

El Fideicomiso en Panamá

Compilación de escritos por el

Dr. Ricardo J. Alfaro

y otros juristas

Editada por

G. Hanse Voelkel, A.B., J.D., J.S.D.

Miembro del Colegio de Abogados de Nueva York

I N M E M O R I A M

G. HANSE VOELKEL, A.B., J.D., J.S.D.

1902 — 1970

Panamá, R. P.

1971

RECONOCIMIENTO

La publicación de esta excerpta de trabajos de diversa índole sobre el fideicomiso panameño se debe al interés que esa innovación jurídica inspiró al distinguido jurista George Hanse Voelkel, natural de Alemania y ciudadano de los Estados Unidos, prematuramente fallecido en su tierra natal el 17 de julio del presente año, donde se encontraba en vacaciones.

George Hanse Voelkel vino a Panamá en el año de 1953 como administrador y representante legal de varias empresas extranjeras de gran importancia. Se había graduado en la Universidad de Nueva York y ostentaba, junto con otros títulos académicos y profesionales, los de Doctor en Jurisprudencia, Doctor en Leyes y Miembro del Foro del Estado de Nueva York. Hombre de gran cultura, espíritu abierto a todas las cosas del intelecto y de la ciencia, poseedor de varios idiomas, entre ellos el español, que conocía a fondo, y mentalidad guiada por una gran curiosidad intelectual al par que por un hermoso sentido de solidaridad humana, su permanencia en Panamá, y las actividades a que lo obligaban los cuantiosos intereses que manejaba, lo llevaron a estudiar a fondo las costumbres, las tradiciones, la historia, la política y la legislación de nuestro país. Versado, como era natural, en el derecho común que rige los países anglosajones, aquí estudió, y llegó a conocer a fondo, el derecho civil que impera en las naciones de abolengo jurídico romano, de las que forma parte nuestra República.

De ese estudio comparativo de los dos principales sistemas jurídicos que rigen en el mundo, de su contacto permanente con nuestra legislación, y probablemente de su necesidad de resolver problemas de las entidades que representaba a la luz de la ley panameña sobre institución de fideicomisos, dimanó el profundo interés que le inspiró esa ley, la primera expedida en un país de derecho civil para adoptar y poner en vigor la institución del TRUST angloamericano dentro de la nomenclatura y las formas de la jurisprudencia hispánico-romana.

Se lamentaba él de que esa institución no haya tenido en Panamá el robusto desarrollo que ha tenido en otros países, —principalmente México y Puerto Rico— y lo atribuía al hecho de que por la escasa circulación que ha tenido la producción panameña, cuya parte principal se agotó hace mucho tiempo, la institución no es suficientemente conocida y

comprendida entre los abogados de Panamá. Pensó por esto el doctor Voelkel que era necesario dar a conocer en el país y fuera de él, lo que en materia de adaptación del TRUST se ha producido y logrado en Panamá, a partir de la iniciativa original de 1920. De allí su propósito de publicar este simposio sobre el fideicomiso panameño que él mismo elaboró y que había enviado ya a la imprenta antes de salir de Panamá la última vez, pero que por decreto ineluctable de la muerte no tuvo la satisfacción de ver impreso.

Ocurrido el fallecimiento del doctor Voelkel, sus herederas —tres apreciables hermanas suyas— han tenido a bien disponer que se cumpla la voluntad de este noble amigo de Panamá y de los panameños, y mediante esa decisión ve la luz pública este volumen. Esas herederas son acreedoras al reconocimiento de todos los abogados de Panamá, y lo tributamos muy sentido los que tuvimos con el doctor Voelkel vínculos de sincera amistad y de estrecha afinidad espiritual que nos permitieron apreciar las cualidades excelsas de su corazón y su cerebro.

RICARDO J. ALFARO.

Panamá, octubre de 1970.

INDICE

	Página
Prólogo	9
Foreword	13
Ley sobre Fideicomiso N° 17 del 20 de febrero de 1941.	17
Traducción Inglesa de la Ley N° 17 del 20 de febrero de 1941.	25
 Dr. RICARDO J. ALFARO:	
<i>EL FIDEICOMISO, estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al TRUST del derecho inglés. Panamá, 1920</i>	31
<i>El Nuevo Fideicomiso. Washington, octubre 1925. . .</i>	51
<i>The New Fideicommissum. Washington, junio 1925. . .</i>	59
<i>Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil. La Habana, 1948.</i>	71
<i>Disertación sobre la Ley panameña de Fideicomiso ante la Asociación Americana de Derecho Extranjero. Nueva York, 1949. (En inglés).</i>	177
<i>Traducción española de la Disertación anterior.</i>	193
<i>Las Tres Figuras Jurídicas del Fideicomiso (Dictamen acerca de la capacidad del fideicomitente para constituir fideicomiso en favor de sí mismo). Panamá, 1964.</i>	209
 Dr. NARCISO E. GARAY PRECIADO:	
<i>El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Panameño. Santiago, Chile, 1944.</i>	219
 Lic. JOSE ISAAC FABREGA:	
<i>Diferencia entre el albaceazgo y las distintas clases de fideicomisos. (Dictamen relativo a la capacidad del Banco Nacional para ser fiduciario pero no albacea. Panamá, 1965).</i>	367

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMA:

Sentencia de fecha 8 de mayo de 1961. 385
Apelación de Roy Phillips Portillo contra un Auto del Director General del Registro Público.

La Corte señala la existencia del FIDEICOMISO EXPRESO y del FIDEICOMISO LEGAL o IMPLÍCITO conforme a la Ley 17 de 1941.

Sentencia de fecha 2 de Diciembre de 1961. 393

Demanda de inconstitucionalidad presentada por Delmira Villareal Vda. de Guerra contra una resolución del Contralor General de la República.
La Corte declara que una autorización u orden de retención de una pensión dada por la demandante al Contralor en favor del Banco Nacional tiene las características de un fideicomiso.

ROBERT B. GLYNN:

A Critique of the Panama Trust (en inglés). 403

Examen crítico del fideicomiso panameño (traducción española del escrito anterior) 415

PROLOGO

Cuando un extranjero llega a otro país para residir en él, tendrá interés en aclimatarse y conocer al pueblo y su manera de vivir. Se esforzará en ajustarse al nuevo ambiente y a las costumbres de la gente con la cual tiene que convivir, observando sus tradiciones, leyendo su literatura y escuchando su música. En todas sus observaciones su punto de partida de siempre será su experiencia en su país de origen, y se guiará por las comparaciones que pueda hacer con su vida anterior.

De la misma manera, un abogado que llega a otro país, estudiará sus leyes, instituciones y gobierno y tratará de comparar lo que observa en su nuevo domicilio con las instituciones y leyes de su país natal para comprender mejor lo que es diferente y nuevo para él y no tiene en su patria.

Panamá, que fué descubierta y colonizada por los españoles, siguió la tradición colonial española rigiéndose por el derecho civil. Sin embargo, desde su independencia de Colombia en el año 1903, la influencia de los Estados Unidos se ha hecho sentir tanto en su historia como en sus instituciones legales. En ningún otro ramo se puede ver tanto esta divergencia como en la ley de sociedades anónimas. La ley panameña de sociedades anónimas que tuvo como modelo la ley sobre esta materia de uno de los estados de los Estados Unidos de América es esencialmente un estatuto del derecho común que permite mucha libertad en su parte sustantiva. Sin embargo, la influencia española se siente mucho en los procedimientos que todavía requieren la inscripción manual en las notarías y registros y la copia a mano en un libro de actas que debe ser autenticado y sellado, y cuyas páginas hayan sido selladas por un juez de circuito. La era de la

máquina de escribir y de la máquina fotocopidora todavía no ha llegado, aunque ya se observa una marcada tendencia hacia la modernización de los sistemas.

El "trust" que en su evolución es completamente de carácter anglo sajón y en su concepto es diferente del fideicomiso del Derecho Romano, es tal vez la institución de la cual se puede esperar menos que forme parte de las instituciones legales de Panamá. Por esta razón, no debe sorprender que este ramo del derecho sea poco conocido y menos desarrollado en Panamá. Muy poco se ha publicado en Panamá sobre la ley de fideicomiso. No hay caso, ni obra, ni jurisprudencia que se pueda consultar. Sin embargo, si se continúa la búsqueda, se encontrará referencia a escritos u obras que se publicaron hace mucho tiempo pero que ahora están agotadas.

Aunque la legislación panameña sobre Fideicomiso ha estado en vigor durante casi 45 años, su contenido no se ha difundido suficientemente, por lo que no se le ha dado todo el uso de que pueda ser objeto por parte de los abogados panameños para los cuales es extraña y parece ser una creación artificial que no tiene raíz en el Derecho Civil. Con o sin razón, el jurista panameño parece creer que casi todo lo que se hace con un fideicomiso también puede hacerse en el Derecho Civil con un "mandato". Es natural esta posición.

Lo que no es natural, sin embargo, es la marcada re-nuencia de las sucursales de los bancos norteamericanos y británicos de actuar como fiduciarios de fideicomisos panameños. La única excepción parece ser un banco que, aunque bajo control extranjero, no es norteamericano ni inglés.

El convencimiento de que la apatía hacia el fideicomiso panameño y su desuso resultan, de parte de los abogados panameños, adeptos del Derecho Civil, de la desconfianza hacia un instrumento del Derecho Común, y de parte de los bancos de la suspicacia respecto de un pariente lejano de una institución que conocen solamente en su forma del Derecho Común, y el deseo de conseguir el mayor uso de la Ley de Fideicomiso panameña han movido al Editor, abogado norteamericano, a tratar de compilar los trabajos que existen sobre la materia.

El primer texto en esta compilación es la Ley de Fideicomiso, la No. 17 de 1941, que es una reproducción exacta de la ley original, la No. 9 de 1925.

Siguen varios trabajos y disertaciones del Dr. Ricardo J. Alfaro, profesor de Derecho Civil en la Escuela Nacional de

Derecho de Panamá, ex-magistrado de la Corte Internacional de Justicia en La Haya y eminente estadista y jurista de Panamá, quien es el padre intelectual de la ley y quien desde el principio se ha esforzado en promover la adopción del fideicomiso en los países del Derecho Civil.

El estudio que sigue es la memoria de prueba para optar el grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile en Santiago, presentada por el Dr. Narciso E. Garay, quien se ha distinguido como Decano de la Facultad de Derecho y como Rector de la Universidad de Panamá. Actualmente es consultor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Panamá.

El Lic. José Isaac Fábrega me ha permitido incluir una opinión de su libro publicado recientemente titulado "Algunos de los Informes Emitidos como Abogado Consultor del Banco de Panamá". El Lic. Fábrega es un veterano de la profesión legal de Panamá. Por muchos años fue consultor jurídico del Banco Nacional de Panamá. También se distinguió en el desempeño de importantes cargos públicos como Ministro de Estado y Fiscal Superior. La parte histórica y comparativa de esta opinión es muy importante.

Las dos sentencias de la Corte Suprema de Panamá serán de interés especial para el abogado en ejercicio.

El último trabajo, titulado *Examen crítico del fideicomiso panameño*, es del Sr. Robert B. Glynn, miembro del Colegio de Abogados de Nueva York. El Sr. Glynn se graduó en Harvard College y en la Escuela de Derecho de Harvard y siguió estudios en el Institut de Hautes Etudes Internationales, de Ginebra. Ha ejercido la abogacía en Nueva York y fue abogado del Grupo del Banco Mundial en Washington. El trabajo aquí presentado es el resultado de su experiencia de muchos años con la ley de sociedades anónimas y la ley de fideicomiso panameñas.

El Editor quiere dar las gracias y expresar su reconocimiento a los autores de los trabajos insertados, Dres. Ricardo J. Alfaro, Narciso Garay y José Isaac Fábrega por haber dado su autorización para la inserción de sus trabajos en esta compilación. También quiere expresar su agradecimiento por la ayuda y cooperación recibida del Dr. Francisco González-Ruiz y Lic. Eusebio Marchosky de la firma de abogados Icaza, González Ruiz & Alemán.

FOREWORD

When a stranger settles in a foreign land, he will examine his new environment and do his best to become acquainted with his new neighbors and their way of life. He will familiarize himself, to his ability, with local folkways and traditions. He will read the literature of the country and listen to its music. In his observations, however, he will always be reminded of former experiences and be influenced by comparisons with life in his homeland.

Thus a foreign lawyer who comes to another country will study its institutions and laws, and in doing so he will compare what he observes with the institutions and laws of his own country and thereby comprehend the different and novel that has no counterpart at home.

Panama, having been discovered and colonized by the Spaniards, has inherited the civil law from the dominant element in its history. However, with its independence from Colombia shortly after the turn of the Century, the influence of the United States has played a part in both its history and legal institutions. Nowhere are the dual trends as apparent as in Panama corporation law. Patterned after the corporation law of Delaware, the corporate code of Panama is, essentially a common law statute, allowing great substantive freedom. The Spanish influence is still much felt, however, in procedural matters. The charter must be entered by hand in the "notarías" and "registros" and the minutes must, likewise, be manually inscribed in a specially legalized minute book. The age of the typewriter and the photocopier has as yet not fully arrived, although a tendency towards modernization of the system can be observed.

Even more surprising to a lawyer with common law training is his discovery of a Panamanian "Ley sobre Fideicomisos"

—a Law on Trusts. The institution of the trust, being uniquely Anglo-Saxon in character and conceptually alien to Roman law, is perhaps the least expected Panamanian legal phenomenon.

Yet, not surprisingly, that field of law is little known and less developed in Panama. Practically nothing has been published in Panama on its own trust law: there are no cases, no treatises, no jurisprudence. However, diligence is rewarded with some success in that some published material does exist.

Although the Panamanian Trust Legislation has been in existence for forty-five years, it has not found the use it should be entitled to by Panamanian attorneys, who seem to regard it as an exotic and unnatural graft onto the Civil Law. Rightly or wrongly, the Panamanian lawyer believes that basically all that can be achieved under a trust can be accomplished by the civil law's "mandato". This attitude might be expected.

What is unexpected, however, is the marked refusal of branches of American and British banks to act as trustees under a Panama trust. The one known exception is a bank, which, though foreign-owned, is not British or American. In the belief that the indifference to and disuse of the Law on Trust of Panama stems on the part of Civilian lawyers from mistrust with a common law devise and on the part of American banks from mistrust with a foreign cousin of an instrument they know only in its common law form, and with the view of encouraging the wider use of the Panamanian "Ley sobre Fideicomisos", the Editor, a lawyer trained in American Law, has tried to assemble the available material on the subject.

The first part is the Law on Trusts, Law N^o 17 of 1941, in Spanish and English. This text is identical with the original Law on Trusts, N^o 9 of 1925.

There follow several articles and lectures of Dr. Ricardo J. Alfaro, professor of Civil Law at the Escuela Nacional de Derecho de Panamá, former Judge of the International Court of Justice at the Hague and the pre-eminent statesman — jurist of Panama, who was the intellectual father of the Law on Trusts and who has consistently and widely promoted the cause of trusts in the civil-law countries.

The next article is the study presented by Dr. Narciso E. Garay for the degree of "Licenciado" at the University of Santiago, Chile. Dr. Garay, a former Dean of the School of Law and Rector of the University of Panama, is presently legal adviser of the Panamanian Foreign Office.

Lic. José Isaac Fábrega gave permission for the inclusion of an opinion from his recently published book "Algunos de los informes emitidos como abogado consultor del Banco Nacional de Panamá". Lic. Fábrega is a veteran of the Panamanian legal profession. He was for many years legal counsel to the Banco Nacional de Panamá and held a number of public offices, such as minister and prosecuting attorney in the Superior Criminal Court. His opinion deserves space in this collection for the historical and comparative side of the trust law presented.

Two opinions of the Supreme Court of Panama dealing with the Law on Trusts may be of special interest to the practitioner.

