



The Trust Facing Chilean Law: An Approach from the Perspective of the ‘Rights Against Rights’ Theory

El *trust* frente al derecho chileno: Una visión desde la teoría de “derechos contra derechos”

ERNESTO VARGAS WEIL*

Abstract

Understanding the common law trust has traditionally posed mayor difficulties for civilian lawyers. This article submits that, to a relevant extent, these difficulties stem from attributing excessive importance to metaphors that describe trusts as a form of "double" or "divided" ownership. As an alternative, it proposes using theories that explain trusts as a case of "rights against rights", arguing that this is as conceptually more precise and adequate to explain this institution to a Latin American audience. Based on this, the article analyzes some classic functional equivalents of the trust in the civilian tradition, such as companies and agencies, and two specific institutions of Chilean law: pension funds and investment funds.

Keywords: *Trust, Comparative Property Law, Comparative Private Law, Investment Funds, Pension Funds.*

Resumen

El *trust* es una de las instituciones del *common law* de más difícil comprensión para los abogados de la tradición civil. El presente artículo argumenta que parte de esa dificultad deriva de atribuir excesiva importancia a metáforas que describen al *trust* como un caso de “doble propiedad” o “propiedad dividida”. Como alternativa, propone el uso de la teoría de “derechos contra derechos” como una aproximación conceptualmente más precisa y adecuada para explicar el *trust* a una audiencia latinoamericana. En base a ella, analiza algunos equivalentes funcionales clásicos del *trust* en la tradición civil, como la sociedad y el mandato, y dos instituciones específicas del derecho chileno: los fondos de pensiones y los fondos de inversión.

Palabras clave: *Trust, Derecho de Propiedad Comparado, Derecho Privado Comparado, Fondos de Inversión, Fondos de Pensiones.*

* Spencer-Fairest Teaching Fellow in Law, Selwyn College, Cambridge, UK; Universidad de Chile, Chile (vargasweil@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7726-5224>. Artículo recibido el 1 de julio de 2022, aceptado para su publicación el 24 de noviembre de 2022. Agradezco a dos arbitrajes anónimos por sus valiosos comentarios. Agradezco especialmente a Ignacio Méndez Letelier y Felipe Corvalán Lagos por compartir conmigo su experiencia y conocimientos sobre fondos de inversión y fondos de pensiones. Los errores son míos.

Cómo citar este artículo:

VARGAS WEIL, Ernesto (2023). “The Trust Facing Chilean Law: An Approach from the Perspective of the ‘Rights Against Rights’ Theory”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 11 N° 1, pp. 5-57.

“If we were asked what is the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence, I cannot think that we should have any better answer to give than this, namely, the development from century to century of the trust idea”

F. W. Maitland

I. EL TRUST EN EL DERECHO COMPARADO

El *trust* es considerado una de las mayores contribuciones del derecho inglés al mundo. Su casi infinita flexibilidad lo ha convertido en un engranaje central en la forma en que se estructura jurídicamente buena parte de la riqueza global, desde inmuebles familiares hasta bonos corporativos.¹ Por tanto, no es de sorprender que el *trust* sea con frecuencia descrito como una fuente de envidia para los abogados de la tradición civil,² y que hayan corrido ríos de tinta buscando explicar esta institución desde una perspectiva comparada.³

No obstante, el *trust* sigue siendo una categoría jurídica extremadamente difícil de aprehender para los abogados formados en la tradición civil.⁴ Existen varias razones para ello. La primera, es que el concepto de *trust* es en sí mismo equívoco. Su naturaleza extremadamente flexible y adaptable hace difícil capturar “su esencia” en una definición que se preste para el análisis comparado.⁵ De hecho, incluso en el *common law* la naturaleza conceptual del *trust* es objeto de permanente controversia.⁶ Sin embargo, existe una razón más profunda que explica la perplejidad de los abogados continentales frente al *trust*: la tradición civil y el *common law* tienen diferentes “ontologías” o “mapas conceptuales” del derecho de bienes.⁷ En buena medida, ello resulta de que el derecho privado angloamericano contiene dentro de sí un “subsistema” jurídico que es ajeno a la tradición civil, el denominado *equity*.⁸ Este subsistema admite la creación de ciertos derechos -generalmente entendidos como intereses de naturaleza propietaria- que se comportan de una manera que no es fácil de acomodar dentro del concepto de “derecho real” de la tradición civil. El más importante de estos intereses es el derecho del beneficiario de un *trust*.

En derecho comparado es considerado saber común que el *trust* introduce una forma de propiedad “dividida”, “fragmentada” o “doble”⁹ en que el *equity* da una respuesta diferente

¹ Ver PISTOR (2019), pp. 42–45, 81, 211, desde una perspectiva crítica.

² BRAUN (2017), p. 121.

³ Para un resumen, ver BRAUN (2017). Para una panorámica contemporánea, Smith (edit), *The Worlds of the Trust* (2013).

