

Los elementos esenciales del trust

POR PIERRE LEPAULLE (1)

Boletín mensual de la Sociedad de Legislación Comparada. - París, 1930; págs. 466
y siguientes.

1.º UN PATRIMONIO DISTINTO.

Siendo el trust un patrimonio afectado, es natural que su primer elemento esencial sea la existencia de un patrimonio distinto llamado en el vocabulario anglosajón *res*.

Es preciso, por lo tanto, para constituir este elemento: 1.º Que haya un patrimonio, esto es, un activo, y 2.º, que este patrimonio sea distinto, esto es, sustraído a los patrimonios de los sujetos de derechos, y constituya un todo independiente. Examinemos sucesivamente los dos puntos.

I

Todo valor positivo, ¿puede constituir una *res*? No.

Se afirma generalmente que la *res* puede ser constituida por todo lo que es susceptible de estar sometido al derecho de propiedad; es inexacto, porque es demasiado restricto. Creemos, en efecto,

(1) Con el objeto de que nuestros lectores, que ya conocen los elementos jurídicos del trust (véase el núm. 40 de esta Revista, págs. 288 y siguientes), puedan hacerse cargo de la riqueza y flexibilidad de esta institución, hemos ordenado la traducción de este artículo, suprimiendo sus copiosas y eruditas notas, de difícil confrontación y menor interés.—(*Nota de la Redacción.*)

to, que el trust se define en función de la noción de patrimonio y no de la de propiedad. Así es que descubrimos sin extrañeza, al hacer la síntesis de la jurisprudencia, que todo elemento activo del patrimonio puede servir de *substratum* al trust. Resulta de aquí que la *res* no se compone de elementos materiales, sino de derechos, y que estos derechos lo mismo pueden ser de crédito que reales.

No puede tratarse más que de derechos patrimoniales, con exclusión de los personales y de familia, por ser el trust un patrimonio afectado. En principio todos los derechos patrimoniales pueden constituir una *res*, salvo las excepciones siguientes :

1.º Los derechos patrimoniales que por cualquier razón no sean transferibles. Esta excepción es fácilmente comprensible, pues por consistir la creación de un trust en la formación de un patrimonio distinto exige necesariamente una transferencia; el fundamento de ella determina el límite, pues si el *trustee* llega a ser titular de un derecho de esta especie, durante la vigencia de un trust, nada se opone a que este derecho se incluya en la *res*.

2.º Los derechos patrimoniales que el orden público o un texto de ley prohíbe constituir en trust. Son muy raros y su importancia es mínima. El consistir el *substratum* del trust en derechos subjetivos puede a primera vista engendrar confusión en el espíritu. El lector pensará desde luego que si el trust es un patrimonio afectado, si es una noción objetiva, ¿cómo se descubre al analizarlo que se compone de derechos subjetivos? Esta objeción muestra lo difícil de la institución jurídica que estudiamos. El trust está protegido y sancionado por toda una serie de derechos: por una parte, los derechos del *trustee*, que le permitirán asegurar su misión (derecho de ejercer las acciones posesorias, petitorias, de hacer contratos relativos a la cosa para conservarla o explotarla) o ser amparado (derecho de hacerse reembolsar los gastos justificados), y por otra, derechos del beneficiario, si lo hay, de exigir del *trustee* la ejecución del trust y obligar a los terceros a respetar el trust. Es evidente también que una afectación de patrimonio no puede ser una institución jurídica si no está sancionada jurídicamente, y no puede estarlo más que por derechos subjetivos. No hay contradicción; sino un lazo necesario entre el trust, afectación

de patrimonio, y los derechos subjetivos, que aseguran esta afectación.

Pero se dirá que los derechos subjetivos no sirven solamente para sancionar el trust, constituyen aun su *res*, esto es, su medula, que da la sustancia.

No. Ellos constituyen la materia prima indispensable para su formación, y toda materia prima es completamente diferente del producto terminado. Es cierto, por ejemplo, que un derecho de propiedad sobre una mesa tiene como materia prima esa mesa, y sin embargo, el derecho y la mesa son radicalmente diferente uno de la otra.

Pero, se insistirá, los derechos subjetivos no desaparecen cuando el trust funciona; se les vuelve a encontrar vivos con su individualidad propia. Por ejemplo, el *trustee* podrá ejercer una acción petitoria, si la *res* es un derecho de propiedad, lo que no podrá hacer en ninguna otra hipótesis. Este ejemplo ¿no muestra que trust y propiedad individual pueden estar en el plano jurídico, como los dos focos de una elipse, toda vez que el uno puede englobar al otro?