The last article, "A Critique of the Panama Trust", is by Robert B. Glynn, a Member of the New York Bar. Mr. Glynn, who is a graduate of Harvard College and of the Harvard Law School and who also studied at the Institut de Hautes Etudes Internationales in Geneva, has practised law in New York and has served as an attorney in the World Bank Group in Washington, D. C. He has a thorough knowledge of the corporation and trust law of Panama. His article is written from his experience, as a practicing lawyer, with the Law on Trusts of Panama.

The Editor wishes to express his gratitude to the authors of the inserted works, Doctors Ricardo J. Alfaro, Narciso Garay and Jose Isaac Fabrega, for having authorized the insertion of their works in this compilation. He also wishes to express his gratefulness for the help and co-operation received from Dr. Francisco González-Ruiz and Lic. Eusebio Marchosky, from the lawyers firm Icaza, González-Ruiz & Alemán.

G. HANSE VOELKEL.

Ley No. 17

(de 20 de Febrero de 1941)

sobre Fideicomiso

LEY No. 17

(de 20 de Febrero de 1941)

sobre fideicomiso

La Asamblea Nacional de Panamá,

DECRETA:

Artículo 1º—El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

Artículo 2º—Puede constituirse fideicomiso sobre toda clase de bienes, muebles o inmuebles, corpóreos o incorpóreos, presentes o futuros.

Artículo 3º—El fideicomiso puede ser particular o universal, puro o condicional, a día cierto, por tiempo determinado o durante la vida del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario.

Artículo 4º—Toda condición de que penda la ejecución de un fideicomiso, y que tarde más de veinte años en cumplirse se tendrá por fallida.

Estos veinte años se contarán desde la aceptación del cargo por el fiduciario.

Artículo 5º—Puede constituirse fideicomiso para cualesquiera fines que no contravengan a la moral o a las leyes.

Artículo 6º—Son prohibidos los fideicomisos secretos. Todo fideicomiso debe expresar claramente los fines para que es constituido y el nombre del fideicomisario.

Artículo 7º—No valdrá el fideicomiso que haya de producir efectos después de la muerte del fideicomitente, en cuanto esté constituido a favor de una persona incapaz para sucederle por cualquiera de las causas que determine la ley.

Artículo 8º—Son prohibidos los fideicomisos en que hay orden sucesivo y conocidos generalmente bajo las denominaciones de familiares, perpetuos, graduales y sucesivos.

Se entiende que hay orden sucesivo en el fideicomiso, cuando éste concede el mismo beneficio a dos personas distintas y la segunda debe recibir por muerte de la primera.

Artículo 9º.—En un fideicomiso se puede disponer del uso o del usufructo de los bienes en favor de un fideicomisario durante su vida, y de la plena propiedad en favor de otro. Pero será ineficaz toda disposición tendiente a establecer fideicomiso subsiguiente sobre la cosa mandada dar en propiedad a un primer fideicomisario.

Artículo 10.—Cuando el fideicomiso se constituya por tiempo fijo para fines determinados que deban cumplirse no obstante la muerte de un fideicomisario o la del fideicomitente, los derechos de uno y otro se transmitirán a sus herederos.

Artículo 11.—El fideicomitente puede dar al fideicomisario los sustitutos que quiera para el caso de que no pueda o no quiera aceptar el fideicomiso o de que habiéndole aceptado fallezca antes de su ejecución.

Artículo 12.—El fideicomitente puede nombrar no sólo uno sino dos o más fiduciarios y dos o más fideicomisarios. En el caso de que haya dos o más fiduciarios se estará a lo dispuesto en los artículos 857 y 858 del Código Civil con respecto a los albaceas.

Artículo 13.—Puede instituirse fideicomisario a la criatura que esté en el vientre de su madre.

Fuera de este caso no valdrá la institución hecha a favor de persona no existente.

Artículo 14.—Pueden darse al fiduciario uno o más sustitutos para que lo reemplacen en caso de que no quiera o no pueda ejecutar el encargo o en caso de muerte, incapacidad o imposibilidad sobreviniente.

El fideicomitente puede encomendar la designación de sustitutos a un tercero o al mismo fiduciario.

Artículo 15.—Cuando no pueda seguir cumpliéndose un fideicomiso por haber muerto o renunciado o haberse incapacitado el fiduciario sin tener sustituto, el Juez podrá nombrarlo a instancia del fideicomitente, del fideicomisario o del Agente del Ministerio Público en interés de la moral o de la ley.

Artículo 16.—La existencia legal del fideicomiso comienza cuando el fiduciario acepta el cargo.

Una vez aceptado, el fideicomiso es irrevocable.

La aceptación puede ser expresa o tácita, deducida esta

última de los actos del fiduciario en ejecución del fideicomiso.

Artículo 17.—La aceptación expresa deberá manifestarse en la misma forma en que se constituyó el fideicomiso.

Artículo 18.—El fideicomiso puede ser constituido por testamento para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente o por acto entre vivos.

Artículo 19.—Puede constituirse el fideicomiso entre vivos por escritura pública, por documento privado o aun verbalmente, salvo en este último caso, lo que dispone el artículo 1103 del Código Civil.

Artículo 20.—El fideicomiso constituido sobre bienes inmuebles deberá constar en escritura pública o sólo afectará a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Público, de conformidad con las disposiciones del Título II, Libro V del Código Civil.

Artículo 21.—Los bienes raíces fideicomitidos deberán ser inscritos en el Registro a nombre del fiduciario como cualquier otra transmisión del dominio, y se inscribirán como gravámenes las disposiciones del fideicomiso en virtud de las cuales se limite la facultad del fiduciario para enajenar o gravar los inmuebles fideicomitidos.

Artículo 22.—No se inscribirán en el Registro Público a nombre del fiduciario los bienes raíces fideicomitidos, si no se presenta para su inscripción, junto con el instrumento de fideicomiso, la escritura de aceptación, salvo que ésta conste en aquel mismo instrumento.

Artículo 23.—Todo fideicomiso se entiende remunerado. El fiduciario tiene derecho a cobrar los mismos honorarios que la ley señala a los tutores, salvo pacto en contrario.

Artículo 24.—Podrá ser fiduciario una persona natural o una jurídica. El fiduciario que sea persona natural deberá tener las cualidades y requisitos que la Ley exige a los tutores.

Artículo 25.—El fiduciario no podrá excusarse de ejecutar el fideicomiso, ni renunciarlo después de haber aceptado, sino por causa grave a juicio del Juez.

Artículo 26.—La excusa deberá ser presentada dentro de los ocho días siguientes a la notificación del nombramiento. Fuera de este término no será admitida, sino por causa grave a juicio del Juez.

Artículo 27.—El fiduciario tiene todas las acciones y

derechos inherentes al dominio, pero no podrá enajenar ni gravar los bienes fideicomitidos a menos de tener autorización expresa o de ser imposible la ejecución del fideicomiso sin enajenarlos o gravarlos.

Artículo 28.—Es prohibido al fiduciario disponer de los bienes fideicomitidos en forma distinta o contraria a la establecida en el fideicomiso.

Artículo 29.—El fiduciario deberá emplear en la administración de los bienes el cuidado de un buen padre de familia.

Artículo 30.—El fiduciario será responsable de las pérdidas y deterioros que provengan de su culpa.

Artículo 31.—Será separado del cargo de fiduciario:

1º El que tuviere intereses personales antagónicos a los intereses del fideicomisario;

2º El que malversare o administrare con dolo o culpa los bienes fideicomitidos;

3º El inhábil o impedido, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad o impedimento.

Artículo 32.—Pueden pedir la remoción del fiduciario el fideicomitente, el fideicomisario y el representante del Ministerio Público, en defensa de menores o incapaces, o en interés de la moral y de la ley.

Artículo 33.—El fideicomiente y el fideicomisario podrán impetrar en juicio sumario las providencias conservatorias que crean convenientes, si los bienes fideicomitidos parecieren sufrir pérdida o menoscabo en manos del fiduciario.

Tendrán el mismo derecho los ascendientes legítimos del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera.

Artículo 34.—El fiduciario no será obligado a dar caución de buen manejo, sino por sentencia del Juez que así lo ordene como providencia conservatoria impetrada por el representante del Ministerio Público, el fideicomitente, el fideicomisario, o por los ascendientes legítimos de éste cuando todavía no exista y cuya existencia se espera.

Artículo 35.—Muerto el fiduciario o separado del cargo por cualquier causa, los inmuebles inscritos a su nombre en el Registro Público serán inscritos a nombre del sustituto que lo reemplace; y el fiduciario muerto o separado o sus

herederos restituirán al sustituto los muebles que aquel tuviere en su poder.

La inscripción a nombre del nuevo fiduciario será hecha por el Registrador con vista del auto que haya proferido el Juez, cuando ocurra el caso previsto en el artículo 15. En los casos del artículo 14, se presentará la escritura de aceptación del sustituto con la partida de defunción del fiduciario principal o el auto en que se haya declarado la incapacidad o imposibilidad.

Artículo 36.—El fideicomiso se extingue:

1º Por el cumplimiento de los fines para que fue constituido;

2º Por hacerse imposible su cumplimiento;

3º Por faltar la condición necesaria para que se ejecute el fideicomiso o no haberse cumplido en tiempo hábil;

4º Por la renuncia del fideicomisario, siempre que no tenga sustitutos o por su muerte, salvo lo dispuesto en los artículos 10 y 11;

5º Por la destrucción de la cosa en que esté constituido;

6º Por la resolución del derecho del fideicomitente sobre las cosas fideicomitidas;

7º Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario;

8º Por convenio expreso y personal de las partes.

Artículo 37.—El fideicomiso de usufructo, renta o pensión constituido a favor de una persona jurídica, no podrá durar más de veinte años y se extingue al cabo de este lapso.

Artículo 38.—Extinguido el fideicomiso, el fiduciario está obligado a restituir al fideicomitente los bienes fideicomitidos, cuyo dominio no haya enajenado conforme al encargo, salvo los casos previstos en los numerales 5º y 6º del artículo 36.

En el caso de extinción por la causal 8ª del artículo 36, se estará a lo estipulado en el convenio.

Dada en Panamá, a los diez y nueve días del mes de febrero del año de mil novecientos cuarenta y uno.

El Presidente,

ALFREDO ALEMAN.

El Secretario,

Gustavo Villalaz.

República de Panamá.—Poder Ejecutivo Nacional.—Panamá, Febrero 20 de 1941.

Comuníquese y publíquese.

ARNULFO ARIAS.

El Ministro de Gobierno y Justicia,

RICARDO ADOLFO DE LA GUARDIA

(Gaceta Oficial No. 8.465, de 6 de Marzo de 1941, p. 1)

NOTA DEL EDITOR: La Ley No. 17 es una copia exacta de la ley original, No. 9 de 1925 (6 de Enero - Gaceta Oficial No. 4567 del 29 de Enero de 1925, p. 15071) con la excepción de que el término de 30 años fué reducido a 20 años (Art. 4o.) y que en el Art. 22 las palabras "junto con el instrumento de fideicomiso la escritura de aceptación" fueron omitidas inadvertidamente.

Ley No. 17

(de 20 de Febrero de 1941)

sobre Fideicomiso

Traducción Inglesa

LAW N° 17 OF 1941 (FEBRUARY 20) ON TRUSTS

The National Assembly of Panama decrees:

Article 1. A trust is an irrevocable mandate whereby certain property is transferred to a person, called the trustee, in order that he may dispose of it as directed by the party who transfers the property, called the settlor, for the benefit of a third party, called the beneficiary.

Article 2. A trust may be constituted upon property of any kind, real or personal, corporal or incorporeal, present or future.

Article 3. A trust may be special or universal, simple or conditional, for a certain day, for a fixed term, or for the life of the settlor, of the trustee, or of the beneficiary.

Article 4. Any condition upon which the execution of a trust depends and which takes more than 20 years to be fulfilled shall be considered as lapsed.

These 20 years shall be counted from the date of acceptance of the mandate by the trustee.

Article 5. Trusts may be constituted for any purpose not contravening the law or public morals.

Article 6. Secret trusts are prohibited.

All trusts must clearly express the purposes for which they are created and the name of the beneficiary.

Article 7. A trust intended to take effect after the death of the settlor shall be invalid if constituted in favor of any person disqualified to inherit from him for any of the causes determined by law.

Article 8. Trusts in which there is established an order of succession, such as generally known under the denominations of family, perpetual, gradual, and successive are prohibited.

It is understood that there is established an order of succession when a trust confers the same benefit upon two different persons and the second is called upon to receive on the death of the first.

Article 9. It is permitted in a trust to grant the use or usufruct of the property to a beneficiary during his lifetime and the ownership in fee simple to another. But

any provision intending to create a subsequent trust on property given in fee simple to a first beneficiary shall be null and void.

Article 10. When a trust has been constituted for a certain period or for particular purposes that must be fulfilled notwithstanding the death of a beneficiary or of the constituent, the rights of one or the other shall pass to his heirs.

Article 11. The constituent may give the beneficiary such substitutes as he may desire in the event of the former being unable or unwilling to accept the trust or of his having accepted but dying before the execution thereof .

Article 12. The settlor may appoint not only one but two or more trustees and two or more beneficiaries.

In case two or more trustees should be appointed the provisions of articles 857 and 858, of the Civil Code, concerning executors, shall apply.

Article 13. A child in its mother's womb may be named a beneficiary.

With the exception of this case, the constitution of a trust in favor of a nonexisting person is null and void.

Article 14. The trustee may be given one or more substitutes to replace him in the event of his being unable or unwilling to discharge the trust or in the event of his death, or supervening incapacity or impossibility.

The settlor may entrust the designation of substitutes to a third party or to the trustee himself.

Article 15. Should it become impossible to continue the execution of a trust on account of the death, resignation, or incapacity of the trustee without having a substitute, the court may appoint one at the request of the settlor, of the beneficiary, or of the Public Attorney in the interest of public morals or of the law.

Article 16. The legal existence of a trust begins when the trustee accepts the mandate.

Once accepted, the trust becomes irrevocable.

The acceptance may be express or implied, the implication being based on the acts of the trustee in furtherance of the trust.

Article 17. The express acceptance must take place in the same form in which the trust is constituted.

Article 18. A trust may be constituted by will, to take effect after the demise of the creator, or by act inter vivos.

Article 19. A trust may be constituted inter vivos by public deed, by private document, and even by word of mouth, without prejudice, in the latter case to the provisions of Article 1103 of the Civil Code.

Article 20. A trust upon real property must be constituted by public deed, which must be recorded; and it shall affect third parties only after the date of its entry in the records of the Public Register in conformity with the provisions of Article 1103 of the Civil Code.

Article 21. Real property transferred by trust shall be recorded in the Register in the name of the trustee, as in the case of any other conveyance of ownership, and there shall be recorded as liens on the property such provisions of the trust whereby the authority of the trustee to alienate or encumber the property is limited.

Article 22. No real property transferred by trust shall be recorded in the Public Register in the name of the trustee unless there is filed for record along with the trust deed also the instrument of acceptance, except when the acceptance is included in the trust deed itself.

Article 23. Every trust is understood to be remunerative. The trustee is entitled to the same fees allowed by law to guardians, without prejudice to a contrary agreement.

Article 24. The trustee may be a natural or a juridical person. The trustee who is a natural person must have all the requisites and qualifications required by law for guardians.

Article 25. The trustee can not decline the execution of the trust or resign after accepting, unless it be on serious grounds in the opinion of the court.

Article 26. The excuse must be tendered within eight days after notice of the appointment. After this time it shall not be admitted, unless it be on serious grounds in the opinion of the court.

Article 27. The trustee has all the rights and remedies inherent in a fee simple ownership; but he shall not have power to convey or encumber the trust property, unless he should have express authority therefor or unless the execution of the trust should be impossible without conveying or encumbering the property.

Article 28. The trustee is forbidden to dispose of the trust property in a manner contrary to, or different from, the one established in the trust.

Article 29. The trustee must employ in the management of the property the care of a good paterfamilias.

Article 30. The trustee shall be responsible for such losses or damages as may be due to his fault.