⁴ Para el caso de Chile, ver GARNHAM (2010), pp. 19-20.

⁵ DE WAAL, ‘Trust Law’ (2012), p. 929; BRAUN (2017), pp. 121–122.

⁶ Ver secciones III y IV.

⁷ GRAZIADEI (2017), p. 80.

⁸ Ver sección II(a). Otra razón es la teoría de lo *estates*, ver *ibid* 74, 76–81; VAN ERP (2019), pp. 1045–1047; UWE KISCHEL (2019), p. 306.

⁹ GRAZIADEI (2017), p. 88. Por ejemplo, KISCHEL (2019), p. 312.

al *common law*¹⁰ respecto de quién es el dueño de un determinado bien.¹¹ En Chile, por ejemplo, en la década de 1960, tanto Fernando FUEYO como Sergio FUENZALIDA explicaron el *trust* señalando que este se basaría en la existencia de dos propietarios, uno para el *common law* y otro para el *equity*.¹² Utilizando explícitamente la metáfora de la “doble propiedad”, FUENZALIDA incluso argumentó que el *trustee*, si bien es el “dueño legal” de la propiedad tenida en *trust*, lo sería para el único fin de cumplir con los objetivos del *trust*, y que “el verdadero propietario” sería el dueño en *equity*.¹³ En una línea similar, recientemente, Daniel PEÑAILILLO ha descrito al *trust* como un caso de “propiedad dual o desdoblada”¹⁴ en que la titularidad del objeto queda entregada con “poderes distribuidos o compartidos” a dos sujetos diferentes, el *trustee* y el beneficiario.¹⁵

La insistencia en el uso de la metáfora de la “propiedad dividida” o “doble propiedad” entre los abogados continentales ha sido señalada como una de las principales causas que explican la incompreensión del *trust* en el mundo civil.¹⁶ Por un lado, la metáfora atenta contra la clara separación entre derechos reales y derechos personales de los sistemas civiles,¹⁷ resultando fuertemente contraintuitiva para abogados acostumbrados a una respuesta binaria a la pregunta de quién es dueño de cada bien, basada en una teoría unitaria del dominio.¹⁸ Por otro, la metáfora de la “doble propiedad” es simplemente una descripción imprecisa del *trust*.¹⁹ De hecho, la propia doctrina angloamericana frecuentemente llama a evitar el uso de la expresión “propiedad equitativa” (*equitable ownership*), debido a que la naturaleza conceptual del derecho del beneficiario de un *trust* es fundamentalmente diferente a la del derecho del dueño legal.²⁰

Habida cuenta de estos problemas, este artículo intenta acercar el *trust* al público hispanoparlante de la tradición civil (en particular, al chileno) evitando el uso de la engañosa metáfora de la doble propiedad,²¹ “*que confunde tanto como explica*”.²² Para ello se sirve de teorías desarrolladas recientemente en derecho comparado y, especialmente, en la doctrina inglesa

¹⁰ En sentido amplio, “*common law*” hace referencia a la tradición jurídica angloamericana. En sentido estricto, describe a una de las fuentes del derecho de esa tradición, esto es, el “derecho común del reino” que, por oposición a normativas y costumbres locales, aplicaba a todos los súbditos por igual. El *common law* en este sentido estricto se diferencia del derecho proveniente otras fuentes, como el derecho legislado y el *equity*, esto es, el derecho desarrollado o derivado de la jurisprudencia la *Court of Chancery*. Al respecto, ver sección II(a). En general, desde una perspectiva comparada, ver KISCHEL (2019), pp. 227–228.

¹¹ VAN ERP (2019), p. 1047.

¹² FUEYO (1961), p. 13.

¹³ FUENZALIDA (1963), p. 24.

¹⁴ PEÑAILILLO (2019), Tercera Parte, Capítulo II, [10 C]. Para esta obra sólo he tenido acceso a la edición digital de Thomson Reuters, la que no incluye número de páginas. Por lo tanto, estoy indicando la sección relevante entre paréntesis cuadrados.

¹⁵ PEÑAILILLO (2019), Segunda Parte, Capítulo I, [56 e].

¹⁶ BRAUN (2017), p. 140; SWADLING (2016).

¹⁷ Ver MILO (2012), p. 734.

¹⁸ VAN ERP (2019), p. 1047. En Chile, la teoría unitaria del dominio suele asociarse con la “abstracción” y “elasticidad” del dominio. Al respecto, ver PEÑAILILLO (2019), Segunda Parte, Capítulo I, [52].

¹⁹ Ver secciones III y IV.

²⁰ EDELMAN (2013), p. 66.

²¹ MATTHEWS (2013), pp. 316–317.