No. Los derechos subjetivos no reservan necesariamente para el interior del trust su vida y su individualidad. Creemos que un trust que recibe en dote, por decirlo así, una plena propiedad, puede muy bien suprimir por el mismo derecho de su constitución el *jus utendi* el *jus fruendi* y el *jus abutendi*. Pero entonces, ¿a qué quedan reducidos esos derechos subjetivos y cuál es esa *res* cuya noción parece escapar a nuestras investigaciones cada vez que nos esforzamos en aprehenderla? Para responder, elijamos un ejemplo entre los derechos reales, lo cual nos permitirá a la vez esclarecer una cuestión delicada y responder a la segunda parte de la objeción. Un padre constituye un trust testamentario, en cuya virtud confía una finca a un *trustee*, con la misión de *arrendarla* y de afectar sus rentas en primer lugar a la instrucción del hijo de testador, en la medida que el *trustee* juzgue útil, y después para los huérfanos más dignos de protección. El trust debe terminar a la mayor edad del hijo. Es claro que sólo un usufructo constituye la *res*, que la nuda propiedad queda enteramente en el dominio individual. En cuanto al derecho concedido al trust, ¿qué llegará a ser desde que se constituya? 1.º El representa el límite máximo

del activo del trust. Así para saber si una corta de madera, los censos sobre una mina, las margas de una cantera pertenecen al trust o no, consultaremos la legislación y jurisprudencia relativas a nuestro usufructo.

Decimos límite máximo, porque puede suceder que ciertos elementos del derecho puesto en trust, incompatibles con la afectación prevista, sean suprimidos; en nuestro ejemplo no existe el *usus*, puesto que el *trustee* debe arrendar la finca y nadie tiene derecho al *fructus*, y el *trustee* nada puede guardar para él: el hijo solo adquiere lo que el *trustee* quiere darle y ningún huérfano pobre tiene derechos adquiridos. Tenemos, pues, un trust de usufructo en el que nadie tiene derecho al *usus* ni al *fructus*. El patrimonio del trust es, por lo tanto, un patrimonio afectado y no un haz de derechos.

2.º El derecho puesto en trust determina las sanciones jurídicas variables que deben asegurar la ejecución o la protección del trust. Así, en nuestro ejemplo, las reglas aplicables al usufructo determinarán cómo el *trustee* puede proteger la sustancia del trust, con qué acciones puede combatir al que turbe su goce y qué reparaciones puede exigir del nudo propietario.

3.º Finalmente el derecho puesto en trust sirve para determinar lo que ha quedado fuera del trust. Así en nuestro ejemplo, si es claro que sólo ha sido afectado un usufructo, resultará que la nuda propiedad ha quedado disponible en su integridad. Es, pues, importante determinar en cada caso particular qué derechos constituyen la *res* y cómo se ha hecho tal determinación.

El examen de la jurisprudencia y, para Inglaterra, de la ley, nos lleva al establecimiento de este principio general: la *res* está constituida por los derechos que son necesarios y suficientes para la realización de la afectación prevista.

Si este principio se aplica sin dificultades especiales cuando se trata de derechos de crédito, se hace más delicado cuando se trata de derechos reales inmobiliarios. En efecto, el derecho anglosajón conocía y conoce todavía, sobre todo en «Equity», una jerarquía de derechos reales más compleja que nuestra división bastante simple, de habitación, usufructo y nuda propiedad.

La cuestión se suscitará siempre que la *res* sea susceptible de propiedad. ¿Qué derecho de propiedad constituye la *res*? El de-

recho americano responde: El primer escalón, empezando por abajo, que es necesario y suficiente para permitir al *trustee* cumplir su misión de la manera que sea determinada en el acto constitutivo.

Antes de 1926, el derecho inglés adoptaba en principio la misma regla formulada en estos términos por Lewin, el gran autor clásico inglés, sobre la materia: «En primer lugar, cada vez que se constituye un trust, existirá un derecho de propiedad suficiente para su ejecución en todos los casos en que sea posible esto, presumiendo que se ha puesto en trust. En segundo lugar, este derecho de propiedad no se extenderá a más de lo necesario para asegurar la ejecución completa del trust.»

Como se ve, Lewin hace una restricción al decir: «en todos los casos en que esto sea posible». Sucede muchas veces, en efecto, que es imposible a causa de la rigidez de los modos de transferencia de los inmuebles intervivos, no transmitiéndose ciertos derechos más que por ciertos actos determinados, cuya forma e interpretación están fijadas por reglas estrictas.