Article 31. The trustee shall be removed from his charge:

1. If his personal interest should be opposed to that of the beneficiary.
2. If he should squander the trust property or manage it fraudulently or neglectfully.
3. If he should become incapacitated, or disqualified, from the moment his incapacity or disqualification occurs or become known.

Article 32. The removal of the trustee may be requested by the settlor, by the beneficiary, or by the Public Ministry to protect minors or persons unable to manage their property, or in the interest of law or the public morals.

Article 33. The settlor and the beneficiary may apply in summary proceedings for such precautionary measures as may be advisable in case the trust property should appear to suffer loss or impairment in the hands of the trustee.

The legitimate ascendants of the beneficiary who is not yet living but whose existence is expected shall have the same right.

Article 34. The trustee shall not be obligated to give surety of good management, unless it be by decree of the court issued as a precautionary measure at the request of the Public Ministry, of the settlor, of the beneficiary, or of the legitimate ascendants of the latter who is not yet existing but whose existence is expected.

Article 35. The trustee being dead or removed from his charge for any reason, the real property recorded in his name in the Public Register shall be entered in the name of such substitute as may replace him; and the removed trustee or the heirs of the one deceased shall restore to the substitute such personal property as the former had in his possession.

The record in the Register in the name of the new trustee shall be entered by the Registrar on presentation of the decree issued by the court in the case contemplated in Article 15. In the cases of Article 14 the deed of acceptance of the substitute shall be presented, together with the certificate of death of the original trustee or with the

judicial decree pronouncing his incapacity or inability.

Article 36. A trust shall be extinguished:

1. By the fulfillment of the purposes for which it was constituted.
2. By its fulfillment becoming impossible.
3. By the absence of the condition necessary for its execution or by non-performance of the condition within the required time.
4. By the renunciation of the beneficiary, provided he has no substitutes, or by his death, excepting as provided in Articles 10 and 11.
5. By the destruction of the thing upon which it is constituted.
6. By the resolution of the right of the constituent on the trust property.
7. By the merger of the quality of the only beneficiary with that of the only trustee.
8. By express and personal agreement of all parties.

Article 37. A trust providing for a usufruct, income or pension in favor of a juridical person shall not last more than 30 years and shall become extinct after such a term.

Article 38. The trust being extinguished, the trustee is obliged to restore to the settlor all such property as he has not conveyed in conformity with the trust, excepting the cases contemplated in Sections 5 and 6 of Article 36.

In the case of extinction, as per Section 8 of Article 36, the terms of the agreement shall be applied.

Given in Panama on the 19th day of February 1941.

Alfredo Alemán, President
Gustavo Villaláz, Secretary

Republic of Panama, National Executive Power.

Panama, February 20, 1941.

Let it be published and complied with.

Arnulfo Arias

Ricardo Adolfo de la Guardia
Minister of Government and Justice
(Gaceta Oficial No. 8.465 of March 6, 1941, p.1)

Editor's Note: The text of Law 17 is identical with that of Law No. 9 of 1925 (January 6 — Gaceta Oficial No. 4.567 of January 29, 1925, p. 15071) with the exception that the term of 30 years was reduced to 20 years in Article Four and in Article Twentytwo and that the words "along with the trust deed also the instrument of acceptance" were left out inadvertently.

EL FIDEICOMISO

Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al TRUST del derecho inglés.

POR

RICARDO J. ALFARO

Profesor de Derecho Civil en la Escuela Nacional de Derecho.



PANAMA
IMPRENTA NACIONAL

1920

Advertencia

Se insertan a continuación las Secciones I, II y V del estudio publicado en 1920 por el Dr. Alfaro para proponer la introducción de los principios del **trust** angloamericano a los países de derecho civil. El resto de ese trabajo ha sido eliminado por estar incorporado en sustancia en el volumen titulado "Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil", publicado en La Habana, 1948, el cual se inserta íntegro más adelante.

El Editor.

EL FIDEICOMISO

INTRODUCCION

Entre las instituciones civiles que el pueblo romano legó a la civilización existe una que de modo casi unánime ha sido proscrita de las legislaciones de los pueblos modernos: el fideicomiso. Al decir que esta institución ha sido proscrita, no quiero afirmar precisamente que los códigos de nuestros días hayan prohibido de manera expresa el fideicomiso en su sentido genuino y original. Quiero insinuar que el fideicomiso, considerado exclusivamente como institución vinculadora de la propiedad raíz, y las sustituciones fideicomisarias, que con frecuencia han sido confundidas con aquél, han sufrido reprobación general que soy el primero en reconocer como merecida. Pero pienso al mismo tiempo que es lástima que el fideicomiso, entendiendo como tal el simple hecho de encomendar ciertos bienes a la buena fé de una persona para fines lícitos y sin tendencias vinculadoras, no haya sido acogido, transformado, regulado e introducido en nuestros códigos, porque una institución de esa naturaleza está llamada a prestar grandes servicios.

El Código Napoleón, fuente del derecho civil moderno, prohíbe de una manera expresa las sustituciones fideicomisarias (art. 896), pero no dice una sola palabra acerca del fideicomiso propiamente dicho. El Código civil italiano no guarda el mismo silencio pero veda igualmente la sustitución fideicomisaria (art. 899). También prohíben ésta los Códigos de Holanda y Argentina. La legislación española permite esta clase de sustitución, si bien con ciertas restricciones, más no le da vida jurídica al fideicomiso, y lo mismo hacen las legislaciones portuguesa y austriaca. En Méjico, Campeche y la Baja California se prohíben de modo expreso las sustituciones fideicomisarias y son permitidas la vulgar, la pupilar y la ejemplar. En los países de Centro-América tampoco hallan acogida ni los fideicomisos ni las sustituciones fideicomisarias. Respecto a estas últimas, el Código Civil de Panamá, (arts. 793, 801 y 961) lo mismo que los de Honduras, Guatemala y Costa Rica, contiene disposiciones que las vedan de modo absoluto. El Código del Uruguay,

por último, dice, (art. 827) que todo fideicomiso es nulo y que toda sustitución, fuera de la vulgar, se reputa fideicomiso.

El Código chileno, adoptado en Colombia y en el Ecuador, se singulariza como el único que dedica un título completo al fideicomiso para exponerlo y regularlo bajo tal denominación, pero identificándolo con la sustitución fideicomisaria, que en rigor es cosa sustancialmente distinta. (Tít. 8º, Lib. II. **De las limitaciones del dominio y primeramente de la propiedad fiduciaria**). Mas el fideicomiso del Código chileno, vaciado en los antiguos moldes romanos y sujeto a ser constituido únicamente sobre las herencias, no es susceptible de prestar servicios apreciables en las complejidades de la vida civil moderna; y precisamente lo que me propongo demostrar en este estudio es la necesidad de regular la propiedad fiduciaria en una forma tan amplia, que pueda hallarse en el fideicomiso la solución de muchos problemas que hoy quedan insolutos. El fideicomiso del derecho romano y del derecho chileno, institución fósil, sin flexibilidad, sin plasticidad, sin amplitud de acción, no es de utilidad ninguna a las relaciones civiles, tan variadas y complejas, de los pueblos contemporáneos. Pero un fideicomiso flexible, amplio, vivo, que pueda constituirse sobre bienes de todas clases, por testamento o por acto entre vivos, para que se cumpla en vida del fideicomitente o después de su muerte, y que se adapte a innumerables transacciones que a diario se presentan en la banca, en el comercio y en la vida civil y que no hallan solución en otras instituciones, en una palabra, un fideicomiso que responda a las necesidades de nuestra época y que sea trasunto perfeccionado del *trust* del derecho anglo-sajón, es sin duda una institución altamente deseable en la legislación civil de todos los pueblos latinos.

El objeto de este trabajo es estudiar la posibilidad y conveniencia de una reforma legislativa que permita y regule la institución del fideicomiso en una forma que armonice con las exigencias del día y con el genio de nuestra jurisprudencia.

I

EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO

Conviene, para la recta inteligencia de la reforma legislativa de que voy a tratar, exponer, siquiera sea a grandes rasgos, los orígenes, desarrollo, evoluciones y condi-

ción jurídica del fideicomiso a través de las edades y en los diferentes países y comenzaré así por decir algunas palabras acerca del fideicomiso en el Derecho romano.

Origen del fideicommissum El fideicomiso fue en su origen un medio de eludir las restricciones de la ley en materia de sucesiones. Las leyes romanas habían establecido numerosas incapacidades para heredar por testamento. Quedaban excluidos del beneficio de las disposiciones testamentarias los libertos dediticios, los libertos **latini Juniani**, las municipalidades, los colegios, los pobres, los dioses, los póstumos extraños y en general las personas inciertas, los extranjeros, los habitantes de Provincias que no gozaban de los derechos de ciudadanía, los proscritos, los solteros, los casados sin hijos en la proporción designada por la ley *Papia Poppea*, y por último, las mujeres, aun siendo ciudadanas, en los casos determinados por la ley *Voconia*.

Fórmula Supplicatoria Habiendo tan extenso número de incapacidades, natural era que hubiese también gran número de personas comprendidas en ellas, a quienes alguien quisiera favorecer con una herencia o legado. En este caso el testador instituía por heredero suyo a una persona legalmente capaz y le suplicaba entregar la herencia o parte de ella a la persona que él designaba: **Rogo te, Luci Titi, ut cum primum poteris hereditatem meam adire, eam Caio Seio reddas restituas.** (1) No era este un mandato, era una súplica por medio de la cual el testador se encomendaba a la buena fé de la persona a quien la súplica se dirigía. Por esta razón la manda testamentaria hecha de este modo tomó el nombre de **fideicomissum**, de **fides**, fé, y **committere**, encomendar.

Efectividad del fideicomiso No había acción judicial para hacer efectivo el fideicomiso. Pero esta institución llegó a ser tan popular que la opinión pública condenaba fuertemente al fiduciario que dejara de cumplir su encargo; y como lo refiere el mismo emperador Justiniano, Augusto, conmovido por casos odiosos de defraudación o de perfidia, ordenó con frecuencia a los cónsules intervenir en la ejecución de los fideicomisos. Esta intervención fue tomando poco a poco el carácter de jurisdicción permanente hasta que al fin se creó un pretor especial cuyas funciones eran las de decidir las controversias relativas a los fideicomisos. Ante el **praetor fideicommissarius** comparecía el querellante en demanda de su ministerio oficial y aquél por medio de un procedimiento **extra ordinem**, ordenaba la eje-

(1) *Instituta*, Lib. II, Tít. XXIV, 2.

cución del fideicomiso. Para asegurar el cumplimiento del mandato era también costumbre hacer prestar juramento a la persona a quien el testador encargaba de cumplir su voluntad.

Desarrollo de los fideicomisos. Los fideicomisos llegaron de esta manera a adquirir tal desarrollo que no siempre fueron empleados para evadir las restricciones de la testamentifacción. Acontecía por ejemplo que un ciudadano romano se encontraba en país bárbaro donde no podía testar con las solemnidades requeridas por la ley. En este caso podía él escribir a su heredero **ab intestato** suplicándole hacer entrega de la herencia o de parte de ella a determinadas personas. La súplica fideicomisaria podía ser dirigida no sólo al heredero instituido, sino también al legatario y al heredero **ab intestato**. Naturalmente, para constituir un fideicomiso era necesario tener capacidad para instituir heredero.

No era indispensable que se hiciese testamento para la constitución del fideicomiso. Se permitía hacerlo por medio de codicilo. Justiniano refiere en el Título XXV, **De codicillis**, que hallándose Lucio Léntulo moribundo en Africa escribió varios codicilos en los cuales pedía a Augusto por medio de fideicomiso la ejecución de ciertas mandas y que el Emperador cumplió con el encargo, después de haber consultado a varios jurisconsultos notables, entre ellos a Trebacio, quienes le dieron concepto favorable. Habiendo hecho uso de los codicilos más tarde el famoso Labeón, nadie puso en duda su *perfecta validez*.

Senado-consulta Trebeliano El desarrollo creciente de los fideicomisos aumentó su complejidad y con ella surgieron en la práctica graves dificultades para su recta y cumplida ejecución. Acontecía con frecuencia que el fiduciario rehusaba aceptar la herencia para cumplir el fideicomiso, porque conservando siempre el carácter de heredero, quedaba obligado para con los acreedores de la sucesión. Para evitar la injusticia resultante contra el fiduciario, se expidió durante el reinado de Nerón y bajo el consulado de Trebelio Máximo y de Eneo Séneca un **senado-consulta** que dispuso que una vez entregada la herencia en virtud de un fideicomiso, todas las acciones que tuviera el heredero o que hubiera contra él, *debían ser enderezadas por o contra el fideicomisario*. Así vino éste a ocupar por medio de acciones útiles el lugar del heredero instituido y el fiduciario quedó protegido con la excepción de **restituta hereditas**.

Senado-consulta pegasiano El **senado-consulta trebeliano** protegía al fiduciario contra los acreedores, pero no

le proporcionaba aliciente ninguno para la aceptación de la herencia y esto daba por resultado que muchas veces los fideicomisos se extinguían por no aceptar la herencia el heredero. Esta dificultad quedó allanada por medio de otro senado-consulta expedido en tiempo de Vespasiano, durante el consulado de Pegaso y de Pusión. En él se reconoció al heredero el derecho de retener para sí la cuarta parte de los bienes, como permitía hacerlo la ley Falcidia con respecto a los legados. La expresión **cuarta Falcidia** era empleada corrientemente refiriéndose a la recibida por herederos fiduciarios.

El fideicomiso bajo Justiniano Antonino Pío hizo extensivas las disposiciones de los senado-consultos trebeliano y pegasiano a los herederos **ab intestato**; y más tarde Justiniano dispuso unir en uno solo los dos senado-consultos con el nombre del primero. La Instituta disponía que el heredero debía retener la cuarta parte de la herencia de conformidad con el senado-consulta pegasiano, pero las acciones debían deducirse contra el heredero y el fideicomisario en proporción a sus respectivas cuotas, puesto que el último quedaba **in loco heredis** en cuanto al monto de lo que recibía, de conformidad con el senado-consulta trebeliano. El heredero gravado podía ser obligado a aceptar, pero sin que pudiera perjudicarle la aceptación.

El fideicomiso podía ser puro o condicional, a día cierto, particular o universal y simple o gradual.

El fideicomiso gradual y el familiar Esta última forma de fideicomisos presenta tal vez su evolución más interesante. Se permitía por ejemplo instituir heredero a una persona pero prohibiéndole enajenar determinados bienes raíces para que quedasen en la familia. Los herederos naturales tenían derecho como fideicomisarios, a reclamarlos en caso de enajenación o asignación a terceros extraños. También podía imponerse al fideicomisario la obligación de instituir a su vez por heredero suyo a determinada persona. Así surgió el fideicomiso gradual, que permitió la vinculación de bienes en la familia, trasmitiéndolos de un primer sucesor a un segundo, de un segundo a un tercero y así indefinidamente de generación en generación. A esto se debe indudablemente que algunos autores hayan pretendido sostener que la funesta institución feudal de los mayorazgos tuvo su origen en la legislación romana. Pero si bien es cierto que en este punto cayeron en error los mayorazguistas, pues el fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias se diferencian sustancialmente del mayorazgo, debe también reconocerse que las tres cosas tienen idéntica ten-

dencia y que es uno mismo el mal económico que esas instituciones son susceptibles de producir por el estancamiento de la propiedad raíz, base de la riqueza pública. Justiniano lo comprendió así y limitó a cuatro grados el derecho del testador a vincular sus bienes en una sola familia.

Tal fue el fideicomiso en el derecho civil romano. Al fundirse la jurisprudencia romana junto con la civilización esplendorosa de los Césares, en el caos de la Edad Media, el fideicomiso desapareció y fue reemplazado por el régimen de las sustituciones, acerca del cual diré algunas palabras en el capítulo siguiente.