²² SMITH (2008), p. 381 (traducción libre).

que buscan superar la imagen de la doble propiedad explicando el *trust* como un caso de “derechos contra derechos” (*rights against rights*).²³

La metodología de este trabajo se desvía levemente del paradigma funcionalista clásico del derecho comparado.²⁴ Si bien el artículo analiza instituciones de los sistemas civiles que buscan cumplir la misma función que el *express trust*,²⁵ su objetivo primordial es enfatizar los elementos conceptuales y doctrinarios que explican *cómo* esa función es cumplida en forma diferente en cada sistema. Siguiendo una tendencia actual,²⁶ el artículo toma como principal referencia al derecho inglés. Ello se debe a que su énfasis en mantener consistencia doctrinaria por sobre alcanzar objetivos utilitaristas, hace que el aparato conceptual del *trust* sea más visible en Inglaterra que en los Estados Unidos,²⁷ la jurisdicción que ha servido tradicionalmente de referencia para América Latina en esta materia.²⁸ Finalmente, este artículo se centra casi exclusivamente en el caso del *express trust*, esto es, en el *trust* creado voluntariamente por un constituyente o *settlor*. Las principales razones para ello son que éste es el paradigma desde el cual tanto la doctrina inglesa²⁹ como los estudios comparados suelen abordar el *trust*³⁰ y el único caso que ha sido realmente tratado en Chile.³¹

Esta es una contribución teóricamente modesta, pero no por ello poco importante. Luego de la crisis económica del 2008, el *trust* se ha vuelto crecientemente blanco de críticas que ven en él un instrumento que facilita la evasión de impuestos y el ocultamiento de bienes, motivando una renovada discusión sobre las razones que legitiman su existencia.³² Si bien el derecho chileno no reconoce al *trust* como tal, entender su estructura conceptual puede ser útil para una serie de propósitos prácticos, que van desde la mejor comprensión y desarrollo del derecho nacional en materia de fondos de pensión y fondos de inversión, a la aplicación de normas domésticas de derecho internacional privado y de derecho tributario.³³

En la medida que prácticamente no existen estudios que aborden el *trust* desde una perspectiva latinoamericana,³⁴ y que las aproximaciones al tema en la doctrina chilena son

²³ Ver IV(b).

²⁴ Al respecto, ver ZWEIGERT y KÖTZ (1998), pp. 32-47 y MICHAELS (2019).

²⁵ Para la aproximación de este trabajo a la función del *trust*, ver III(b). Sobre equivalentes funcionales del *trust* en general, ver HANSMANN y MATTEI (1998).

²⁶ BRAUN (2017), p. 136. Por ejemplo en Chile, BANFI (2019).

²⁷ Al respecto, ver MCFARLANE, ‘Equity’ (2021), pp. 551–552.

²⁸ Ver MALUMIÁN (2010) y (2013).

²⁹ Ver sección III(a).

³⁰ Otros casos, como los “*imposed trust*” (ver nota 57), prácticamente no han sido estudiados desde una perspectiva comparada. BRAUN (2017), p. 136.

³¹ Por ejemplo, FUEYO (1961), p. 11, FUENZALIDA (1963), p. 24, PEÑAILILLO (2019), Tercera Parte, Capítulo II, [10 C] o BANFI (2019).

³² Al respecto, ver DAGAN y SAMET (2022).

³³ Los países latinoamericanos no son parte de la Convención Internacional de 1985 sobre Derecho Aplicable a los *Trusts* y su Reconocimiento, ver <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=59>

³⁴ BRAUN (2017), p. 137, exceptuando el trabajo de MALUMIÁN, mencionado más adelante.

antiguas,³⁵ imprecisas,³⁶ o no enfatizan suficientemente los problemas de la literatura existente,³⁷ el objetivo de este trabajo requiere volver a revisar algunos aspectos conceptuales básicos del *trust*. Para tal efecto, la siguiente sección explica brevemente la distinción entre *equity* y *common law* y su relevancia para entender el *trust* y la sección III describe la operación del *trust* y sus funciones. En base a ello, la sección IV da cuenta de algunos intentos recientes por conceptualizar el *trust* en la doctrina angloamericana, con énfasis en la teoría de los derechos contra derechos. A continuación, la sección V utiliza dicha teoría para analizar brevemente las principales instituciones de la tradición civil que han sido propuestas como equivalentes funcionales del *trust*, con especial referencia al derecho chileno. Finalmente, la sección VI se sirve de la teoría de los derechos contra derechos para examinar sumariamente dos casos específicos del derecho chileno: los fondos de pensiones y los fondos de inversión. El trabajo concluye con un breve comentario sobre la relevancia de contar con un mejor entendimiento del *trust*.