Por ejemplo, si el acto traslativo está *sous sceau*, la *res* será constituida como derecho inmobiliario en la forma acordada por una estricta interpretación de los términos de este acto solemne. Sin embargo, es particularmente significativo comprobar que la noción de la afectación llega a hacer decaer el formalismo más rígido. En efecto, si la interpretación estricta del acto traslativo debiera conducir al resultado contrario a la existencia o a la marcha normal del trust, los tribunales no dudarán en suavizar este método de interpretación en la medida necesaria a la realización de la afectación. Desde el 1.º de Enero de 1926 parece a primera vista cambiada la situación en Inglaterra por la *Settled Land Act* de 1925, que declara que el que tiene derecho a la posesión (al que nosotros llamamos usufructuario) es *trustee* de la plena propiedad para todos los interesados, comprendido él mismo. Resulta de aquí que en los trusts inmobiliarios, la *res* será desde entonces y siempre la plena propiedad. Precisemos esto con un ejemplo: Un *settlor* constituye por testamento un susufructo en trust para su mujer; la *res* no será plena propiedad, pero el *trustee* tendrá el usufructo en trust para la mujer en virtud del acto constitutivo y

la nuda propiedad en trust para los herederos del testador en virtud de la ley.

Pero en realidad la *Settled Land Act* no ha cambiado en nada el principio fundamental, porque para saber qué derecho de propiedad constituye la *res* reservada a la afectación prevista por el acto constitutivo es preciso hoy, como antes, aplicar la regla general formulada por Lewin. Si la *res* implica, sin embargo, el derecho de plena propiedad, es porque la ley constituye un trust para el resto de propiedad que no se ha utilizado por el trust expresamente. Así en Inglaterra como en América, la afectación determina los derechos constitutivos del patrimonio puesto en trust.

Es preciso determinar no sólo la extensión de los derechos que constituyen la *res*, sino también su naturaleza mueble o inmueble. A primera vista el lector se extrañará y sufrirá la tentación de objetar: «Esta cuestión no tiene nada de especial, con relación al derecho de los trusts; si yo pongo una finca en trust, sé bien que mi finca es un inmueble.» Sería una objeción natural, pero sin ningún alcance. Lo que sucede es que, en efecto, la afectación está de tal modo ligada a la *res* que la penetra por completo.

Si, por ejemplo, una finca está puesta en trust con la misión de que la vendrá el *trustee*, coloque el precio en Obligaciones de Ferrocarriles y afecte sus rentas a tales o cuales objetos, la *res* será mobiliaria; si fuese lo contrario, esto es, si valores mobiliarios se pusiesen en trust con la misión para el *trustee* de venderlos y comprar con el precio una finca, la *res* sería inmobiliaria. Por lo tanto, la *res* será mueble o inmueble, no según la naturaleza de los derechos puestos en trust, sino según la naturaleza de los que deben, en definitiva, constituir el trust. Por lo cual, si el *trustee* no respeta las instrucciones del *settlor* relativas a la *res*, sea en el momento en que nace el trust (no vendiendo, por ejemplo, la finca), sea posteriormente (efectuando, por ejemplo, a pesar de los términos del acto constitutivo, un cambio de bienes muebles por inmuebles), no habrá variación en la calificación de la *res*, que quedará mueble o inmueble. Naturalmente, si el *trustee* puede a su arbitrio colocar los fondos del trust en muebles o inmuebles, la naturaleza de la *res* será la misma que la de los bienes de que se compone efectivamente a cada momento.

En resumen: un trust no puede constituirse más que con derechos patrimoniales susceptibles de ser transferidos. Estos derechos quedan amputados de aquellos elementos propios que son contrarios a la realización normal de la afectación prevista; representan el límite máximo del activo del trust y definen la naturaleza de las sanciones que lo protegen. Finalmente, para determinar la extensión de la naturaleza de los derechos que el *settlor* ha querido poner en trust, el principio director es aquí, como siempre, la afectación prevista.

II

Para que exista una *res* es preciso también que el propietario de los elementos del patrimonio, de que acabamos de hablar, tenga la intención de constituirlos en unidad distinta:

A) De su propio patrimonio; B) del *trustee*, y C) del del *cestui* (beneficiario).

A) Entramos ahora en un dominio extremadamente flúido, que nos muestra lo delicadas que son las ideas que manejamos, cuando se quiere profundizarlas. Supongamos, por ejemplo, que un propietario confía la gestión de uno de sus *chateaux* a un intendente. Se podría decir: he aquí una *res*: el *chateau*; una afectación: la gestión del *chateau* por cuenta de un individuo; alguien encargado de realizar esta afectación: el intendente; he aquí, pues, un trust. Esto sería manifiestamente inexacto, y la razón es que no existiría verdaderamente una *res*, porque el propietario no ha tenido jamás la intención de separar esos bienes de su propio patrimonio, ha concedido simplemente un mandato. Pero entonces, ¿dónde está la línea de separación? El criterio es claro: si el *settlor* ha tenido la intención de constituir sus bienes en una entidad distinta separándolos de su patrimonio, se constituye una *res*; si no existe tal intención, no habrá trust. Por lo tanto, es necesario que el *settlor* haya tenido la intención de hacer salir la cosa de su patrimonio sin hacerla caer en el del *trustee* o en el del *cestui*; la cosa debe quedar, por decirlo así, en suspenso entre esos tres patrimonios; si no tiene bastante impulso, queda en la propiedad del *settlor* y no hay trust; si tiene demasiado, por el contrario, cae en el patrimonio del *trustee* o del *cestui* y el trust no existe.

