia secreta. Es un elemento de la naturaleza del trust anglo-sajón la publicidad, y esa es su garantía, su seriedad; justamente aquí hay otra diferencia entre el trust anglo-sajón y el negocio fiduciario, cuya finalidad económica va escondida, o no se expresa por lo menos.

Se expresa finalmente, que los tributos fiscales no anulen las posibilidades del nuevo instituto; que sea benevolente el Fisco para cobrar sus impuestos en la iniciación, por lo menos, a fin de que estas fórmulas jurídicas puedan prosperar.

Conocido esto, voy a referirme muy suscintamente a algunas conclusiones:

Hay un interés recíproco por el estudio de los sistemas que ya hemos dicho: el anglo-sajón y el de origen románico. Es preciso para lograr la instalación de este sistema del trust anglo-sajón vencer al medio ambiente; existe una cierta repulsión a este sistema; si preguntamos a alguien si gusta del fideicomiso, dice que no, que eso es monopolio, que no sirve, que es muy peligroso; hay códigos que prohiben el fideicomiso, como el uruguayo, por ejemplo, formándose así un ambiente en contra. Hay que vencer pues eso en el ambiente.

En seguida, tenemos que concluir que las Comisiones de Confianza no logran la finalidad, son manifestaciones incipientes, primarias, pero a la vez elocuentes de que se necesita operar con esta fórmula. Tenemos una doctrina latinoamericana abundante que nos ayuda a la confección de cualquier anteproyecto de ley; tenemos leyes también en otros países y leyes que no se separan mucho de los sistemas nuestros, ni nos causan gran asombro, como se acaba de demostrar, con el rápido repaso de la ley venezolana; tenemos los Congresos Interamericanos de Abogados, que están respaldando esta necesidad de dictarse leyes sobre fideicomiso.

No debemos trasplantar a nuestro país el sistema anglosajón de manera grosera, íntegra, completa, porque eso no es posible; también es preferible no calificar la naturaleza jurídica;

Artículo: Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena
Revista: Nº118, año XXIX (Oct-Dic, 1961)
Autor: Fernando Fueyo Laneri

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y es conveniente darle esto a los Bancos y a las Compañías de Seguros.

Habrá que soportar un tanto la alteración de ciertos principios básicos, pero sin escandalizarse de que ello ocurra, porque en verdad no se produce ningún peligro ni ningún resultado inconveniente, al contrario, se logra una finalidad; los norteamericanos son más prácticos y siempre van tras la finalidad.

El estudio de un anteproyecto bien podría hacerse por la Universidad. Este anteproyecto constituiría un aporte interesante para la legislación chilena, y no nos olvidemos tampoco del aporte que deben prestar las Universidades a los Poderes Públicos, especialmente al Poder Legislativo y al Poder Colegislador que es el Ejecutivo, cualesquiera que sea la época y cualesquiera que sean los sistemas de gobierno o los partidos políticos que estén jugando en el régimen del instante. Las Universidades así, podrán también recibir con mayor fundamento y también podrán exigir algo más.

Para terminar, creo haber puesto el acento en los aspectos fundamentales y en la línea de la conclusión que es, lo que a mi juicio, interesa más.