II

EL REGIMEN DE LAS SUSTITUCIONES

Al pasar el derecho romano del Imperio a los diferentes pueblos de Europa, el fideicomiso puro y simple había caído en completo desuso. Subsistían solamente los fideicomisos tendientes a la vinculación de inmuebles y conocidos bajo las denominaciones de **graduales, conservatorios, familiares, sucesivos y perpetuos**. Sin embargo, el nombre de fideicomiso había caído igualmente en desuso y como el propósito de vincular los bienes raíces podía alcanzarse por medio de lo que se llamó **sustitución fideicomisaria**, el régimen de las sustituciones llegó a tener en las jurisprudencias antiguas una importancia que no desapareció hasta principios del siglo XIX, cuando cundieron en los pueblos y en las instituciones de Europa las ideas liberales nacidas de la Revolución. Esas ideas, unidas a los principios y verdades enseñadas por la ciencia, entonces incipiente, de la Economía Política, decretaron la muerte de las vinculaciones.

Esta es la causa de que tanto en la jurisprudencia antigua de los países de Europa como en la moderna aparezca con tanta frecuencia confundido el fideicomiso con la sustitución fideicomisaria, siendo como son completamente diferentes. Esta clase de sustitución no es idéntica sino a una clase de fideicomiso: los graduales o sucesivos. El fideicomiso puro y simple no tiene nada de común con la sustitución fideicomisaria. Aquél es una forma de asignar la herencia o el legado. Esta entraña el establecimiento perpetuo de un orden de sucesión.

En Roma Es digno de observarse a este respecto que Justiniano no da el calificativo de fideicomisaria a ninguna especie de sustitución. El Título XV, Libro II, de la Instituta trata de la vulgar, comprendiendo en ésta la recíproca. El Título XVI versa sobre la pupilar y la ejemplar. Por el contrario, aquel cuerpo de leyes mantuvo perfectamente delimitados los conceptos de sustitución y de fideicomiso. Así lo demuestra el siguiente pasaje: "El testador no puede, después de haber instituido heredero a un extraño o a un hijo mayor de edad sustituirle otro heredero para el caso de que muera dentro de cierto tiempo. Lo que puede hacer es obligar **por medio de fideicomiso** al heredero instituido a que restituya la herencia o parte de ella a una tercera persona". (Lib. II, Tít. XVI, 9).

Esto que Justiniano ordenaba hacer por medio de fideicomiso es exactamente lo que en las legislaciones europeas se ha denominado sustitución fideicomisaria.

En España Tal vez en ninguna parte se echa de ver la confusión de que hablo con tanta claridad como en la siguiente definición de las Partidas:

"Fideicomisaria sustitución quiere decir establecimiento de heredero que es puesto en fe de alguno que la herencia dexa en su mano que la dé a otro, como si dixiese el facedor del testamento: Establezco por mio heredero a Fulano e ruégole o quiero o mando que esta mi herencia que la tenga tanto tiempo é que después la dé o entregue a Fulano. E tal establecimiento como este puede fazer todo ome a cada uno del pueblo, solo que non le sea defendido. Pero dezimos que este que es rogado debe dar é entregar la herencia al otro, así como el testador mandó, sacando la quarta parte de toda la herencia, que puede tener para sí. E esta quarta parte es llamada en latin trebeliánica. E si el establecido heredero non quisiese rescibir la heredad o después que la oviere rescibido non la quisiese entregar al otro, puédele apremiar el Juzgador del logar que lo faga". (Ley 14, Tít. V, Partida VI).

En Francia En la jurisprudencia francesa del antiguo régimen las sustituciones fideicomisarias tuvieron auge extraordinario. Se las llamaba simplemente sustituciones. Los bienes vinculados en las familias por medio de ellas eran denominados **bienes sustituidos**. En opinión de Montesquieu, las sustituciones eran el fundamento más sólido de la aristocracia. Decía este autor que las leyes deben esforzarse en sostener la nobleza para bien de la monarquía y que el mejor medio para lograrlo es establecer las sustituciones como prerrogativa particular de la nobleza

misma, porque las sustituciones conservan los bienes en las familias y le dan a la nobleza una base tan firme como el suelo. (1)

No es necesario ni corresponde a este estudio que yo me extienda para exponer los males profundos causados por las sustituciones, pues en nuestros días es proposición axiomática la de que todo aquello que tienda a la inmovilización de la propiedad disminuye la riqueza pública, estanca el desarrollo de la agricultura, perjudica las industrias y propaga la ociosidad y la miseria. Por eso han desaparecido casi totalmente de las naciones modernas los mayorazgos, la amortización eclesiástica, los censos irredimibles, las capellanías colativas y laicales, los fideicomisos y usufructos sucesivos, los legados con prohibición de enajenar, las sustituciones fideicomisarias y en resumen, todos aquellos actos, contratos o disposiciones que tiendan a poner la propiedad del suelo fuera del comercio humano y de las transacciones libres de los asociados.

Pero no solamente la Economía Política condena la sustitución fideicomisaria en cuanto viene a establecer un orden especial de suceder que es contrario al orden legal y regular. La Justicia y la Política también se oponen a ese sistema, que establece para las generaciones futuras la organización de la familia. Porque como apunta Bigot de Préameneu, "eso es legislar más bien que ejercer un derecho privado. Mejor dicho, no es un derecho, es un privilegio puesto al derecho. En efecto, el que el hombre tiene respecto de sus bienes, cesa al morir él; por las sustituciones se sobrevive a sí mismo, pues dispone de sus bienes a pesar de no vivir ya, puesto que los hijos que están por nacer son los que reciben en el momento de morir el sustituyente".

Abolición de las sustituciones Una institución semejante, unida estrechamente con la constitución feudal y aristocrática del antiguo régimen debía necesariamente venirse a tierra en Francia junto con la monarquía borbónica. El artículo 896 del Código Napoleón dispone: "Están prohibidas las sustituciones. Será nula toda disposición por la cual el donatario, el heredero instituido o el legatario quedan encargados de conservar y restituir a un tercero".

De esta manera quedaron suprimidas en Francia las vinculaciones de la propiedad raíz. En España, donde la desamortización de bienes se decretó contra la forma civil lo mismo que contra la eclesiástica, la corriente liberal de-

(1) *Espiritu de las leyes*. LIB. V, cap. IX.

rribó las vinculaciones durante la revolución de 1820. La Ley 27 de Septiembre de aquel año, derogada más tarde y restablecida definitivamente por Real Decreto de 30 de Agosto de 1836, las suprimió en los siguientes términos:

Artículo 10. Quedan suprimidos todos los mayorazgos, *fideicomisos*, patronatos, y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres.

Artículo 14. Nadie podría en lo sucesivo aunque sea por vía de mejora, ni por otro título de pretesto, fundar mayorazgo, *fideicomiso*, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos u otros fondos extranjeros.

Artículo 15. Las iglesias, monasterios, conventos y cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos o laicales, conocidos con el nombre de *manos muertas*, no pueden desde ahora en adelante adquirir bienes algunos raíces o inmuebles en provincia alguna de la monarquía, ni por testamento ni por donación, compra, permuta, decomiso en los censos enfiteúticos, adjudicación en prenda pretoria o en pago de créditos vencidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo o oneroso.

Como se vé, en España se ha considerado el fideicomiso como institución de carácter netamente vinculador. El Código Civil español no emplea en ninguna parte la palabra fideicomiso y admite las sustituciones fideicomisarias limitándolas al segundo grado (art. 781).

En Italia El Código Civil italiano contiene en su artículo 899 prohibición semejante a la del Código francés: "Cualquiera disposición por medio de la cual se grave al heredero o legatario con la carga de conservar y restituir a un tercero, es sustitución fideicomisaria. Tal sustitución es prohibida".

Sin embargo, mientras el Código francés no mencionara siquiera en su texto la palabra **fideicomiso**, las disposiciones transitorias promulgadas junto con el Código italiano en 1865 tratan del fideicomiso en sus artículos 24 y 22, identificándolo con la sustitución fideicomisaria. De allí viene que sea común entre los expositores italianos decir que hay fideicomiso en una sustitución cuando se establece en ella orden sucesivo.

Los artículos citados dicen *inter alia* así: “Los fideicomisos, mayorazgos y demás sustituciones fideicomisarias establecidas según las leyes anteriores, quedan abolidas desde el día de la vigencia del nuevo Código” . . . “Al cumplimiento de las obligaciones y cargas inherentes al fideicomiso o mayorazgo están obligados los poseedores antedichos”. . . . “Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones expresadas se establecerá hipoteca sobre los bienes inmuebles del fideicomiso o mayorazgo, etc”.

En Ricci encontramos los siguientes pasajes: “Se requiere que haya (para la sustitución fideicomisaria) doble orden sucesivo, sin lo cual no puede hablarse de fideicomiso . . . Si los dos beneficiados reciben directa o inmediatamente del testador, no hay orden sucesivo; por tanto, falta un elemento esencial para que pueda dar vida al fideicomiso”. (*Diritto Civile, III, 432*).

Distinción entre fideicomiso y sustitución fideicomisaria

No sucede lo mismo con los comentaristas del Código Napoleón. Entre éstos prevalece la idea correcta de que el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria son cosas diferentes. Como ya he dicho antes, esa sustitución no es igual sino a una clase de fideicomisos: los graduales y sucesivos. Por tanto, cuando se trata del fideicomiso absoluto se considera que no está prohibido. Los siguientes conceptos de un autor francés presentan un resumen muy claro de la cuestión: “Son admitidos los fideicomisos bajo el imperio del Código Civil? Sin duda alguna. Lo que la ley prohíbe no es el fideicomiso mismo sino la sustitución fideicomisaria. En cuanto al fideicomiso, sea puro, sea a término, sea aun condicional, no cae bajo el golpe de la prohibición, salvo en el último caso que la condición no sea la supervivencia del fideicomisario sobre el heredero gravado. Así se ha decidido con razón que la disposición por medio de la cual un testador lega a Pedro un fundo con carga de restituirlo a Pablo no cae bajo la prohibición del artículo 896 del Código Civil que prohíbe la sustitución. En efecto, el testador no declara aquí que el heredero gravado conservará los bienes que debe restituir y que será propietario de ellos durante su vida. No hay orden sucesivo resultante de una doble trasmisión tal que el segundo instituído no éntre en el goce de los bienes sino después de haber sido recibidos por el primero.

“Esta disposición constituye un fideicomiso puro y el derecho que resulta de él para el llamado, nace en el momento mismo de la muerte del testador. El heredero gravado, como ha dicho muy bien, no es más que una especie de ejecutor testamentario y no hace sino prestar su minis-

terio. Se ha decidido en este sentido que la cláusula en virtud de la cual un testador encarga a un legatario universal de dividir la herencia entre sus herederos no es prohibida por la ley. De igual suerte la disposición es también válida si se pone plazo a la restitución, como por ejemplo, cuando el testador dice: "Quiero que el fundo legado a Pedro le sea entregado a Pablo al cabo de veinte años". En efecto, no resulta de allí que la propiedad deba quedar en cabeza del heredero gravado. La disposición de que se trata constituye un fideicomiso a plazo. En cuanto al derecho del fideicomisario, éste es adquirido en el mismo instante y tan invariablemente como el del heredero gravado, solamente que la entrega es retardada por el plazo. Según las circunstancias y las expresiones del acto, el heredero instituido debe ser considerado como heredero fiduciario o como legatario de un usufructo a plazo. **Pero sería cosa enteramente distinta si el término fijado para la entrega fuese la muerte del heredero gravado. La disposición entonces no tendría el carácter de un legado bajo condición suspensiva sino el de una verdadera sustitución".** (Larousse, *Fidéicommiss*).

De idéntico parecer es el gran civilista Laurent, quien se expresa así: "Se ha notado que nunca usa el Código la palabra **fideicomiso**. Los autores y tribunales se sirven de ella para designar una disposición que tiene por objeto hacer que llegue la liberalidad a manos de un incapaz. En este sentido, nada tiene de común el fideicomiso con las sustituciones. Si es capaz el legatario, el fideicomiso se confunde con el legado, y sólo difiere de él en cuanto a la forma; en lugar de dar directamente, el testador encarga dar a su heredero. El fideicomiso es un legado; cuando es puro y simple, no hay en él aspecto de sustitución; cuando es a término o bajo condición hay cierta analogía aparente: pues el que está encargado de pagar el legado no debe hacerlo sino al expirar el término o al cumplirse la condición y en este sentido se dice que debe conservar la cosa para restituirla. En realidad, no hay ni instituido. Aquél a quien se le debe entregar la cosa es el único legatario, a término o bajo condición. En lo relativo al fideicomiso a término, todos están de acuerdo. En cuanto al fideicomiso condicional, se distingue: si debe realizarse la condición en vida del gravado, hay legado condicional; si debe realizarse muerto él, hay sustitución". (Princip. Der. Civ., XIV, 454-456).

La sustitución en el Derecho Panameño El Código Civil panameño no habla ni de fideicomiso ni de sustituciones fideicomisarias. Pero repudia las últimas por medio de disposiciones inequívocas y terminantes. La primera es el artículo 789:

“Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos no instituidos para el caso de que mueran antes que él, o no quieran o no puedan aceptar la herencia”.

Esta sustitución es la vulgar, única que es inofensiva y universalmente permitida. Y como puede haber dos o más herederos y también dos o más sustitutos, es evidente que entre nosotros está también admitida la sustitución recíproca, que más bien que una especie de sustitución es un modo de sustituir.

No admite nuestro código la sustitución pupilar ni la ejemplar, pues ambas envuelven orden sucesivo, desde luego que el sustituto debe recibir la herencia después de haberla recibido el instituido, si éste muere en estado de minoridad o de demencia. En otras palabras, el testador testa por su propio hijo y ejerce así la patria potestad después de muerto. Nuestro código repudia implícitamente estas sustituciones, porque son incompatibles con la vulgar que es la única permitida. Es evidente que si al fallecer el testador el hijo menor o demente acepta y recibe la herencia por medio de su representante legal, no puede haber lugar a la sustitución, pues según el artículo citado ésta sólo tiene lugar cuando el instituido no puede o no quiere aceptar o premuere al causante.

Las sustituciones fideicomisarias quedan repudiadas por el artículo 793, que dice así: no surtirán efecto:

1º Las sustituciones que impongan al heredero el encargo de pagar sucesivamente a varias personas, que no vivan al tiempo del fallecimiento del testador, cierta renta o pensión;

2º Las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador;

3º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua o temporal de enajenar.

También queda prohibida esa especie de sustitución en los legados por medio de este precepto:

Artículo 801. Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona.

Por último y para el efecto de impedir que la sustitución prohibida pueda tener lugar en las donaciones entre vivos, se ha consignado en el Título que de ellas trata, la siguiente disposición:

Artículo 961. Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el demandante en favor de tercero, contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación.

Me he extendido algo más de lo que hubiera deseado sobre una materia bastante árida. Pero es indispensable que queden fijados el alcance y significado que doy a ciertos términos de que con gran frecuencia haré uso en este estudio, a fin de que no haya confusión alguna respecto a mis ideas y propósitos. He querido también que este capítulo sea el comentario principal de la disposición por medio de la cual se prohíben los fideicomisos graduales o sucesivos en el proyecto de ley que someto a la ilustrada consideración de aquellos de mis lectores que sean juristas y legisladores. Al mismo tiempo he intentado evitar que la palabra **fideicomiso**, con la cual titulo mi trabajo y de que me sirvo para denominar la institución que deseo ver implantada, no inspire el horror justificado con que se miran las sustituciones fideicomisarias, que son cosa tan diferente.

V

EL NUEVO CONCEPTO DEL FIDEICOMISO

Para que el fideicomiso pueda servir rectamente a los fines prácticos que he dejado ya esbozados, es necesario concebirlo bajo un aspecto que lo acerque más al **trust** anglosajón que al antiguo modelo romano. Precisa pues ante todo establecer un concepto nuevo y más amplio del fideicomiso y definirlo de manera que pueda amoldarse a aquellos fines, y que logren formarse idea clara de él tanto legos como profesionales. A fin de que pueda apreciarse el alcance de la reforma que yo propongo, quiero pasar revista a algunas definiciones.