1.º Si el *settlor* ha querido conservar la cosa en su patrimonio afirmamos qué no puede haber trust, aunque naturalmente nada impida que exista mandato, depósito, gerencia de negocios, etc. ; mas si los bienes han salido del patrimonio del *settlor*, existirá trust, aunque los bienes puedan volver posteriormente a su patrimonio por su sola voluntad, porque un trust revocable es perfectamente válido.

2.º No es preciso tampoco que el titulado *settlor* haya tenido la intención de pasar los bienes al patrimonio del *trustee*, porque entonces no habría trust, sino donación al *trustee* con carga o estipulación para otro, o crédito o contrato ordinario. Es preciso que la misión del *trustee* recaiga sobre los mismos bienes que recibe ; es preciso que los bienes le sean confiados simplemente para realizar el fin que le está asignado y no es necesario que llegue a ser propietario de ellos.

La distinción entre el trust, de una parte, y la donación con carga y la estipulación a favor de otro, por otra, es bastante clara, para dispensarnos de toda aclaración. .

Por el contrario, la distinción entre el trust, crédito y contrato ordinario necesita alguna explicación.

Pongamos un ejemplo para distinguir el trust del crédito : Yo pongo dinero en un Banco con misión de colocarlo en el plazo de dos meses. Es bien cierto que cuando el Banco haya colocado el dinero, será *trustee* de los títulos ; pero antes, ¿cuál será la situación ? Depende de lo siguiente : Si se ha entendido que el Banco debe conservar los fondos completamente separados, de tal manera que puedan ser completamente individualizados, es un trust ; si, por el contrario, el Banco está autorizado a mezclar los fondos con los suyos, será propietario evidentemente y mi deudor ; y aplicando el mismo criterio, un *trustee* puede transformarse en simple deudor. Tal será el caso de un Banco que recibe una letra para el cobro ; es *trustee* de esa letra hasta el momento del cobro, pero después es deudor de la suma recibida, porque está autorizado a mezclarla con sus propios fondos.

Esta distinción entre el trust y el crédito tiene una importancia práctica considerable, porque el *cestui* tiene un derecho de preferencia y de persecución que está prohibido al simple acreedor.

El mismo criterio diferencia el trust del contrato ordinario : si

los bienes deben entrar en el patrimonio del *trustee*, no hay trust. Así, si yo hago descontar un efecto de comercio, el Banco que haga el descuento llega a ser propietario de la letra en virtud del contrato realizado con él, y por consiguiente no puede ser *trustee* del efecto ; del mismo modo si doy dinero a una persona para que haga algo por mí, es un contrato, no un trust.

3.º Finalmente no es necesario que el titulado *settlor* haga pasar los bienes al patrimonio de los *cestuis*, porque queriendo hacer demasiado, habría rebasado el fin señalado al trust ; mediante este criterio se distingue el *trustee* del mandatario, del ejecutor testamentario, del administrador de una sociedad.

Yo hago regentar mi *chateau* por un intendente ; hay simple mandato, porque uno al goce la plena propiedad. Soy legatario de los bienes que me han sido entregados por el ejecutor testamentario : he llegado a ser propietario a la muerte del testador antes de tener el goce ; no hay trust. Soy menor, mis bienes son administrados por un tutor, pero están en mi patrimonio : tampoco hay trust. El administrador delegado de una sociedad no es *trustee*, porque ha administrado para la sociedad propietaria del activo y para el accionista propietario de la acción.

Cuando varias personas forman una sociedad de hecho, poniendo los fondos entre las manos de un gerente encargado de utilizarlos para la realización del objeto para el que le han sido entregados y para el beneficio de los asociados, la distinción es aún más delicada. En efecto, los *settlers* son, al mismo tiempo, los beneficiarios, y los individuos que quieren unirse para montar un negocio procuran frecuentemente reservarse a la vez las ventajas de una y otra institución ; de una parte pretenden como *cestuis* evitar prácticamente casi toda responsabilidad personal ; de otra, desean que el director del negocio sea un mandatario dócil incapaz de hacer nada sin ellos y revocable *ad nutum*.