II. EQUITY Y TRUSTS

2.1 Equity y common law

En derecho comparado el *trust* ha sido tradicionalmente visto como institución exclusiva del *common law* porque su origen y desarrollo deriva del *equity*, esto es, de un conjunto de reglas y principios endémico a los sistemas jurídicos que derivan del tronco común del derecho inglés.³⁸ En efecto, el *trust* es un producto de los tribunales que fallaban en *equity*, especialmente, la *Court of Chancery*, y no es posible entenderlo sin conocimiento del origen histórico de esta jurisdicción.³⁹ Por lo tanto, si bien existen ordenamientos nacionales que han desarrollado el *trust* sin haber tenido una jurisdicción de *equity*,⁴⁰ resulta esencial dar cuenta brevemente de su origen y su relación con el *common law*.

En el mundo angloamericano es aceptado que el *equity* sólo puede explicarse en términos históricos y jurisdiccionales.⁴¹ De acuerdo a la explicación estándar, a fines de la Edad Media las cortes que aplicaban el “derecho común” de Inglaterra y Gales (esto es, el *common law*, en sentido estricto)⁴² se habían vuelto excesivamente rígidas y complejas, dando lugar a decisiones que eran percibidas como manifiestamente inadecuadas. A falta de

³⁵ E.g., FUEYO (1961) o FUENZALIDA (1963).

³⁶ Por ejemplo, el tratamiento del *trust* por Daniel PEÑAILILLO tiene al menos dos elementos problemáticos. Primero, no advierte que la terminología del “dueño legal y el dueño equitativo” y de la “propiedad dual o desdoblada” son sólo metáforas (ver PEÑAILILLO (2019), Segunda Parte, Capítulo I, [56 e] y Tercera Parte, Capítulo II, [10 C]), en circunstancias que, técnicamente, en el *trust*, hay un solo dueño: el *trustee* (ver secciones III y IV). Segundo, PEÑAILILLO recurre a la idea de separación de patrimonios para explicar la posición del *trustee vis a vis* acreedores (Tercera Parte, Capítulo II, [10 C]), lo que es también técnicamente impreciso: el *common law* no tiene una noción de patrimonio técnicamente igual a la del *civil law* (ver Sección V).

³⁷ Por ejemplo, Cristian BANFI, quien sigue de cerca la literatura inglesa contemporánea, particularmente a VIRGO, no incurre en los errores de PEÑAILILLO, pero tampoco da cuenta de sus problemas. Ver BANFI (2019).

³⁸ Por ejemplo, DE WAAL (2012), p. 927; KISCHEL (2019), p. 312.

³⁹ SWADLING (2013), p. 210.

⁴⁰ Típicamente jurisdicciones mixtas, como Escocia. Ver GRETTON (2000).

⁴¹ MCFARLANE, ‘Equity’ (2021), p. 549, refiriendo a MAITLAND y BENTHAM. La historia puede consultarse en obras estándar, como HACKNEY (1987), pp. 15–20, 32–33 o WORTHINGTON (2006), Capítulo 1.

⁴² Ver nota 10.

reformas estatutarias del sistema, las partes insatisfechas con estos fallos peticionaban directamente al Rey para que éste les diera, como gracia, las soluciones justas y “equitativas” que el *common law* negaba. Las peticiones eran escuchadas por el funcionario más importantes de la Corona, el *Chancellor*, quien pronto estaba decidiendo los casos a nombre propio, con la asistencia de un grupo de jueces profesionales que, finalmente, se convirtieron en la *Court of Chancery*. El recurso a nociones con fuerte carga moral como “buena fe” o “conciencia” se volvieron rápidamente características del *equity*, dando lugar a soluciones más flexibles que las del *common law* en que la corte típicamente reconocía que, si bien el demandado no tenía legalmente ninguna obligación para con el demandante, “afectaría su conciencia” no cumplir con lo que había prometido a la actora.⁴³

Si bien al día de hoy prácticamente todas las jurisdicciones del *common law* han consolidado la administración de ambas jurisdicciones en un solo sistema de tribunales,⁴⁴ desde una perspectiva substantiva, ambos conjuntos de reglas siguen siendo distinguibles. Para citar una conocida metáfora, “*si bien las dos corrientes de jurisdicción fluyen lado a lado en un mismo canal, sus aguas no se mezclan*”⁴⁵ y los intentos de fusionar substantivamente ambas “corrientes” no han prosperado.⁴⁶ Las discrepancias entre ambas corrientes se resuelven en favor del *equity*, dando lugar a un sistema dual, compuesto de un subsistema general y autosuficiente (el *common law*), capaz de responder todas las preguntas que se le presenten, y un subsistema suplementario, de naturaleza fragmentaria y dependiente (el *equity*), que sólo puede operar sobre la base del *common law*. Tradicionalmente esto es significado con el aforismo “el *equity* es glosa al *common law*”. Desde una perspectiva más conceptual esto ha sido descrito señalando que el *equity* es un “meta-derecho”.⁴⁷