El concepto antiguo El fideicomiso romano fue definido así por Ulpiano: "**Quod non civilibus verbis, sed pre-cative relinquitur; nec ex rigore juris civilis profiscitur, sed**

ex voluntate datur relinquentis". (Hammond-Sandars, Justinian, 326.)

Escriche lo define así: "Todo lo deja el testador a uno para que lo entregue a otro: o bien la herencia o parte de ella que el testador ruega, encarga o manda al heredero restituir a otro".

Saguer entiende por fideicomiso "una disposición por la cual se obliga a un heredero, donatario por causa de muerte o en capítulos matrimoniales, legatario o fideicomisario, a que entregue a otro uno o varios objetos determinados, la herencia entera o bien una parte de ella".

Mejor definición que todas las anteriores es sin duda la de Sánchez Román, quien dice que el fideicomiso es en esencia "un llamamiento por voluntad a la sucesión **mortis causa**, en virtud del cual la persona favorecida recibe los bienes de la herencia no directamente sino por conducto de otra persona expresamente designada por el testador para ese fin".

Como se vé, estas definiciones corresponden todas al concepto original del fideicomiso en su forma más simple: el llamamiento a la sucesión por medio de interpuesta persona. Y por lo que llevo dicho, fácil es colegir que no es ese el concepto que tengo de la nueva institución del fideicomiso. Veamos ahora como definen el **trust** los autores anglo-sajones.

Concepto del trust Se ha dicho que la mejor definición que puede darse del **trust** es la que dió Lord Coke del uso. Haciéndose la adaptación correspondiente, es así: "La confianza depositada en una persona, y que no emana de la propiedad raíz sino que es accesoria a ella, vinculada con el dominio de la propiedad raíz y con la persona que la posee y respecto de la cual el **cestui que trust** (fideicomisario) no tiene acción sino por comparecencia ante el tribunal de Equidad". (1)

La Enciclopedia de Derecho y Procedimiento (Cyc) da las siguientes definiciones:

"La retención de bienes sujeta al deber de emplear los bienes o sus frutos de acuerdo con las instrucciones dadas por persona que los entregó". (**A holding of property subject**

(1) A confidence reposed in some other, not issuing out of the land, but as a thing collateral, annexed in privity to the estate of the land, and to the person touching the land for which *cestui que trust* has no remedy but by *subpoena* in Chancery.

to a duty of employing it or applying its proceeds according to directions given by the person from whom it was derived.)

“Un derecho de dominio sobre bienes muebles o inmuebles que una persona tiene en beneficio de otra”. (**A right of property, real or personal, held by one party for the benefit of another.**)

“Un derecho, título o interés de equidad sobre bienes muebles o inmuebles, distinto del dominio legal de los mismos”. (**An equitable right, title or interest in property, real or personal, distinct from the legal ownership thereof**)

“La obligación a que queda sujeta una persona, en virtud de confianza depositada en ella, de aplicar fielmente determinados bienes de conformidad con lo dispuesto en el acto de confianza”. (**An obligation upon a person arising out of a confidence reposed in him to apply property faithfully and according to such confidence.**)

Estas definiciones corresponden también con mayor o menor exactitud y comprensión a la idea primordial del **trust**, que es la de distinguir el dominio teórico del fiduciario de la propiedad real que en Equidad se reconoce al fideicomisario.

El punto de contacto Si se comparan cuidadosamente las definiciones del fideicomiso romano con las del **trust** anglo-sajón, se echará de ver que ellas coinciden todas en un concepto fundamental: el de que el fiduciario o **trustee** es esencialmente una persona que cumple un encargo dado por otra a beneficio de un tercero.

En el fideicomiso romano se habilitaba al fiduciario para cumplir el encargo instituyéndolo heredero, pero en realidad no era tal heredero, porque tenía que conservar y restituir la herencia al fideicomisario. No desvirtúa este aserto la consideración de que el fiduciario tenía derecho a la cuarta trebeliánica, porque ésta en esencia no venía a ser sino la remuneración del servicio que el fiduciario prestaba. Y la mejor prueba de que no se le tenía **realmente** por tal heredero es que el senado-consulta trebeliano enderezó contra el fideicomisario las acciones que en derecho estricto debían deducirse contra el heredero instituido, que era el fiduciario.

En el **trust** se habilita al fiduciario para el desempeño de su misión haciéndole propietario titular de la cosa fideicometida. Pero se deja al fideicomisario lo que se llama el **equitable estate**, el interés o derecho de equidad, en virtud del cual puede él reclamar ante los tribunales de Equidad como el dueño verdadero y real. “De acuerdo con el siste-

ma que prevalece hoy, el fideicomisario (**cestui que trus**) es considerado como verdadero dueño de los bienes y el fiduciario no es sino un mero depositario del título legal. El derecho de éste no es verdaderamente el de dominio; lo que tiene es un **deber** legal fundado en una confianza personal; no es el suyo un derecho de que puede disfrutar, sino una facultad que puede ejercitar'. (Cyc, XXXIX, 203-207).

Ahora bien, si en el fideicomiso, ya sea el latino, ya sea el sajón, lo que hace el fiduciario es en resumidas cuentas desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, hay que concluir rectamente que el fideicomiso es en sustancia un mandato, en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante.

Pero, ¿bastaría por sí sólo el concepto de mandato para caracterizar el fideicomiso tal como hay que concebirlo para que llene las necesidades de la vida moderna? Es evidente que nó, porque si así fuera se podrían llenar esas necesidades mediante el contrato de mandato y no sucede así.

El concepto nuevo En primer lugar, el mandato es revocable por el mandante y por esta sola razón sería completamente ineficaz para los fines que se persiguen. El fideicomiso tiene que ser irrevocable, para que el derecho del fideicomisario no sea ilusorio y para que no lo sean tampoco las facultades del fiduciario. Si se constituye el fideicomiso por pura liberalidad debe ser irrevocable, como lo son en tesis general las donaciones **inter vivos** y como lo es el llamamiento a la herencia en calidad de heredero o de legatario. Si se constituye en virtud de alguna obligación del creador, mayor razón hay para que sea irrevocable.

Pero no es esto todo. El encargo que se confiere al fiduciario produce otro efecto sin el cual no podría ser ejecutado: el de transmitir al fiduciario los bienes que son objeto del fideicomiso. Como ya hice ver antes, los romanos lograban esto mediante la institución de heredero; los sajones lo consiguen haciendo al **trustee** propietario **titulado**, mientras consideran al fideicomisario como propietario real. Es pues evidente que el fideicomiso es un contrato **sui generis**, cuya esencia puede expresarse diciendo que es un **mandato irrevocable en virtud del cual se verifica una transmisión de bienes**. Teniendo esto en cuenta como antecedente necesario, así como también los fines que persigo mediante la reforma legislativa que propongo, he formulado la siguiente definición:

El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada FIDUCIARIO, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los trasmite, llamado FIDEICOMITENTE, a beneficio de un tercero llamado FIDEICOMISARIO.

Elementos de la definición Conviene averiguar si esta definición es correcta y para ello paso a estudiar por separado cada uno de sus elementos, que son los siguientes:

La esencia;
El objeto;
El fin;
El sujeto;

La esencia Como antecedente necesario de la definición dejé ya explicado que el fideicomiso es sustancialmente un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten ciertos bienes. Sobre la necesidad de que el encargo del constituyente sea irrevocable no es necesario insistir. En cuanto a la transmisión de los bienes, cabe agregar a lo dicho que si éstos no pasan de una persona a otra y permanecen en poder de su dueño, no hay **acto de confianza** del fideicomitente para con el fiduciario, ni puede cumplirse el propósito del fideicomiso, que puede versar sobre cosas muebles lo mismo que sobre inmuebles. Respecto a los primeros, como tratándose de bienes muebles la posesión equivale al título, es evidente que el fiduciario no podría administrarlos ni disponer de ellos en forma alguna si no los tuviera en su poder. Con referencia a los bienes raíces, el fideicomiso no puede surtir sus efectos como gravamen, pues a veces hay que enajenar los bienes fideicomitados para que se cumpla el propósito del fideicomiso, mientras que otras veces lo que se necesita es gravarlos; y si el fideicomiso fuese un gravamen impuesto a los bienes del constituyente, resultaría entonces gravamen sobre gravamen y resultarían además los bienes fideicomitados inscritos en el Registro a nombre de quien no los posee ni puede disponer de ellos. Es, pues, de la esencia del fideicomiso e indispensable para sus fines que el constituyente se aparte de la propiedad de los bienes sobre los cuales versa, y que los transmita a la persona en quien deposita su confianza.

El fin El fin del fideicomiso queda expresado en forma que es a la vez muy amplia y precisa. Expresándose que la transmisión se hace al fiduciario para que éste disponga de los bienes conforme lo ordene el fideicomitente, quedan determinados el alcance y los límites del fideicomiso. Se preceptúa allí que el fiduciario está obli-

gado a hacer lo dispuesto por el fideicomitente y **nada más**. Al mismo tiempo el verbo **disponer** que se emplea en la definición es aplicable a cualesquiera operaciones que se ejecuten en descargo del fideicomiso, tales como un subsiguiente traspaso, venta, hipoteca, arrendamiento, usufructo o administración.

El sujeto El sujeto del fideicomiso es el fideicomisario, porque aquél es creado en interés de éste. El fideicomitente es la fuente y el fiduciario el instrumento para llevarlo a cabo. No puede concebirse un fideicomiso constituido en interés de nadie. Tiene que serlo a beneficio directo e inmediato de alguien. Ese alguien que debe beneficiarse con la disposición que el fiduciario da a los bienes fideicometidos es el fideicomisario. Mencionado éste en la frase final de la definición quedan contenidos en ella todos los elementos esenciales del fideicomiso y expresadas además la función y designación de cada una de las personas que son partes en él.

Es esta la forma en que creo que el fideicomiso puede prestar grandes servicios incorporándolo en las instituciones civiles de la República de Panamá o de cualquiera otro de los pueblos modernos. Como el nombre puede dar origen a confusión de ideas, pues pudiera creerse por personas a cuyas manos no llegara esta exposición, que trato del fideicomiso romano o algo parecido, el proyecto de ley respectivo debe tener como su primer artículo la definición que he dejado expuesta. Conservo el nombre de fideicomiso, a pesar de la diferencia sustancial que existe en cuanto al alcance y fines de la institución antigua y la que propongo ahora, porque ese nombre resulta en ambas tan expresivo y adecuado que es irremplazable. Siempre es la **fé** que se tiene en el fiduciario lo que impele al fideicomitente a **encomendarle** el encargo.

EL NUEVO FIDEICOMISO

por el

DR. RICARDO J. ALFARO

(Boletín de la Unión Panamericana)

Washington, D. C.

Octubre, 1925.

EL NUEVO FIDEICOMISO

Por el Doctor RICARDO ALFARO

Ministro de Panamá en los Estados Unidos

Puede afirmarse que las normas y principios del derecho son eternos e inmutables, porque arrancan del concepto de la justicia y la justicia es a un tiempo emanación y necesidad de la sociedad humana. Pero las modalidades del derecho lejos de ser inmutables y perpetuas, son por el contrario susceptibles de evolución y transformación. Los preceptos que regulen las relaciones de la vida civil deben hallar su razón de ser en la naturaleza de los actos y contratos que los hombres celebren entre sí; y así como ellos cambian con el decurso del tiempo, así las reglas legislativas deben también modificarse armónicamente. La ley—expresión de la voluntad popular—debe ser un reflejo de las costumbres y las necesidades de cada pueblo y de cada época. Las disposiciones reguladoras del contrato de compraventa no tendrían razón de ser si los hombres no compraran ni vendieran, y limitarían sus transacciones comerciales a la operación simple y primitiva de la permuta. La hipoteca surgió de la necesidad de poder usar los inmuebles en garantía de un crédito, del mismo modo que la prenda permitió antes hacer con los bienes muebles. En una palabra, cada institución debe responder a una manifestación de la vida civil en la evolución y desarrollo de los organismos sociales. Síguese de aquí que la ley debe regular toda relación existente o susceptible de existir entre los hombres. Una legislación apta para permitir y hacer fructuosas todas las relaciones que los hombres pueden crear entre sí, debe estimarse como perfecta. Pero cuando los miembros de una sociedad sienten la necesidad de establecer entre ellos ciertas relaciones lícitas y se ven impotentes para hacerlo, porque la ley no les proporciona medios de hacer efectivas las obligaciones y los derechos que nacen de aquellas relaciones, entonces hay que llegar a la conclusión de que la legislación que permite tal estado de cosas es imperfecta y deficiente.

Tal sucede en la vida moderna con innumerables relaciones que mientras en los países donde rige el derecho común inglés encuentran admirable expresión legal, en los países donde impera el derecho escrito cuya fuente inme-

diata es el Código de Napoleón, vienen a ser de existencia imposible. En estos últimos, que son en su casi totalidad los países latinos de Europa y de América, los códigos civiles, vaciados en el molde por mil conceptos admirable del código francés regulan, con precisión y método las numerosas relaciones de los ciudadanos entre sí. Pero aunque yo creo y afirmo de modo fervoroso la superioridad de la jurisprudencia romana sobre la sajona y las inmensas ventajas del derecho codificado sobre el derecho común, no puedo menos de advertir que lo que el código gana en precisión lo pierde en flexibilidad, y que a su mayor metodología científica corresponde una menor utilidad práctica en ciertos casos. Cada acto o contrato del hombre en sociedad se halla regulado en los códigos latinos de modo admirable y completo. Cada título o capítulo del código constituye expresión acabada y justa de la respectiva relación civil. Pero en cambio vemos que cada institución corresponde a un concepto rígido, limitado, exacto. Crea ciertos derechos e impone ciertas obligaciones. Estas y aquéllos deben corresponder exactamente a la clase de acto ejecutado o de contrato celebrado. Si esa correspondencia falta, los derechos y obligaciones que se intente crear carecerán de efectividad, porque el código sólo da fuerza a los actos y contratos formulados conforme a sus normas tradicionales, precisas e inflexibles.

Existe una institución en el derecho común inglés que es totalmente desconocida en los pueblos latinos y que éstos ganarían mucho si la introdujeran en su legislación civil: Es la llamada en inglés **trust** y que en castellano se debe llamar **fideicomiso**, por más que ella es cosa muy distinta de lo que se llamó así en el derecho romano y de la institución que bajo ese nombre aparece regulada en el Código de Don Andrés Bello, vigente en Chile, Colombia, Venezuela y Ecuador; y por más que no tiene tampoco similitud alguna con las llamadas sustituciones fideicomisarias del antiguo derecho francés y español.

El **trust** es en su expresión más simple la trasmisión de bienes que se hace a una persona en quien se tiene confianza para que cumpla con ellos ciertos fines lícitos. El fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias del viejo régimen eran instituciones que versaban solamente sobre herencias y que tendían a la vinculación de la propiedad raíz en las familias. Pero siendo el **trust** sajón y el fideicomiso romano un encargo de confianza y no existiendo en nuestra lengua un vocablo que pueda reemplazar con ventaja al que heredó de su madre latina, es indispensable llamar en castellano **fideicomiso** a esa moderna institución y el único recur-

so que queda para evitar que se la confunda con la antigua es ponerle el aditamento **nuevo**, mediante el cual se establece la necesaria diferenciación.

Inspirado en estas ideas escribí hace algún tiempo un trabajo sobre la posibilidad y conveniencia de una reforma legislativa que establezca en los pueblos latinos la institución del **trust** anglo-sajón en forma que armonice con las exigencias del día y con el genio de nuestra jurisprudencia.

El trabajo consta de seis partes.

En la primera se estudian los orígenes, evolución y desaparición del **fideicommissum** romano, cuyo objeto primitivo fue el de permitir al causante favorecer en la sucesión a personas inhábiles para heredar, que eran tantas en la sociedad romana por motivo de las numerosas causales de incapacidad que establecía el derecho herencial.