Por esto, cuando los acreedores de una tal sociedad persiguen personalmente a los asociados, y éstos replican : «diríjlos al trust», el Tribunal decide frecuentemente que la respuesta es demasiado simple, que no basta llevar la etiqueta del trust, sino que es preciso tenerlo constituido, no encargando simplemente a un mandatario administrar ciertos bienes, sino constituyéndolos en patrimonio distinto del de los beneficiarios ; así, si los beneficiarios

tienen la dirección efectiva del negocio, no siendo el titulado *trustee* más que una persona revestida de poderes bajo su dependencia, no hay trust, porque los bienes están en realidad en el patrimonio del *cestui*.

El principio se desprende claramente: puesto que el trust es un patrimonio afectado, es preciso que el *settlor* vaya bastante lejos, para hacer salir los bienes del patrimonio; pero no debe llegar a hacerlos caer en el patrimonio del *trustee* o en el de los beneficiarios.

Si el principio es claro, su aplicación es frecuentemente delicada. Será preciso, en cada especie, descubrir lo que el *settlor* ha querido hacer; todo gravita alrededor de su intención. Es, pues, una cuestión de hecho, y nos contentaremos simplemente con indicar el modo como la jurisprudencia aborda el problema. Procura resaltar la dificultad esforzándose en determinar si el *settlor* ha tenido intención de crear un trust; después de la intención general induce la intención particular de constituir un patrimonio distinto, pues el que quiere el fin, quiere los medios; pero si la intención de crear un trust no está clara, es preciso entonces descubrir, sin el apoyo de ningún criterio, si el titulado *settlor* ha querido o no constituir un patrimonio separado.

Para resolver el problema, la jurisprudencia plantea la cuestión siguiente: ¿Es necesario o simplemente útil crear un patrimonio distinto para permitir la realización del fin que el titulado *settlor* quiere realizar? Si esa respuesta es negativa, no hay patrimonio distinto ni trust.

Mas la recíproca no siempre es exacta, y puede suceder muy bien que sea útil constituir un patrimonio distinto, y, sin embargo, no haya trust. Así sucede cuando el titulado *settlor* es también el beneficiario y desea reservarse las ventajas del trust, sin querer, sin embargo, aceptar sus inconvenientes, y entonces buscará la jurisprudencia cuál es el fin esencial que domina a los demás, y debe hacerlo resaltar para calificar la institución jurídica que ha sido creada.

Acabamos de ver lo que debe ser la *res* en el momento de la constitución del trust. Tenemos que estudiar ahora lo que llega a ser esta *res* mientras dura el trust.

Desde que el trust ha recibido, por decirlo así, en dote un haz

de derechos; estos derechos se constituyen en patrimonio distinto, de modo que el activo representado por esos derechos es el asiento verdadero del trust, su *res*. Mientras los bienes puestos en trust son conservados *in specie* por el *trustee*, ninguna dificultad se presenta; pero si se venden, permutan o mezclan con otros de la misma naturaleza, de tal modo que pierdan su individualidad, empiezan a surgir las dificultades. En efecto, si la cuestión de identidad del patrimonio es ordinariamente simple, porque hay un sujeto de derecho, que es su titular, y cuya identidad es fácilmente determinable, se hace más delicada cuando no haya propietario y nos encontramos ante un patrimonio afectado. Desde el punto de vista teórico no hay dificultad, porque el principio es claro: la *res* subsistirá en tanto que el activo que representa en su origen subsista en estado distinto.

Desde el punto de vista práctico tampoco hay dificultades, cuando el *trustee* obra correctamente; en efecto, si la *res* es dinero, debe colocarlo en cuenta especial; si no es dinero se presenta una doble alternativa:

1.^a O los bienes puestos en trust son fungibles, o no lo son; si lo son, el *trustee* debe ponerlos aparte para conservar su individualidad; si no lo son, están por definición determinados y no hay dificultad en reconocerlos.

2.^a O bien el *trustee* está autorizado para disponer de los bienes por venta o permuta, o no lo está; en el primer caso, si se contenta con ejercer los derechos que tiene por el acto constitutivo, o por los principios generales del derecho de los trusts, la *res* llegará a ser la contrapartida recibida; en el segundo caso, el *trustee* conserva *in natura* los bienes constituidos en trust y no hay problema.

Prácticamente, cuando el *trustee* ha mezclado los fondos del trust con otros fondos o ha dispuesto irregularmente de los bienes puestos en trust, es cuando existe la cuestión embarazosa de saber si el patrimonio puesto en trust ha conservado su identidad a través de las mezclas, ventas o permutas de que ha podido ser objeto. Como esta noción de identidad de patrimonio es extremadamente fluida, es indispensable dar las reglas que se han fijado por la jurisprudencia y constituyen, por decirlo así, las boyas que jalónan el canal.