2.2 El *trust* como criatura del *equity*

En materia de derecho bienes, el principio general es que el *equity* sigue al *common law*. Por lo tanto, los derechos que tienen efecto real (*i. e.*, propietario) en el *common law* también lo tienen en *equity*. Sin embargo, los derechos de propiedad reconocidos por ambos subsistemas tienen también importantes diferencias. Para empezar, la lista de derechos reales del *equity* es más larga que la del *common law*. Por ejemplo, el *common law* no reconoce los derechos del beneficiario de un *trust* como derechos con efectos respecto de terceros, pero el *equity* sí. Segundo, en *equity*, los derechos de naturaleza propietaria se comportan de manera diferente a como lo hacen en *common law*, ya que, en principio, no son exigibles *erga omnes*. Así, los derechos del beneficiario de un *trust*, en general, no afectan a terceros extraños, pudiendo únicamente llegar a ser (eventualmente) oponibles a terceros adquirentes.⁴⁸ Finalmente, la adquisición y pérdida de derechos de propiedad reconocidos en *equity* es más permisiva que en el *common law*, ya que estos requieren menos formalidades para ser constituidos y

⁴³ En general, ver AGNEW (2018).

⁴⁴ Por ejemplo, en Nueva York, ello ocurrió en 1820, en Inglaterra entre 1873-1875 y en Nueva Gales del Sur en 1972.

⁴⁵ Traducción libre. La metáfora es normalmente reconducida a la primera edición de ASHBURNER’S PRINCIPLES OF EQUITY (1902).

⁴⁶ Para una discusión clásica sobre fusión, ver BURROWS (2002) y WORTHINGTON (2006), Capítulo 1 (a favor) y SMITH (2017) y MCFARLANE y MITCHELL (2015), pp. 9-12 (en contra).

⁴⁷ Por ejemplo, SMITH (2017) y (2021).

⁴⁸ Al respecto, ver nota 63.

extinguidos.⁴⁹ Por ejemplo, el *settlor* puede declarar un *trust* sin formalidad alguna, pero el beneficiario también está expuesto a perder su derecho en una multiplicidad de escenarios, como por la simple venta de la *trust property* por el *trustee* a un tercero (ver sección siguiente).

El origen del *trust* deriva de esta interacción entre *common law* y *equity*. A fines de la Edad Media, por una serie de razones prácticas que no viene al caso detallar,⁵⁰ ocurría que el dueño de un inmueble (B) traspasaba la propiedad del mismo a una persona de su confianza (A) para que este la tuviera *para el uso* de otro, ya sea el mismo B o un tercero (B₂). La transferencia no creaba jurídicamente deber alguno para A, que sólo estaba obligado para con B o B₂ por su honor. De vez en cuando A traicionaba esta confianza, negándose a devolver la propiedad o transfiriéndola a terceros (C) sin autorización de B. Cuando B o B₂ recurrían a las cortes de *common law*, el tribunal rechazaba su acción, porque en *common law*, A (o C) no tenía ningún deber para con B o B₂. Ante tal agravio, las víctimas de A comenzaron a recurrir al Rey y luego al *Chancellor* para una solución *en equidad*, haciendo ver que la conciencia de A (o C) estaba comprometida. Con el tiempo, la protección que esta jurisdicción otorgaba a las víctimas en forma *ad-hoc* (*i. e.*, como gracia), se volvió regular, reconociéndole un derecho subjetivo de “naturaleza equitativa” a B o B₂. Para el siglo XVI, la extendida utilización de esta técnica para eludir deberes feudales, ocultar al “verdadero titular” del suelo y sustraer bienes del alcance de acreedores llevo a Enrique VIII a abolir la institución (*Statute of Uses* 1535), pero en menos de un siglo, la creatividad de los abogados revivió esta práctica en la forma del moderno *trust*.

III. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DEL TRUST

3.1 Estructura funcional del trust

El origen eminentemente pragmático y casuístico del *trust* derivó en que este no se desarrollara sobre la base de conceptos claros y consistentes. De hecho, en la doctrina de los países del *common law* suele afirmarse que no hay área del derecho en que haya tanta confusión sobre definiciones básicas como en el derecho de *trusts*.⁵¹ Una dificultad inicial identificada por la doctrina es que no existe un único concepto de *trust*, sino que una colección variable de instituciones que de una u otra manera son descritas, al menos en ocasiones, como “*trusts*”. Estos pueden tomar una multiplicidad de formas y estar compuestos por diferentes elementos, de modo que establecer un único concepto de *trust* que abarque todos los casos arriesga no dar ninguna indicación clara de lo que se quiere explicar.⁵² Por ello, en vez de intentar definirlo desde un comienzo, la doctrina angloamericana suele aproximarse al *trust* describiendo la operación⁵³ de un caso paradigmático del mismo, típicamente un *express trust*,

⁴⁹ Sobre la contribución del *Equity* al derecho inglés de bienes en general, ver SWADLING (2013), p. 180.

⁵⁰ En Chile, el desarrollo histórico de los “usos” que precedieron al *trust* puede consultarse en FUENZALIDA (1961), pp. 18-21

⁵¹ Por ejemplo, PARKINSON (2002), p. 657, refiriéndose a Australia e Inglaterra.