La segunda parte examina el sistema de las sustituciones, que vinieron a reemplazar los fideicomisos en las edades media y moderna, en cuanto éstos se transformaron en institución vinculadora de la propiedad raíz en las familias. Por esta razón los conceptos de fideicomiso y de sustitución fideicomisaria vinieron a confundirse frecuentemente cuando en realidad la última no corresponde sino a una especie del primero, y es cosa enteramente distinta del fideicomiso puro y simple. Así lo demuestra una somera ojeada a la legislación antigua y moderna de Roma, Francia, España e Italia. Esta parte del trabajo tiene por objeto fijar con precisión los diferentes conceptos que han sido materia de consideración para la elaboración de esta reforma legislativa y poner de relieve que a lo que menos tiende ella es al establecimiento de preceptos que hagan posible en las modernas sociedades latinas, liberales y democráticas, el estancamiento de la propiedad raíz, que fue baluarte tan formidable del antiguo régimen.

La tercera parte trata sobre el **trust** del derecho anglo-sajón. Expone su origen en Inglaterra, donde nació como consecuencia de la expedición de las leyes de manos muertas y lo sigue en su desarrollo prodigioso hasta llegar a ser la institución compleja, flexible y de utilidad universal que es hoy en la Gran Bretaña y más aun, tal vez, en los Estados Unidos. El **trust**, digo allí, ha sobrevivido y se ha desarrollado extraordinariamente porque por su gran flexibilidad y extensión presta facilidades excepcionales en un sinnúmero de transacciones comerciales y civiles. Puede ser constituido por testamento o por acto entre vivos; por escrito y aun verbalmente; puede tener efecto durante la vida

del fideicomitente o después de su muerte; puede recaer sobre bienes muebles o sobre inmuebles, corpóreos o incorpóreos; puede ser secreto o manifiesto; público o privado; presuntivo o expreso; puede constituirse por un tiempo determinado o por toda la vida del fideicomitente o del fideicomisario o bien—punto único en que la adaptación no es deseable—puede ser perpetuo para ciertos fines de carácter permanente (**charitable trusts**); puede tener como fin simplemente la conservación de determinadas propiedades o bien su manejo, inversión, administración o enajenación; puede recaer sobre bienes de una dote, donación, herencia, legado, usufructo, sociedad comercial o concurso de acreedores o sobre bienes de cualquiera otra clase. Y sobre una gran variedad de formas y de fines el **trust** posee la ventaja preciosa de estar sometido a la jurisdicción de equidad, mediante la cual los tribunales, sin sujeción a los rigorismos del derecho común y poniendo en práctica admirables principios que se adaptan fácilmente a todas las circunstancias, pueden fallar las controversias que surjan haciendo siempre cumplida y verdadera justicia. En una palabra, el **trust** a diferencia del fideicomiso romano, limitado a la sustitución de un heredero por otro, tiene un radio de acción amplísimo, en el cual actúa como conservador y administrador universal.

Por regla general, el **trust** puede ser constituido para cualesquiera fines que convengan al fideicomitente, salvo aquellos que sean contrarios al orden público o que estén prohibidos por ley expresa. La constitución del **trust** puede tener por objeto el pago de las deudas del fideicomitente; la venta de sus bienes para pago a sus acreedores; la ejecución post mortem de sus mandas y legados; la administración de una industria o privilegio; el pago de deudas y sus intereses; la liberación de hipotecas u otros gravámenes con fondos provenientes de ganancias industriales o comerciales o de rentas e intereses; la preservación de bienes futuros; el pago de pensiones alimenticias o vitalicias; la protección de la propiedad de la mujer contra la administración del marido; la conservación de una propiedad raíz para determinados fines de interés público; la protección y administración de los bienes de un pródigo; la emisión, colocación, descuento y cobro de bonos hipotecarios por cuenta de alguna sociedad comercial o asociación pública o privada; la inversión de los fondos del fideicomisario y el cobro de sus rentas e intereses. En resumen, pueden ser objetos del **trust** todas aquellas operaciones para cuyo buen éxito, seguridad y protección sea útil o necesaria la intervención de un fiduciario cuyo crédito, experiencia y probidad constituyan una positiva garantía.

Expuesto a grandes rasgos lo que es la institución del *trust* en los pueblos sajones y visto el carácter pernicioso o la inutilidad del *trust* en los pueblos latinos, si entra a demostrar que el fideicomiso puede tener vida jurídica provechosa entre nosotros si se le constituye conforme al modelo inglés. Esta es la materia de la cuarta parte del trabajo. Aquí se demuestra con una serie de ejemplos prácticos que hay infinidad de transacciones que a diario se presentan en el comercio, en la banca, en los negocios privados, en las relaciones de familia, que constituyen problemas legales que únicamente pueden resolverse por medio de un fideicomiso que tenga en la ley el respaldo de efectividad que le presta la jurisprudencia anglo-sajona.

Puesta de relieve mediante estos ejemplos de la vida diaria la necesidad de un fideicomiso perfeccionado, se entra al examen del nuevo concepto con que debe adoptarse la institución sajona y con que puede amoldarse a la precisión del derecho escrito y al genio de la jurisprudencia latina. Este examen es materia de la quinta parte de mi estudio. Comparo las definiciones que se han dado tanto del *fideicommissum* como del *trust*, estudio los fines que deben alcanzarse y los peligros que deben evitarse, y mediante consideración de la esencia, el objeto, el fin y el sujeto de la institución, formulo como base de la reforma legislativa la definición siguiente:

El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada *fiduciario*, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite llamado *fideicomitente*, a beneficio de un tercero, llamado *fideicomisario*.

La sexta y última parte trata, como lo indica el epígrafe, de la reforma legislativa que propongo en la forma concreta de un proyecto de ley. Consta éste de 38 artículos que definen y regulan el nuevo fideicomiso, establecen su alcance, sus límites, y su esfera de acción, los fines para que puede ser constituido y las formas en que puede serlo; el modo y efecto de la transmisión de los bienes fideicomitados; las capacidades, incapacidades, deberes o derechos de los fiduciarios; las obligaciones que impone y derechos que confiere el fideicomiso a cada una de las personas que son partes en él, y por último, las causas y efectos de su extinción.

Cada artículo tiene un comentario tendiente a fijar su razón de ser, su significado, su alcance, su fundamento filosófico o jurídico y sus concordancias, bien con otros artículos del mismo proyecto, bien con disposiciones del derecho positivo o principios legales de aceptación universal.

Tal es el resumen del trabajo que respetuosamente someto a la ilustrada consideración del Tercer Congreso Científico Panamericano. He pensado que el tema es de interés especial para los países latinos del continente, porque las relaciones económicas, industriales, comerciales y bancarias son cada vez mayores y más estrechas entre la América septentrional y la meridional. El capital norteamericano afluje cada día más a los países del sur. Con ese capital van individuos, familias, compañías, bancos e instituciones de diverso género, y con estas personas naturales y jurídicas van sus costumbres y sus necesidades. En mi práctica de abogado he tenido numerosos casos de clientes norteamericanos en que éstos sometían a mi consulta problemas de familia o de negocios que solamente hallaban solución satisfactoria en el *trust* o fideicomiso de su país y a quienes tuve que decir con pena que las leyes del mío no les brindaban la garantía o remedio que buscaban. Pienso que esto mismo debe haber ocurrido a muchos abogados de las diversas naciones que tienen mayor contacto económico con los Estados Unidos. De allí me vino la idea de intentar la adaptación legislativa de que trata este estudio. Y así como las lenguas y las costumbres se enriquecen y perfeccionan apropiándose lo bueno que se halla en otros países, así las legislaciones, que no son cuerpos muertos, ni marcos rígidos, ni formas inmutables, deben adoptar, asimilar y conformar a la fisonomía propia aquellas instituciones que han probado sus beneficios en otras tierras. Creo firmemente que la reforma que propongo es susceptible de reportar ventajas incalculables a los pueblos de abolengo jurídico latino, pero mis muy limitadas capacidades me infunden serio temor de que mi trabajo contenga graves deficiencias o yerros. Lo someto humildemente a la crítica de los eminentes jurisconsultos que concurren al congreso, como lo he sometido ya a la censura de juristas y legisladores en mi propio país. Mi único anhelo es el de llamar la atención a un campo inexplorado de la jurisprudencia, donde creo que pueden recogerse valiosos frutos.

THE NEW FIDEICOMMISSUM

by

Dr. RICARDO J. ALFARO

(Bulletin of the Pan American Union)

Washington, D. C.

June, 1925.

THE NEW FIDEICOMMISSUM

It may be averred that the standards and principles of the law are eternal and immutable, because they are based on the idea of justice, and justice is at the same time an emanation from and a necessity of human society. But the ways in which the law acts, far from being immutable and perpetual, are on the contrary susceptible to evolution and transformation. The rules regulating the relations of civil life must find their *raison d'être* in the nature of the acts and contracts which are executed by men, and as they change in the course of time the legislative rules must also be harmoniously modified. The law, as the expression of the popular will, must be a reflection of the customs and needs of each people and each epoch. The provisions regulating the contract of purchase and sale would have no reason for existing if men should not buy and sell or should limit their commercial intercourse to the simple and primitive transaction of barter. Mortgage sprang out of the necessity for using real property as security for credit, just as had been done before with personal property in the pledge. In a word, each institution must answer to a certain manifestation of civil life in the evolution and development of social organizations. Hence, the law must regulate every relation existing or likely to exist between men. A legislation that is able to allow and make profitable all such relations as men are able to create among themselves must be considered as perfect. But when the members of a society feel the necessity for establishing among themselves certain legitimate relations, and they see themselves unable to do it because the law does not afford the means of enforcing the obligations and rights emanating from such relations, then we must needs conclude that a legislation allowing such a state of things is imperfect and deficient.

This is what happens in modern life with innumerable relations which, finding an admirable legal expression in those countries governed by the English common law, find no possible existence in those countries where the written law based on the Napoleonic code is in force. In the latter countries, which are almost entirely the Latin countries of Europe and America, the civil codes, cast in the mold of the French code, for many reasons admirable, do regulate in a

precise and methodical manner the numerous relations among the citizens. But although I believe in and I affirm most fervently the superiority of the Roman jurisprudence over the Saxon, and the immense advantages of codified law over the common law, I can not fail to remark that what the code gains in precision it loses in flexibility, and that to its better scientific methodology corresponds a lesser practical usefulness in certain ways. Each act or contract of man in society is regulated in the Latin codes in a complete and admirable manner. Each title or chapter of the code is a just and perfect expression of the respective civil relation. But, on the other hand, we see that each institution corresponds to a rigid, limited, and exact conception. It creates certain rights and imposes certain obligation. The latter and the former must correspond exactly to the kind of act executed or contract entered into. If such correspondence is lacking, such rights and obligations as it may be attempted to create will not be enforceable because the code only gives legal force to acts and contracts formulated in conformity with its traditional standards, which are precise and inflexible.

There is an institution in the English common law which is totally unknown among the Latin peoples, and these peoples would gain a great deal if they should introduce it in their civil legislation. It is the one called in English "trust," and which in Spanish should be called "fideicomiso," even though it is quite a different thing from what was so named in the Roman law and from the institution which under such denomination is regulated in the code drafted by Andres Bello and now in force in Chile, Colombia, Venezuela, and Ecuador; and even although it has no similarity whatsoever with the so-called "fideicommissary substitutions" of the old French and Spanish law.

The "trust" is in its most simple expression a transfer of property made to a person in whom confidence is reposed in order to attain with such property certain legitimate ends. The "fideicommissum" and the "fideicommissary substitutions" of the old régime were institutions dealing exclusively with estates and which aimed at the perpetuation of real property in families. But inasmuch as both the Anglo-Saxon trust and the Roman fideicommissum constituted a mandate arising out of confidence, and there not being in our language a word that can replace advantageously the one inherited from its Latin mother, it is indispensable to name in Spanish **fideicomiso** such a modern institution. and the only thing that can be done in order to avoid its being mistaken for the ancient institution is to have it pre-

ceded by the word "nuevo" (new), whereby the necessary difference would be established.

Inspired by these ideas, I wrote some time ago a treatise on the possibility of a legislative reform whereby the institution of the Anglo-Saxon trust could be established in the Latin countries in a form that should be compatible with the exigencies of our time and the character and nature of our jurisprudence.

The work comprises six parts.

In the first part are studied the origin, evolution, and development of the Roman fideicommissum, the primitive object of which was to allow the testator to favor in his succession persons unable to inherit, who were so many in the Roman society by reason of the numerous causes of incapacity established by the estate laws of Rome.

The second part deals with the system of substitutions which replaced fideicommissa in the middle and modern ages in so far as fideicommissa became an institution entailing real property in the families. For these reasons the conceptions of **fideicommissum** and **fideicommissary substitutions** were frequently confused when really the latter only corresponds to a species of the former and is something entirely different from the pure and simple fideicommissum. This is shown by a perfunctory glance over the ancient and modern legislations of Rome, France, Spain, and Italy. This part of the work aims to fix with precision the different conceptions which have been the subject of consideration for the drafting of this legislative reform, and also to impress the fact that the thing we are least endeavoring to do is to propose the enactment of rules which may make possible in the modern Latin system—liberal and democratic—the entailment of real property which was such a formidable bulwark of the old regime.

The third part deals with the **trust** of English law, which had its origin in England, where it came to life as a consequence of the enactment of the statutes of mortmain, following its extraordinary development until it becomes the complex, flexible, and useful institution existing to-day in Great Britain and in the United States. The trust, I say, has survived and has so extraordinarily developed by reason of the fact that its great flexibility and wide scope afford exceptional facilities in innumerable commercial and civil transactions. It may be instituted by will or by act **inter vivos**; in writing or by word of mouth; it may take effect during the life of the creator or after his demise; it may be

concerned with real or personal property, corporeal or incorporeal; it may be secret or avowed; public or private; presumptive or express; it may be created for a limited time or for the whole life of the creator or the beneficiary, or it may be perpetual for certain purposes of a permanent character, as, for instance, the **charitable trust**; it may have as its purpose merely the preservation of certain property or else its management, investment, administration or disposition. It may comprise property of a dowry, a donation an inheritance, a legacy, a usufruct, a commercial partnership, or receivership of property of any other kind; and besides a great variety of forms and purposes, the trust has the great advantage of being amenable to the so-called equity jurisdiction by means of which the courts, without subjection to the rigorism of the common law and by the application of admirable principles which are easily adapted to all circumstances, are able to decide any controversies and render always true and complete justice. In a word, the **trust**, in contrast with the Roman **fideicommissum**, limited to the substitution of one heir by another, has a most ample radius of action in which it acts as a universal conservator and administrator.

As a general rule, the trust may be instituted for any purposes in which the creator is interested, save those which are contrary to public order or prohibited by statute. The creation of the trust may have as its object the payment of the debts of the creator; the sale of his property for payment of his creditors; the execution **post mortem** of his legacies and bequests, the management of an industry or privilege; the payment of notes and interest thereon; the liberation of mortgages or any other liens with funds accruing from industrial or commercial properties, incomes, or interest; the preservation of future property; the payment of allowances or life pensions; the protection of the wife's property in respect to the husband's management; the preservation of real property for certain purposes of public interest; the protection and administration of the property of a spendthrift; the issuance, sale, discount, and collection of mortgage bonds on account of any commercial association, or any public or private corporation; the investment of funds of the fideicommissary (**cestui que trust**) and collection of their income and rentals. In brief, the trust may have as its object all such operations for the success, security, and protection of which is desirable the intervention of a fiduciary (trustee) whose credit, experience, and honesty constitute a positive guarantee.

After thus setting forth summarily what the institution

of the trust is among the Anglo-Saxon peoples, and after having shown the harmfulness and uselessness of the Latin *fideicommissum*, an attempt is made to demonstrate the fact that the *fideicommissum*, may come again to a profitable life in the law if it be framed and regulated in conformity with the English model. This is the subject of the fourth part of the work. Here is shown by means of a series of practical instances that there are an infinite number of transactions daily occurring in commerce, in banking, in private business, and in family relations which constitute legal problems that can only be solved by means of a *fideicommissum* having in the law the backing of enforcement given to it by Anglo-Saxon jurisprudence.