1.^a *Regla del Clayton Case*.—Cuando el *trustee* ha mezclado en la misma cuenta del Banco fondos pertenecientes a varios trusts, los fondos primeramente retirados se presume que son los que se depositaron antes. Por ejemplo: si el *trustee* deposita 1.000 libras para el trust X, el 15 de Enero y otras tantas el 1.^o de Febrero para el trust Y, después retira 1.000 el 15 de Marzo y las disipa, la totalidad del resto pertenece al trust X.

2.^a *Regla de in re Hallettis State*.—Cuando un *trustee* mezcla en una misma cuenta su propio dinero y el del trust, se presume en derecho que ha retirado primero sus fondos personales.

3.^a Sin embargo, si el dinero primeramente retirado se ha colocado en valores, habiéndose disipado el retirado después, el dinero disipado se supone que es del trust.

4.^a Si el *trustee*, después de haber mezclado sus fondos con los del trust, disipa, no sólo todo lo suyo, sino también una parte del dinero del trust, la *res* habrá desaparecido en la medida en que haya disminuído.

Fuera de los casos en que el dinero haya sido disipado, hay otros en que los bienes puestos en trust serán ilegalmente vendidos, pignorados o mezclados y la situación desde luego es embarazosa. ¿Hay una *res*? ¿Hay dos, o no hay nada? El derecho anglosajón adopta sobre este punto una solución que parece perfectamente racional, desde que se conoce la verdadera naturaleza del trust. Pongamos un ejemplo concreto: Una finca se pone en trust. El *trustee* no tiene por hipótesis el derecho de venderla o permutarla; sin embargo, la permuta por una casa de renta que vende en seguida en 4.000 libras, apuesta en las carreras con tal dinero y gana 2.000. Se puede razonar así: la finca, si está en trust, no ha estado jamás en el patrimonio del *trustee*, no podía, pues, permutarla, y el *cestui*, ejerciendo su derecho, puede reclamarla, en tanto que no la haya comprado un tercero de buena fe. La finca, pues, continuar siendo la *res* del trust.

Pero el propietario del inmueble de renta, que ha ayudado al *trustee* a cometer un acto ilegal con conocimiento de causa, no puede invocar la nulidad de la permuta (*nemo propriam turpidinem auditur allegans*): si los beneficiarios no la invocan tampoco, podrán decir evidentemente que la casa de renta es el activo que re-

presenta la finca que reemplaza su valor, que es el mismo patrimonio, y, por lo tanto, el inmueble es la *res*.

Lo mismo se puede decir, *mutatis mutandis*, para el precio de 4.000 libras y para el resultado feliz del juego 4.000 más 2.000 igual 6.000 libras.

¿Habrá, pues, cuatro *res*? No puede haber más que una. ¿Cuál de las cuatro es la verdadera? Como todas las operaciones hechas por el *trustee* son ilegales por el mismo título, no hay razón para elegir una con preferencia a otra. Hay que elegir, sin embargo; evidentemente, no pueden hacerlo ni el *trustee* ni los terceros que son partes en las transacciones fraudulentas; sólo podrá verificarlo el beneficiario, y este derecho de selección le suministra un arma particularmente eficaz.

Así la noción de identidad del patrimonio, que es la idea central de todas las reglas, aparece a la vez en perfecta armonía con la esencia misma del trust y como un medio temible puesto entre las manos del *cestui* para permitirle obligar al *trustee* y a los terceros a respetar la afectación prevista.

2.º UNA AFECTACIÓN

Al ser el trust un patrimonio afectado, la afectación es un elemento esencial a la existencia del trust. Si no se ha previsto una afectación, el trust es nulo; éste es el caso de los titulados *passive trusts*. Si el *settlor* se contenta con transferir bienes a X *in trust* para Y, sin especificar más, X no es más que una persona interpuesta inútilmente; y tiene el derecho de exigir de X la transferencia de la propiedad. Los *passive trusts*, por no haber afectación, no son trusts en realidad.

La afectación naturalmente debe ser objetivamente determinada o determinable, pues de otro modo el trust no será una institución jurídica al no ofrecer a los magistrados ningún medio de control; mas si se cumple tal condición, poco importa que la afectación sea muy amplia.

En los límites del orden público, la afectación es absolutamente libre. La perfección del trust procede precisamente de que refleja toda la vida y puede contener mezclados todo lo ridículo y

todo lo grande de los deseos, de los ideales humanos: por eso el trust puede cumplir todas las funciones enumeradas en otro lugar, y puede adaptarse a las condiciones sociales que el porvenir reserva a nuestros hijos, como ha sabido plegarse a las que estaban sometidos nuestros pasados.