⁵² WEBB y AKKOUH (2017), p. 1. En el mismo sentido, VIRGO (2020), pp. 40 y ss.

⁵³ Por ejemplo, en Australia, MEAGHER y GUMMOW (1997), p. 3

al que luego van adicionando o restando elementos de otros tipos de *trust*.⁵⁴ Esta sección sigue una lógica similar.

Un buen punto de partida para explicar el *trust* desde esta perspectiva es que en los sistemas jurídicos derivados del derecho inglés los derechos pueden tenerse “derechamente” (*outright*), esto es, en beneficio propio, o bien “en confianza” (*on trust*), esto es, para el beneficio de otro.⁵⁵ La persona que tiene el derecho se denomina *trustee* y aquella en cuyo interés el derecho es tenido se llama *beneficiary* o beneficiario. De esta forma, en la explicación de Graham VIRGO, el *trust* estaría compuesto de dos elementos: primero, una persona que tiene un derecho en favor del beneficiario y, segundo, el deber en *equity* de ese titular de ejercer ese derecho en favor del beneficiario.⁵⁶ En el caso del *express trust*, esta situación tiene su origen en la voluntad del titular de un derecho o *settlor* de declararse a sí mismo como *trustee* de ese derecho en favor del *beneficiary* (*self-declaration trust*) o de transferirlo a un *trustee* para que éste los tenga en beneficio del *beneficiary* (*trust by transfer*).⁵⁷ Como resultado de una “infortunada convención histórica” el *trustee* es frecuentemente llamado “dueño legal” (en el sentido de dueño en *common law*) y el beneficiario “dueño equitativo” (en el sentido de dueño en *equity*) o “dueño beneficiario”.⁵⁸ De ahí la imagen del *trust* como un caso de “doble propiedad” o “propiedad dividida” que ha calado tan hondo entre los abogados de la tradición civil.

El *trustee* puede administrar y disponer del derecho que tiene en *trust*, pero como lo tiene en interés del beneficiario, si ejerce ese derecho en forma negligente puede quedar responsable frente al beneficiario por infracción del *trust*.⁵⁹ Sin embargo, ello no implica que el *trustee* no sea dueño de la *trust property*. Un punto que es frecuentemente pasado por alto en los análisis comparados, es que es de la esencia del *trust* que éste no altera la naturaleza del derecho que se tiene.⁶⁰ Así, si bien el beneficiario de un *trust* tiene derecho a los beneficios del *trust*, regularmente éste no puede acceder a sus activos sino en los términos fijados por el *settlor*. El beneficiario puede sólo excepcionalmente acceder directamente a esos bienes por la vía de

⁵⁴ Por ejemplo, en Inglaterra, WEBB y AKKOUH (2017), pp. 1-2 y Capítulo 2. Otras obras estándar siguen una aproximación similar, pero describiendo el caso paradigmático como la “esencia” del *trust*. Por ejemplo, VIRGO (2020), p. 39.

⁵⁵ Existen también otras que no viene al caso explicar, ver WEBB y AKKOUH (2017), p. 210.

⁵⁶ VIRGO (2020), p. 40. He omitido las referencias de Virgo al *purpose trust*. Es importante destacar que el derecho tenido en *trust* no tiene que ser necesariamente un derecho de propiedad legal. Es posible tener tanto derechos personales y como derechos equitativos *en trust*. Este último caso da lugar a un *sub-trust*. Por simpleza, estoy centrándome en el caso más simple de los derechos de propiedad legales.

⁵⁷ En otros casos, como los denominados “*imposed trust*”, el *trust* no tiene su causa eficiente en la voluntad de un constituyente, sino que en la operación directa del derecho. Esta categoría está principalmente constituida por formas de proteger a quienes han invertido dinero en un bien que no han adquirido legalmente (esto es, conforme al *common law*, en sentido estricto). Por ejemplo, el vendedor de bienes muebles cuyo precio ya sido pagado pero cuyo título aún no ha sido transferido al comprador tiene esos bienes *en trust* para este último (*The Aliakmon* (1986)). Del mismo modo, cuando los dos cónyuges han contribuido económicamente en forma directa al precio de adquisición de un inmueble, pero sólo uno de ellos figura como titular en el registro inmobiliario, este último tiene la propiedad tanto en beneficio propio como del otro cónyuge (*Williams & Glyn’s Bank v Boland* (1981)).

⁵⁸ LAWSON y RUDDEN (2002), pp. 86–87, traducción libre.

⁵⁹ LAWSON y RUDDEN (2002), pp. 86–87.