After showing by these examples of daily life the necessity for a perfected *fideicommissum*, the new conception in which the Anglo-Saxon institution must be adopted is subsequently examined in order to make it conform to the precision of the written law and the nature and character of the Latin jurisprudence. Such an examination is the subject of the fifth part of the treatise mentioned. I compare the definitions that have been given, both of the **fideicommissum** and the **trust**. I set forth the ends desirable to be attained and the dangers that should be avoided, and after careful consideration of the essence, the object, the purpose, and the subject of the new institution, I propose as the basis of the legislative reform the following definition:

A *fideicommissum* is an irrevocable mandate whereby certain property is transferred to a person, named the trustee (*fiduciario*), in order that he may dispose of it as directed by the party who transfers the property, named the creator (*fideicomitente*), for the benefit of a third party, named the *cestui que trust* (*fideicomisario*).

The sixth and last part, as indicated by its title, deals with the legislative reform proposed by me in the concrete form of a bill. This consists of 38 articles, which define and regulate the new **fideicommissum**, establish its scope, its limits, and its sphere of action; the purposes for which it may be created and the form in which it may be instituted; the manner and effect of the transfer of such fiduciary property; the capacities, incapacities, duties, and rights of the trustee; the obligations imposed and rights conferred by the *fideicommissum* on each one of the persons who are parties to it, and finally, the causes and effects of its extinction.

Each article has a commentary endeavoring to fix its **raison d'être**, its meaning, its scope, its philosophical or legal grounds, and its concordance either with other articles of

the same bill, with provisions of the statutory law or with universally accepted legal principles.

Such is the resumé of the work which I respectfully submit to the learned consideration of the Third Pan American Scientific Congress. I have thought that this is a topic of special interest for the Latin countries of the continent because the economic, industrial, commercial, and banking relations are day by day greater and closer between North America and South America. North American capital goes more and more every day to the southern countries. With that capital go individuals, families, companies, banks, and institutions of different sorts, and with all these natural and artificial entities go their customs and their necessities. In my law practice I have had numerous cases of North American clients in which they submitted to my consideration family or business problems that could only find a satisfactory solution in the trust or fideicommissum of their country, and whom I had to tell with sorrow that the laws of my country did not afford the security or remedy they were seeking. I believe the same thing must have occurred to many lawyers of the different nations who have increasing economic contact with the United States. From this I got the idea of attempting the legislative adaptation with which this study is concerned; and just as languages and customs are enriched and perfected by appropriating the good things that are found in other countries, so legislations, which are not dead bodies or rigid frames or immutable forms, should adopt, assimilate, and conform to their own characteristics such institutions as have proven beneficial in other countries. I firmly believe that the reform I propose is likely to bring about incalculable advantages to the peoples of Latin juridical ancestry, but my limited capabilities make me fear seriously that my work may contain grave mistakes or deficiencies. I humbly submit it to the criticism of the eminent jurists attending this congress, as I have already submitted it to the scrutiny of jurists and lawgivers in my own country. My only ambition is to call attention to an unexplored field of jurisprudence where I believe most valuable fruits may be gathered.

Adaptación del Trust del derecho Anglosajón al derecho civil

Curso monográfico dado por el Dr. Ricardo J. Alfaro en julio de 1947 en la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional de La Habana, sobre el tema de la adaptación del TRUST del derecho angloamericano a la legislación civil de los países de la América Latina. Publicado por la Academia en el Volumen I de los CURSOS MONOGRAFICOS y en edición separada en La Habana, Cuba, en 1948.

**ADAPTACION DEL TRUST DEL DERECHO
ANGLOSAJON AL DERECHO CIVIL**



Texto del Curso Monográfico publicado por la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, de La Habana.

ACADEMIA INTERAMERICANA DE DERECHO
COMPARADO E INTERNACIONAL

Adaptación del Trust del
derecho Anglosajón
al derecho civil

por el

Dr. Ricardo J. Alfaro

**Ministro de Relaciones Exteriores de Pana-
má, Profesor de Derecho Internacional Pú-
blico de la Universidad de Panamá.**

LA HABANA, CUBA

1948

NOTA BIOGRAFICA

El Dr. Ricardo J. Alfaro nació en Panamá en 1882 y estudió en el Colegio Balboa y más tarde en la Universidad de Cartagena (Colombia) y en la Facultad de Derecho de Panamá, obteniendo el título de Doctor en Derecho. A más de ejercer su profesión de abogado, ha tenido una intensa y brillante vida pública, desempeñando elevados cargos en su país, donde ha sido Presidente de la República, Vicepresidente, Ministro de Relaciones Exteriores, Embajador en los Estados Unidos y Delegado en numerosas Conferencias Internacionales, en las que siempre se ha destacado por su magnífica actuación.

En el campo de la enseñanza, ha ostentado los siguientes cargos: Profesor de Historia en el Instituto Nacional (1910-17), de Derecho Civil en la Escuela Nacional de Derecho de Panamá (1917-22), profesor invitado en la Universidad de Harvard (1938) y en la de San Marcos de Lima (1948). En la actualidad, desempeña la cátedra de Derecho Internacional Público en la Universidad de Panamá. Es miembro de muchas instituciones científicas europeas y americanas y ostenta diversas condecoraciones otorgadas por gobiernos de Europa y América.

Es miembro del Curatorium de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, en cuya sesión de 1947 ofreció el curso que ahora reproducimos sobre el fideicomiso del derecho anglosajón y su adaptación a las legislaciones latinoamericanas, materia en la cual es uno de los más conocidos especialistas.

I N D I C E

I.—Conceptos fundamentales	77
II.—Fideicomiso, sustituciones y <i>trust</i>	83
III.—Percepción del <i>trust</i> en el derecho civil	100
IV.—Nomenclatura y legislación	123
V.—Bases para la reforma legislativa (I)	133
VI.—Bases para la reforma legislativa (II)	152
VII.—Bases para una ley sobre institución de fideicomisos.....	165
VIII.—Equivalencias y concordancias entre la ley de Panamá y la de Puerto Rico de 1928 sobre institución de fideicomisos	171

Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil

I

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

La adaptación de los principios del *trust* anglosajón al derecho civil ha parecido siempre a algunos cosa impracticable o por lo menos, rodeada de dificultades insuperables. No hay razón para creer ni lo uno, ni lo otro. La adaptación de los principios del *trust* anglosajón al derecho civil ha probado ser cosa mucho más sencilla de lo que parece. El fideicomiso romano era en su esencia institución análoga al *trust* anglosajón, y aun ha habido autores muy respetables que han considerado que el *trust*, que cronológicamente es por lo menos diez siglos más joven que el fideicomiso romano, tuvo en éste su inspiración directa. Si no la tuvo, queda el hecho palpable de que entre las dos instituciones existe similitud esencial completa.

El *trust* o fideicomiso anglosajón es en su expresión más simple la transmisión de bienes que una persona hace a otra en quien tiene confianza para que cumpla con ellos un fin lícito en favor de una tercera persona o de sí misma. Ese fin es esencialmente, y por regla general, la conservación y administración del patrimonio fideicometido para asegurar la efectividad de la destinación o para proteger el patrimonio contra la inexperiencia, la incapacidad, la prodigalidad, la codicia, las influencias perniciosas o interesadas u otras circunstancias cualesquiera que puedan afectar perjudicialmente a la persona del beneficiado.

El fideicomiso anglosajón, por su ductilidad característica y por prestarse para llevar a cabo diversas transacciones por medio de un solo acto o instrumento, reemplaza con ventaja los contratos de mandato, de usufructo, de constitución de renta vitalicia, de enfiteusis, de depósito, de comodato, de prenda, de hipoteca, de anticresis y de venta con

pacto de retroventa. Sustituye con amplias garantías y hace más fáciles los procedimientos judiciales relativos al pago de pensiones alimenticias, cesión de bienes y concurso de acreedores. De igual modo el *trust* sustituye con insuperable ventaja el albaceazgo, la tutela testamentaria, la curatela de pródigos, menores e incapaces y la constitución de fundaciones de interés público. Y desde luego no tiene rival para la contratación de empréstitos públicos mediante la emisión de bonos, cédulas u otros valores bursátiles y con la intervención de un fiduciario responsable. Esto es así, tanto por razón de la mayor flexibilidad de la institución, como por el hecho de poderse nombrar como fiduciarios a personas jurídicas, lo que permite escoger bancos o establecimientos de crédito que ofrecen para las diversas operaciones la garantía de su responsabilidad económica, su permanencia, su técnica, sus facilidades materiales y su personal altamente especializado.

Austin Scott, profesor de la Universidad de Harvard que ha adquirido gran renombre por sus trabajos sobre materia fiduciaria, se expresa así:

“El *trust* puede ser utilizado para cualquier fin que no sea ilícito o contrario al orden público. Las obligaciones del fideicomiso pueden ser cualesquiera que el fideicomitente tenga a bien imponerle. Los beneficios del fideicomisario pueden ser los que el constituyente quiera conferirle. Los fines para los cuales puede instituirse un *trust* son tan ilimitados como la imaginación de los abogados”.

Y el profesor francés Pierre Lepaulle, quien es quizá junto con el jurista italiano Franceschelli, el civilista que más profundamente ha estudiado la institución angloamericana, se expresa así acerca de ella:

“El *trust* es el ángel custodio del anglosajón. Lo acompaña imparable por todas partes, desde la cuna hasta el sepulcro. Está en su escuela y en su asociación deportiva; lo sigue por la mañana a su oficina, por la tarde a su club. Está a su lado los domingos, ya en la iglesia, ya en el comité de su agrupación política; sostendrá su ancianidad hasta el último día; después velará al pie de su tumba y todavía proyectará sobre sus nietos la sombra protectora de sus alas”.

Esta institución tan útil ha permanecido, sin embargo, por mucho tiempo, casi totalmente proscrita de los países de legislación civil basada en el código de Napoleón. Ha influido para ello, por una parte, el aislamiento de los pueblos y el desconocimiento mutuo en lo concerniente a los sistemas jurídicos y a la administración de justicia. Y ha influido asimismo la creencia errónea de que entre el derecho civil y el derecho común o consuetudinario existe un abismo insalvable que hace imposible la adaptación del *trust* inglés a las

legislaciones de abolengo romano. Pero el acercamiento de los pueblos, el tráfico comercial, la afluencia de elementos sajones a los países latinos, la fuerza, en fin, de las relaciones humanas, han ido atrayendo poco a poco la atención de los juristas hacia las interesantes perspectivas que presenta la institución del *trust*.

En diferentes países de derecho civil los tribunales se han visto con frecuencia frente a la dificultad de hacer efectivos *trusts* otorgados en el extranjero que recaían sobre personas residentes o bienes ubicados dentro de su jurisdicción; y los abogados por su parte han afrontado situaciones y problemas que sólo podían ser adecuadamente resueltos por medio de una institución semejante al *trust* del derecho angloamericano. El haber meditado acerca de algunos de esos casos a la luz de los principios del derecho anglosajón y de las disposiciones sobre propiedad fiduciaria contenidas en el Código de Andrés Bello, que rigió en mi patria hasta, el año de 1916, me hizo ver sin ninguna dificultad, que la solución del problema era tan clara que tal vez por su misma claridad ofuscaba la mente de muchos.

La diferencia esencial que existe entre el fideicomiso romano y el *trust* anglosajón consiste en que mientras la institución romana es puramente testamentaria y sólo versa sobre herencias, la institución anglosajona es un acto entre vivos que pueda asumir infinidad de formas, que puede recaer sobre toda clase de bienes, y que se puede aplicar a una gran variedad de transacciones. Conviértase la modalidad testamentaria en acto entre vivos y tenemos a aquella convertida en institución equivalente a la del *trust*. Tan sencillo como parar un huevo de punta mediante el célebre método atribuido a Colón.

Cuando publiqué mi opúsculo sobre el fideicomiso en el año de 1920, un banquero norteamericano que era además un distinguido abogado, en carta que me dirigió acerca de mi trabajo me decía: "Yo me he preguntado con frecuencia por qué es que no se ha hecho todavía ninguna tentativa para introducirlo y he presumido que ello se debía a la dificultad de adaptar una institución peculiar a un sistema de jurisprudencia a otro sistema enteramente distinto. Pero al leer su proyecto de ley, la cosa me ha parecido más sencilla de lo que había supuesto". Y en otro pasaje de la misma carta exponía: "Que el *trust* del derecho común o algo análogo es una cosa conveniente y necesaria aquí, no puede remitirse a duda. Casi diariamente surgen casos de inconveniencia y aun de injusticias porque no tenemos esa institución. Ud. en la práctica de la abogacía ha visto muchos

de esos casos y yo deseo manifestar que nosotros los banqueros vemos tantos y aún más de esos casos en que es imposible llegar a resultados sanos y ventajosos porque no existe en esta jurisdicción nada semejante al *trust*".

Entre los casos que podrían presentarse a un abogado que son aparentemente muy sencillos, pero que no encuentran solución satisfactoria dentro del derecho civil, podría citar el siguiente: supongamos que una persona que desea obtener un préstamo considerable quiere dar en garantía del préstamo un establecimiento industrial o comercial en pleno funcionamiento y sus productos. ¿Qué contrato puede o debe otorgar el dueño del establecimiento? No será ciertamente el de hipoteca porque ésta sólo cabe respecto de bienes raíces. No será tampoco el de anticresis por la misma razón y además porque la anticresis es contrato accesorio que sólo afecta los frutos de la cosa gravada. Tampoco sería el de prenda porque el acreedor pignoraticio no tiene derecho para enajenar las cosas pignoradas. No será tampoco el de venta, ni aun con pacto de retroventa en los países donde este pacto es permitido, porque las cosas que componen un establecimiento fabril o mercantil desaparecen, son vendidas y reemplazadas por otras que renuevan constantemente las existencias. Estas mismas consideraciones demuestran que tampoco sería eficaz un contrato de depósito, que por otra parte no podría comprender los bienes raíces porque el depósito sólo cabe respecto de bienes muebles. Queda el mandato. A primera vista ocurre que este es el contrato que más analogía tiene con el *trust*, pero tan pronto como se profundiza un poco, se echa de ver que entre uno y otro hay una diferencia fundamental. El mandato deja siempre al mandatario a merced del mandante y éste conserva asimismo la facultad de enajenar los bienes que sean objeto de administración por parte del mandatario. Hay además la circunstancia de que el mandato se extingue por la muerte del mandatario. Así pues, un contrato de mandato no constituiría una garantía perfecta en favor del mutuante. Este problema en cambio, sería lo más sencillo por medio de un *trust*. El dueño del establecimiento fabril o mercantil constituiría un fideicomiso, por medio del cual lo traspasaría a un fiduciario que a su vez tendría la administración del establecimiento, y con sus frutos pagaría la deuda en los términos del contrato de mutuo y en este caso vemos como un simple fideicomiso vendría a reemplazar con ventaja y con absoluta simplicidad los contratos civiles de la hipoteca, la anticresis, la prenda, la venta, el pacto de retroventa, el depósito y el mandato.

Empero, dirá alguno, si el contrato propuesto no está

comprendido entre los que nombra, define y regula el Código Civil, será un contrato perteneciente a la especie de los innominados y comprendido en alguna de las fórmulas generales *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. Pero sométase el caso a la piedra de toque de la experiencia y se verá que no se trata de una simple cuestión de nombres.

Supongamos que en realidad se celebre un contrato innominado en virtud del cual A da en préstamo a B una suma de dinero y éste le da en garantía del préstamo un establecimiento industrial para que A lo maneje y se pague con sus productos. Supongamos que A recibe efectivamente la fábrica y comienza a administrarla, pero al cabo de un mes B la vende a un tercero, oculta o dilapida el dinero y queda de hecho insolvente. ¿Qué efectividad tiene entonces el derecho del mutuante en virtud del pacto accesorio innominado que celebró con el mutuario? ¿A qué queda reducida la garantía estipulada? El tercero comprador se presentará a reclamar los bienes muebles que constituyan el establecimiento y su título será perfecto. En derecho, él no tenía por qué conocer la existencia de un contrato que por su naturaleza no es inscribible en el Registro de la Propiedad. Por virtud de la entrega hecha según ese pacto innominado los bienes no habían sido vendidos, ni dados en prenda, ni hipotecados, ni constituídos en depósito por su dueño. Por lo tanto, éste conservaba intacto su dominio y podía transmitirlo legalmente a un tercero. La garantía era pues ilusoria, desde luego que a A no le queda sino una acción personal contra un sujeto insolvente. Por donde se ve que en el caso debatido la cuestión no es bautizar con un nombre un contrato innominado. Lo que precisa es que la Ley haga derivar de él vínculos, derechos y obligaciones que lo hagan perfectamente eficaz.