No es necesario que el trust se constituya en provecho de un sujeto de derecho.

También se puede constituir en provecho de grupos, que no están dotados de personalidad moral, como, por ejemplo, una tribu de indios o asociaciones de hecho (como clubs) o para cumplir una misión de interés privado, que no aproveche a ningún individuo (como la erección o conservación de monumentos elevados en lugares privados o a la gloria de personas indiferentes para el público).

Un *trust* también puede ser creado para el alma de un muerto (decirle misas) o en provecho de animales (cuidar los caballos y los perros del testador después de su muerte). También una jurisprudencia, ya considerable y de más importancia cada día, establece que la afectación puede ser tan libre y fugaz como pueden concebirla los hombres, en tanto que permanezcan dentro de los límites fijados por el orden público.

Si el *cestui* es de hecho un individuo, parece a primera vista que el problema de la capacidad de recibir no debería presentarse, puesto que un muerto, y también los animales, pueden ser *cestuís*.

Esto sería, sin embargo, un error, porque llegaría a ser muy fácil alterar la ley. Si, por ejemplo, el derecho prohíbe a los enfermos hacer legados al médico que los ha asistido durante su última enfermedad, no puede permitir llegar a los mismos resultados por medio de un trust. De una manera general, se prohíbe hacer, por medio del trust, lo que el orden público o leyes imperativas prohíban hacer de otra manera.

Así el problema de la incapacidad de recibir se plantea sobre su verdadero terreno y evita una confusión muy frecuente en las demás partes del derecho: cuando un *cestui* es incapaz de recibir, no es nunca a causa de una incapacidad de la técnica jurídica; es sólo porque el derecho estima que no es preciso que tal o cual persona obtenga un beneficio de tal o cual situación. En último análisis, la cuestión jamás se plantea como un problema de capa-

ciudad, sino en función del orden público. Así, dentro de los límites del orden público, no importa quién puede ser el *cestui*.

¿No hay, sin embargo, al menos una persona que no pueda ser *cestui*: esto es, el mismo *trustee*? No; el *trustee* también puede ser un beneficiario.

Sin embargo, es imposible que sea el único beneficiario, puesto que en su calidad de *trustee* puede ejercer contra los terceros todos los derechos que se derivan del de propiedad y en su calidad de único *cestui* obtiene todo el beneficio de la cosa; no hay, pues, patrimonio afectado y la propiedad individual se reconstituye.

No es necesario que los beneficiarios hayan sido concebidos en el momento de la constitución del trust; basta con que lo sean en el momento en que el trust debe ser ejecutado; ni es tampoco necesario que sean nominativamente designados; los intereses beneficiarios pueden estar representados por títulos al portador. Se podría tal vez objetar que la relación *trustee-cestui* es una relación fiduciaria y se concibe mal una relación de este orden frente a una persona anónima. La respuesta es fácil: el carácter fiduciario de esta relación es unilateral y pesa únicamente sobre el *trustee* frente a un *cestui*, en cierto número de relaciones particularmente estrictas; pero nada se opone a que estas obligaciones existan frente a personas que pueden reemplazarse unas por otras; esto es tan verdad que en la mayor parte de los trusts el interés beneficiario puede ser transferido por el *cestui* a un tercero sin asentimiento del *trustee*.

Si en principio la igualdad entre los *cestuis* se presume de hecho, nada impide el acto constitutivo de conceder a algunos una situación privilegiada; por lo tanto, en un trust en que los intereses estén representados por títulos al portador, pueden existir acciones privilegiadas; así el trust evoluciona en plena libertad dentro de los límites del orden público; ningún obstáculo técnico impide afectar los bienes en conformidad con la voluntad del *settlor*.

¿Quiere esto decir que la voluntad del *settlor* es soberana y que se interpretará según las mismas reglas que cualquier expresión de voluntad en el dominio jurídico? En otros términos: La

intención del *settlor* y la afectación ¿son idénticas? No. La distinción, llena de matices, es delicada, pero esencial.

Sin embargo, el punto de partida es el mismo; si esas intenciones del *settlor* pueden ejecutarse a la letra sin inconveniente, es evidente que deben serlo; si no pueden serlo, el trust caduca. Cuando el *settlor* ha prescrito todas esas condiciones como *sine qua non* de la existencia del *trustee*, es evidente que el propietario es siempre libre de no transferir sus bienes, aunque se trate de un contrato, de una donación, de un legado o de un trust, sino en las condiciones que le parezca oportuno imponer, y es bien cierto que los *settlers* imponen frecuentemente condiciones de esta naturaleza sobre los puntos que les parecen esenciales. En la medida en que lo hacen coinciden intención y afectación.