⁶⁰ A este respecto, ver SWADLING (2013), p. 211.

poner fin al *trust* bajo la regla de *Saunders v Vautier*.⁶¹ Bajo la misma lógica, el *trustee* también permanece como único dueño de la propiedad en *trust* frente a terceros, siendo (en principio) la única parte con derecho a ejercer las acciones reales asociadas a ella.⁶² Así, si un tercero extraño (X) daña la propiedad que el *trustee* (A) tiene en beneficio de B, esta última no puede demandar a X. B únicamente puede dirigirse contra A por su deber de proteger la propiedad, por ejemplo, demandando de daños a X, en cuyo caso la indemnización obtenida será también tenida por A en *trust* para B.⁶³ Esta característica del derecho del beneficiario es oscurecida por el lenguaje de la doble propiedad. En realidad, hay una sola parte con un título sobre el bien: el *trustee*.⁶⁴ Las implicancias de esto serán desarrolladas en la sección siguiente.

Sólo en circunstancias muy limitadas el beneficiario puede hacer valer su derecho directamente contra terceros. La primera, es cuando el *trustee* transfiere la propiedad en *trust* con infracción de las reglas del mismo.⁶⁵ En este caso, la posición general es que el beneficiario tiene una acción directa contra el tercer adquirente, salvo que este haya adquirido de buena fe, en forma onerosa y sin conocimiento real o presunto del *trust*. Con todo, el efecto de esta acción es limitado: el tercero no asume los deberes del *trustee*, sino que únicamente es condenado restituir la propiedad a este o a la persona designada al efecto. Más aún, en muchos contextos, existen normas de derecho estatutario que permiten al comprador adquirir la propiedad libre de derechos equitativos, incluso si la *trust property* ha sido transferida con infracción de las normas del *trust*.⁶⁶ Por ejemplo, en Inglaterra, la institución del *overreaching* permite al comprador de un inmueble adquirir libre de cualquier interés en *trust* por la vía de hacer el pago del precio a dos *trustees*.⁶⁷ El segundo escenario es la insolvencia del *trustee*. En este caso, los derechos que el deudor insolvente tiene en *trust* no pasan a la masa a liquidar para el pago de sus deudas.⁶⁸

3.2 Función práctica del *express trust*

La versatilidad del *trust* permite que este sea aplicado a una serie de objetivos prácticos. Conforme al método clásico del derecho comparado, entender el *trust* requeriría determinar cuáles son esas funciones y luego investigar qué instituciones cumplen ese mismo rol en un

⁶¹ *Saunders v. Vautier (1841)* estableció que un beneficiario adulto, plenamente capaz y con un derecho absoluto puede poner fin al *trust* y quedarse con la propiedad, aún en contra de los términos establecidos por el *settlor*. Esto implica que, en un *fixed trust*, esto es, cuando el *trustee* no tiene discreción para repartir los beneficios, el beneficiario sólo puede ponerle fin al *trust* si su derecho puede determinarse y liquidarse en forma completamente independiente de los derechos de los otros beneficiarios. En cualquier otro caso, incluyendo el *discretionary trust*, esto es, cuando el *trustee* tiene discreción para repartir los beneficios, este derecho sólo puede ser ejercido por la unanimidad de los beneficiarios, siempre que todos sean adultos y plenamente capaces.

⁶² MATTHEWS (2013), pp. 316–317.

⁶³ Ver *Lord Compton's Case* (1568); *Earl of Worcester v Finch* (1600); *The Aliakmon* (1986); *MCC Proceeds Inc v Lehman Bros* (1998). En Inglaterra, esta racionalidad ha sido recientemente desafiada en *Shell v Total* (2010). Sin embargo, *Shell* ha sido ampliamente criticado. Ver EDELMAN (2013); MCFARLANE et. al. (2021), p. 192.

⁶⁴ SWADLING (2013), pp. 211–212.

⁶⁵ Si la propiedad es transferida sin infracción del *trust*, opera la institución del *overreaching*. Ver nota 134.

⁶⁶ SWADLING (2013), p. 213.

⁶⁷ ss. 2 y 27 Law of Property Act 1925. Para *overreaching* en general, ver nota 134.

⁶⁸ SWADLING (2013), p. 214.

sistema civil. Según Hansmann y Mattei, el problema es que los estudios comparados se han concentrado tradicionalmente en entender los aspectos doctrinarios del *trust* por sobre dilucidar su función. En su visión, esto deriva de que la propia dogmática del *common law* ha asociado el *trust* a la creación y cumplimiento de deberes fiduciarios, en circunstancias que su verdadera función sería facilitar la separación y “paquetización” de activos para poder afectarlos a distintos acreedores.⁶⁹

La aproximación de este artículo a la función del *trust* es levemente diferente. En vez de enfocarse en la capacidad del *trust* de dissociar los activos que el *trustee* tiene en *trust* de aquellos que éste tiene en beneficio propio, este artículo se concentra en una función más específica del *express trust*, consistente en permitir arreglos para gestionar riqueza por medio de un administrador que, a la vez, tiene la titularidad jurídica de los activos.⁷⁰ Las motivaciones prácticas para separar beneficio económico, por un lado, de titularidad y administración por el otro, son muy variadas. Estas incluyen la gestión de fondos de pensiones, esquemas de inversión, beneficencia pública y cuidado de familiares vulnerables.⁷¹ Sin embargo, a veces también comprenden objetivos menos loables, como sustraer bienes del alcance de acreedores o esconder rentas de las autoridades tributarias.⁷² Lo determinante para este artículo es que el *express trust* permite separar la administración jurídica de un activo de la percepción económica de sus beneficios. La siguiente sección (IV) explica el aparato conceptual que posibilita esta escisión, para luego compararlo con la estructura dogmática de algunas instituciones que cumplen una función similar en Chile (secciones V y VI).