Conozco el siguiente caso que fué materia de una consulta a mi bufete. Cuatro hermanos fueron llamados a la sucesión de una tía suya. De los cuatro, tres eran personas bastante acomodadas y el último, a quien llamaremos X, carecía de bienes de fortuna y había vivido siempre a expensas de sus hermanos, dando muestras de alguna deficiencia mental, carácter caprichoso y testarudo y una tendencia marcadísima a la prodigalidad. Sus tres hermanos querían renunciar la herencia a favor de X pues el monto de ella era bastante para asegurarle una posición modesta, pero holgada. Pero para hacerlo tropezaban con serios inconvenientes. Si X entraba en posesión de la herencia, o bien la malbarataba o bien la exponía a pérdida segura por su ignorancia en los negocios, volviendo así a ser una carga para sus hermanos. No se le podía poner en interdicción por pródigo

porque la ley panameña no reconoce esa causal. Tampoco se le podía hacer declarar demente, porque en realidad no lo era. Los hermanos podían administrar el caudal inteligente y honradamente, pero quedaban en calidad de mandatarios de X y éste podía revocar el mandato y dilapidar los bienes. Se sugirió que el caudal fuera colocado en un Banco y que se le mandase a entregar por partidas mensuales, pero el capital se haría así improductivo y se agotaría en corto tiempo. Se pensó en comprar un inmueble y darlo a X en usufructo, pero esto implicaba que los hermanos conservasen la propiedad, cuando lo que querían era desprenderse de ella.

El código civil, pues, no suministraba solución al problema. El deseo de los tres hermanos sólo habría quedado cumplido mediante un fideicomiso del tipo anglosajón de manera que pudieran ellos hacer la entrega de sus cuotas herenciales, a un fiduciario para que éste administrara el patrimonio en beneficio del fideicomisario X durante su vida, pasando la propiedad a sus herederos en caso de muerte. X tendría así el usufructo, pero no la administración en virtud de las condiciones que se establecerían al crearse el fideicomiso.

Conocí también el caso de un caballero de edad madura casado con una mujer joven y muy bella con quien tenía dos hijos. Poseía una fortuna de consideración que deseaba trasmitir como herencia a sus hijos y a su esposa, a quienes amaba tiernamente. Pero le preocupaba grandemente la suerte que su cuantioso patrimonio pudiera correr después de su muerte en manos de la viuda. En primer lugar, ésta carecía de la inteligencia, energía y experiencia que se requieren para administrar con buen éxito un cúmulo de negocios como el que componía su capital. En segundo lugar, aunque no tenía reproche que hacer a la virtud de su mujer, pensaba que dentro de lo humano nada es más posible que el que una viuda joven, hermosa y acaudalada contraiga segundas nupcias. Estas dos consideraciones eran bastantes para infundir al sujeto de que hablo las más serias inquietudes. Deseaba él encontrar una forma de dejar sus asuntos arreglados de tal manera que pudiese bajar a la tumba con tranquilidad. No era posible. Los códigos civiles permiten, es verdad, la tutela testamentaria, pero aquí no tenía cabida porque no es posible quitar a la madre la administración de los bienes de los hijos, mientras ejerza la patria potestad, ni tampoco despojarla de ésta mientras observe buena conducta. Hay también lugar a la tutela de los hijos habidos en el primer enlace cuando la viuda contrae segundas nupcias. Pero este remedio legal no satisfacía al mari-

do, principalmente por no poder hacer él mismo la designación de la persona que debía servir de tutor a sus hijos. Pensaba por otra parte que la influencia del presunto segundo esposo pudiera perjudicarles antes de la celebración del matrimonio y aun después de él, por las facilidades con que pueden burlarse las disposiciones de la ley sobre estas materias.

Bien claro se echa de ver que tanto la tutela testamentaria como las disposiciones del Código sobre segundas nupcias eran ineficaces para casos como éste y que las preocupaciones de ese padre de familia sólo hubieran desaparecido si hubiera podido constituir un fideicomiso que le permitiera encomendar la administración de su patrimonio a una persona, compañía o banco que le inspirase completa confianza.

Este es un caso demostrativo de cómo el *trust* sustituye con manifiesta ventaja el albaceazgo y la tutela testamentaria.

En los países donde existe el régimen dotal en materia de bienes conyugales, el fideicomiso, tal como lo propongo, pondría la fortuna de la mujer al abrigo de la rapacidad, la ignorancia o la prodigalidad del marido con más eficacia que las precauciones establecidas por la ley. Allí donde no se conoce ese régimen, sea hecho del matrimonio, como lo establecen los códigos chileno y colombiano, sea que rija la doctrina de la separación, salvo pacto voluntario de la sociedad de gananciales, como en Panamá y en Costa Rica, el fideicomiso, modernizado y perfeccionado es igualmente útil. La mujer que no desee dar a su marido la administración de sus bienes propios, puede, según el código panameño, hacer una de estas dos cosas: o nombrar un mandatario extraño, lo que coloca al marido en posición harto desairada, o bien asumir ella misma la carga de la administración, para la cual no se halla tal vez convenientemente preparada. El padre que quisiese entregar a su hija casadera determinados bienes, sea con el carácter de dotales, sea con el de parafernales, y de cuya administración quisiera excluir a su yerno, se evitaría mil dificultades y desagradados con sólo constituir en fideicomiso la fortuna de su hija, con anterioridad al matrimonio. Teniendo ésta como fideicomisaria la propiedad y el usufructo, la administración queda a cargo de un fiduciario competente, probo y responsable y la mujer se ve debidamente protegida.

Las mismas dificultades ocurren con frecuencia tratándose de donaciones, legados y aun herencias. El donante o testador que desee asegurar el patrimonio que dona, lega o

trasmite, contra el evento de una administración negligente, aventurada o pródiga, puede ocurrir con éxito al fideicomiso.

La prodigalidad es peligro a que las más de las veces está expuesto a caer el joven que de repente se contempla poseedor de un capital sin tener experiencia ni conocimientos sólidos, que le permitan abrirse paso indemne entre las acechanzas que siempre van tras el dinero. Los padres, parientes o protectores que deseen transmitir un patrimonio al hijo, pariente o protegido tiemblan ante la perspectiva de ver disipada la fortuna que es objeto de su liberalidad. Una vez traspasados los bienes, si el beneficiario resulta pródigo, el único remedio —las más veces tardío— es la interdicción judicial, en los países donde puede ser decretada por esa causal. En Panamá, contra el pródigo dueño de sus bienes no hay recurso alguno, porque nuestro código no reconoce la prodigalidad como causa de interdicción. El donante o testador a quien le asalten los temores a que me refiero, se libra de ellos mediante la regulación del fideicomiso. Bástale poner el patrimonio en manos de un fiduciario con encargo de administrarlo en beneficio del favorecido y de entregárselo después de cierto tiempo, o bien constituir en su favor un usufructo vitalicio, concediendo la nuda propiedad a sus herederos o a alguna otra persona.

La cesión de bienes puede también facilitarse considerablemente. Un deudor —industrial o comerciante— acosado por sus acreedores, se ve frecuentemente en el caso de no desear hacer a éstos entrega de sus bienes, poniendo fin a sus negocios, destruyendo su crédito y teniendo que pasar luego por los trámites dilatados, enojosos y costosos del concurso de acreedores, consecuencia necesaria de la cesión de bienes, según varios códigos. Ese deudor sabe que el juicio de concurso de acreedores le pondrá en condiciones lamentables de deshonor y de ruina. El deudor en ese caso podría constituir un fideicomiso para obtener que el fiduciario administre el negocio y pague a los acreedores con sus productos o con los mismos bienes que constituyen el negocio. El mismo concurso puede encomendarse a un fiduciario y esto sería más rápido, más eficaz, más honorable, más seguro y menos perjudicial que lo que puede hacerse siguiendo los trámites de la generalidad de las legislaciones civiles.

Acontece con frecuencia que surgen casos para los cuales proporcionan nuestros Códigos solución evidente e indudable. Sin embargo, aun en estos casos se daría la preferencia al fideicomiso convenientemente regulado. Un deudor tiene obligaciones pendientes que puede pagar holgadamente

te con el producto de sus bienes raíces, después de tomar de la renta lo necesario para los gastos suyos y de su familia. A pesar de ésto y por administración negligente o inepta de su hacienda, el deudor no paga. Los acreedores le acosan. Se acuerda en principio la celebración de un convenio para que los acreedores administren el patrimonio del deudor y se paguen con las rentas. He aquí un caso claro de anticresis, se dirá. En efecto, lo convenido es una anticresis; pero este contrato presenta, no obstante su aparente sencillez, varios inconvenientes. En primer lugar, los acreedores no se ponen de acuerdo entre sí con respecto a aquel de entre ellos que daba manejar los bienes. El deudor, por su parte, teme que sus acreedores desempeñen la administración en una forma perjudicial o excesivamente costosa. Por último, los acreedores exigen una seguridad adicional de hipotecas, porque temen que la prodigalidad o ineptitud del deudor traiga por resultado un concurso de acreedores y ellos tienen presente que en materia de prelación de créditos la anticresis por sí sola no confiere privilegio ni preferencia.

La solución del asunto será más segura y satisfactoria si se constituye sobre la propiedad un fideicomiso temporal para que el fiduciario administre la hacienda, dé al fideicomitente lo necesario para vivir y con el resto de los frutos pague a sus acreedores. Así se evitará que después del convenio sobrevengan nuevas dilapidaciones o pérdidas, nuevas hipotecas u otros gravámenes y, por fin, el temido concurso.

Semejantes a este caso podrían presentarse otros, como por ejemplo, la pignoración de valores negociables y la emisión de bonos, cédulas u otros valores bursátiles en cantidades considerables en que se apela al capital del público para la organización de grandes empresas; y en general, las operaciones que versan al mismo tiempo sobre bienes muebles e inmuebles, sobre derechos reales y personales, y en fin, sobre operaciones o transacciones en que sea preciso llevar a cabo por medio de una sola operación lo que en derecho civil no podría hacerse, si es que puede hacerse, sino apelando a varias instituciones diferentes que en algunos casos resultan hasta contradictorias entre sí.

Los casos expuestos, que por desgracia no son poco frecuentes, la infinita variedad de ellos que puede ocurrir y otros que la lectura de estas líneas tal vez haga a cada abogado recordar o prever, bastan a mi juicio para demostrar la necesidad que existe de una institución civil mediante la cual se encuentre solución afortunada a tantos problemas de la vida práctica que nuestra legislación deja insolutos o que resuelve sólo en parte o de manera imperfecta.

Piensen algunos jurisconsultos que el derecho civil en su ordenamiento regular ofrece sustitutos capaces de cumplir todos los fines del *trust* inglés. El Dr. Pierre Lepaulle, abogado de París, ha sido campeón destacado de esta teoría. Pero ella cae por tierra con sólo comparar, como lo hemos hecho anteriormente, la manera como pueden llevarse a cabo diversas transacciones en una sola operación de *trust* con los procedimientos a que es preciso recurrir para efectuar esas mismas transacciones conforme a los cánones civilistas. Así creo haberlo demostrado en una sesión celebrada por la American Foreign Law Association de la ciudad de Nueva York el 30 de octubre de 1925, a la cual tuve la honra de ser invitado junto con el distinguido profesor francés.

La razón de ello es que en el derecho civil lo que los códigos ganan en precisión lo pierden en flexibilidad y su mayor y mejor metodología se ve contrabalanceada en ciertos casos por una menor utilidad práctica. Cada acto o contrato del hombre en sociedad se encuentra regulado en los códigos latinos de modo admirable y completo. Cada título o capítulo del código constituye expresión acabada y justa de la respectiva relación civil. Pero en cambio vemos que cada institución corresponde a un concepto rígido, limitado, exacto. Crea ciertos derechos, impone ciertas obligaciones, exige ciertas formas. Las solemnidades externas, el instrumento jurídico, deben corresponder con precisión a la naturaleza del acto ejecutado o del contrato celebrado. Si esa correspondencia falta, los derechos y obligaciones que se intenten crear carecerán de efectividad, porque el código solo imparte vida y fuerza a los actos y contratos formulados para cada relación conforme a sus normas tradicionales, precisas e inflexibles.

Cierto es que desde el punto de vista puramente funcional pueden hallarse en el derecho civil instituciones que sustancialmente llenan los mismos fines de ciertos *trusts* o de ciertos aspectos del *trust*. Casos claros hay en que un *trust* determinado puede asimilarse al mandato, al depósito, al usufructo, al concurso de acreedores, a la cesión de bienes, a la enfiteusis, a la hipoteca, a la anticresis, a la tutela testamentaria, a la curatela, al albaceazgo, al comodato, a la donación o al legado. Pero cada una de estas instituciones difiere del *trust* en cuanto a la esencia y falla en algún respecto en cuanto a los efectos que se buscan. La razón es evidente por sí misma: cada una de las instituciones que he mencionado desempeña su función peculiar y *nada más*. El *trust* puede desempeñar las funciones de todas esas instituciones y lo que es más todavía, puede desempeñarlas simul-

táneamente por virtud de un solo acto, respecto de toda clase de personas y de una universalidad de bienes. En otras palabras, algunas de las transacciones que se efectúan en los países anglosajones por medio del *trust*, pueden realizarse conforme a determinadas instituciones del derecho civil, pero los fines que pueden alcanzarse en casos complejos por medio de un solo instrumento de *trust*, no podrían serlo según las normas civilistas sino recurriendo a los preceptos de varias, a menudo numerosas, instituciones. En resumen, no hay un equivalente directo, general y completo del *trust* en el derecho civil. No lo es el fideicomiso de Andrés Bello que se halla en los códigos chileno, colombiano, ecuatoriano y algún otro, porque ese fideicomiso está vaciado en el molde romano y versa únicamente sobre herencias o donaciones; no lo es tampoco la fiducia del Código de Quebec, que en nada aventaja al de Andrés Bello, pues sólo puede ser constituida sobre donaciones o herencias; no lo es, en fin, ninguna de las instituciones que regulan los códigos civiles de los diversos países.

Pero la esencia del problema no es tanto el determinar si hay en la jurisprudencia romana sustitutos del *trust* para el efecto de dar validez y efectividad en los países de derecho civil a los *trusts* creados en jurisdicción extranjera. La esencia del problema consiste en su aspecto activo y constructivo de que nuestros países puedan gozar de las ventajas y beneficios que proporciona la institución del *trust* en los grandes países anglosajones, donde la riqueza, la población, la industria, el comercio, las finanzas, la banca, han alcanzado el volumen prodigioso que todos conocemos. El *quid* de la cuestión estriba en que nosotros demos vida a una institución jurídica que permita gozar de aquellas ventajas y beneficios.

Varias son las dificultades que se han considerado insuperables para la adaptación de los principios del *trust* inglés al derecho civil. La primera es la de considerar que la institución inglesa, como haré ver más adelante, no puede funcionar sino dentro de ese sistema que convive con el derecho común y que se denomina la equidad, concepto completamente distinto de lo que constituye mandato positivo en el derecho civil.

No hay dificultad insuperable para la adaptación del *trust* anglosajón a las legislaciones romanistas. Sea que se conserve el nombre exótico de *trust*, sea que se emplee el de *fiducia* o el de *comisión de confianza* o el de *fideicomiso*, el injerto de la institución inglesa en el derecho civil no tropieza con ningún obstáculo. En Escocia se ha dado vida al