Pero ordinariamente sólo lo hacen en una medida bastante limitada, por tres razones:

1.^a El trust se constituye siempre para durar cierto tiempo. En principio puede durar indefinidamente, si se trata de un trust caritativo: se impone, por lo tanto, permitir la adaptación a circunstancias nuevas que no se han podido prever en el momento de su constitución.

2.^a El trust se realiza esencialmente gracias al *trustee*, elegido entre todos por su competencia e integridad y en el cual se confía. Es, pues, normal que el *settlor* lo considere como continuador de su pensamiento, encargado de tomar las disposiciones nuevas que imponga la necesidad.

3.^a Finalmente, el mismo espíritu de la institución se opone a la rigidez; constituir un trust es conceder una misión, esto es, dar directivas generales; es en cierto modo dar vida propia al patrimonio que se le afecta.

Así el problema de la interpretación de voluntad se plantea de una manera especial en materia de trust. Si hago un contrato, todas las condiciones que imponga serán consideradas en principio como *sine qua non*; si fundo un trust, serán interpretadas normalmente como directivas dadas al *trustee*, cuyo deber será análogo al que Foch asigna al oficial sobre el campo de batalla: debe seguir las instrucciones recibidas en toda la medida compatible con las circunstancias que predominan en el momento de la acción; debe tener la visión de los fines diversos perseguidos por los que

le han dado tales instrucciones y esforzarse en realizarlas, consagrándose en todo lo posible a los más inmediatos.

Es, pues, frecuente, interpretando normalmente la intención del *settlor* llegar a no seguir las prescripciones que habrá impuesto en términos perfectamente claros.

Pero cuando los términos no son claros, cuando la intención es dudosa, se ve clara la diferencia entre el trust y las demás instituciones. En efecto, cuando dos interpretaciones son posibles, en lugar de penetrar en el espíritu del donante, la jurisprudencia tomará como punto de partida la función que debe cumplir el patrimonio afectado. Afectación e intención muestran así la diferencia que les separa; la intención implica una interpretación psicológica, en tanto que la afectación sólo la requiere funcional; separándose insensiblemente de la intención, la afectación llega muchas veces a contradecirla.

En efecto, existen casos en que la intención del *settlor* no será seguida, aunque esté claramente expresada y sea lícita y fácilmente realizable. Esto ocurre en los casos en que una intención particular del *settlor* parece poco en armonía con la afectación general dada al patrimonio.

Que cuanto más amplia sea la afectación y cuanto más tiempo deba durar el trust mayor será el poder del *trustee*, es evidente; y por el contrario, cuanto más limitado es el fin, más se reduce la afectación a la interpretación pura y simple de la intención del *settlor*.

Si el *trust* tiene la posibilidad de modificar, según las circunstancias, el mismo objeto que persigue, es evidente que puede a *fortiori* modificar los medios de realización que han sido indicados por el *settlor* en toda la extensión en que estos medios no se prescriben con pena de nulidad y que podrían comprometer el objeto principal que el *settlor* había tenido presente.

Hay que ir más lejos aún; aunque el objeto principal del trust no esté comprometido, los medios estipulados por el creador del trust no serán seguidos si llegan a ser poco prácticos o remuneradores.

Se llega así a autorizar actos de administración o afectaciones que, en ciertos casos excepcionales, son contrarios a la intención del *settlor*.

No hay razón para inquietarse con este poder latente de transformación inherente al trust; pues en efecto: 1.º Sólo a este precio puede obtenerse la adaptación a circunstancias imprevistas en el momento de la constitución del trust. 2.º Sólo corresponde al *settlor* limitar en la extensión en que juzgue útil esa potencia de transformación. 3.º Tal transformación no se debe hacer más que con la autorización del Tribunal, ya como objeto de jurisdicción voluntaria, ya de jurisdicción contenciosa, según los casos. 4.º Los herederos del *settlor* que deben recibir los bienes, si el trust caduca, no dejarán de vigilar la ejecución del trust y oponerse a todo verdadero cambio de afectación.

Así, la afectación libremente delimitada por el *settlor*, atentamente vigilada por los Tribunales, celosamente observada por los herederos del *settlor*, puede aliar armónicamente la unidad de su desarrollo en el tiempo y la flexibilidad de su adaptación a las circunstancias nuevas de la vida. En efecto, la idea de afectación no puede ser la esencia del trust, porque esta institución no se reduce sólo a una técnica que debe funcionar según reglas fijas, sino que implica la idea de confianza constante en un ser humano, cuya inteligencia, intuición y frecuentemente el corazón tienen una influencia directa y eficaz.

Por la traducción,

FEDERICO BRAVO LÓPEZ,

Del Cuerpo de Letrados de Gracia y Justicia.