IV. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TRUST

En el derecho angloamericano, la particular estructura del *trust* ha motivado desde muy antiguo un interminable debate sobre cómo explicarlo conceptualmente.⁷³ El corazón de esta controversia suele estar en determinar si los derechos del beneficiario de un *trust* resultan mejor explicados como derechos personales o propietarios. En buena medida, esta discusión resulta de que el *trust*, en especial los derechos del beneficiario, no pueden ser categorizados cómodamente dentro de la división ortodoxa entre obligaciones y derechos reales.

4.1 La visión ortodoxa

La doctrina inglesa suele caracterizar a los derechos reales por la vía de compararlos con derechos personales y demostrar que los primeros son capaces de imponer deberes a terceros dónde los segundos fracasan, típicamente en casos que involucran terceros adquirentes.⁷⁴ Operando sobre la base de esa racionalidad, la denominada “aproximación ortodoxa”,⁷⁵ estima que los derechos del beneficiario de un *trust* tendrían una naturaleza propietaria porque reúnen en sí mismos los dos “incidentes” más característicos de este tipo

⁶⁹ HANSMANN y MATTEI (1998)

⁷⁰ Ver L. SMITH (2008) y MATTHEWS (2013).

⁷¹ SWADLING (2013), p. 214.

⁷² Ver PISTOR (2010), p 211; DAGAN and SAMET (2022), pp. 2–3.

⁷³ HOHFELD (1913), p. 16.

⁷⁴ V.gr. BRIGHT (1998), p. 529; MCFARLANE *et. al.* (2021), pp. 151–153, 195–196.

⁷⁵ PATRICK (2002), p. 657, describiendo esta aproximación.

de derechos: primero, mientras existen, pueden (eventualmente) hacerse valer contra terceros que reciban la *trust property* o entren en contacto con ella y, segundo, en caso de insolvencia, dan prioridad al beneficiario para acceder a esos bienes por sobre quienes tengan la propiedad del *trust* en su posesión. Para la visión ortodoxa, ello es suficiente para estimar que el derecho del beneficiario es propietario y justifica describirlo como un “título equitativo” (*equitable title*) sobre la *trust property*.⁷⁶ A la vez, esto explica el persistente uso del vocabulario de la propiedad (“*equitable estate*”, “*equitable ownership*”, etc.) para referirse a los derechos del beneficiario.⁷⁷

Sin embargo, el uso de conceptos de propietarios no resulta enteramente compatible con la forma en que los derechos del beneficiario de un *trust* se comportan respecto de otros terceros, en especial, terceros extraños que interfieren con la *trust property*. Si los derechos del beneficiario de un *trust* son propietarios, ¿cómo es posible que no sean oponibles a estos terceros? Este dilema ha llevado a parte de la doctrina angloamericana a describir al *trust* como una institución jurídica situada en el borde entre el derecho de bienes y el derecho de obligaciones.⁷⁸

Para la visión ortodoxa, los derechos del beneficiario no serían realmente un caso intermedio. Por ejemplo, Richard Nolan estima que es un error intentar someter los derechos del beneficiario de un *trust* a las categorías mutuamente excluyentes de derecho *in personam* y derecho *in rem*. Resaltando que, normalmente, el deber que el *trust* impone a terceros adquirentes se reduce a devolver la *trust property* al *trustee* cuando ésta fue transferida con infracción de las normas del *trust* (ver sección anterior), Nolan argumenta que los derechos del beneficiario son, en realidad, una combinación compleja de derechos *in rem* e *in personam*. En su visión, el beneficiario tendría primero, un derecho negativo de naturaleza propietaria consistente en el poder de excluir a todos los demás de los beneficios del *trust* y, segundo, un derecho positivo, que puede o no ser propietario, consistente en el poder de acceder a los beneficios de la *trust property*, típicamente, sólo a través del *trustee*.⁷⁹ Conforme a los críticos de la tesis ortodoxa, el defecto más evidente de esta tesis es que no es capaz de explicar el caso en que la *trust property* consiste en un derecho incorporal. Por ejemplo, cuando el *trustee* tiene una cuenta bancaria en *trust* para el beneficiario, el primero no tiene derecho sobre cosa alguna, sino que sólo un crédito contra el banco; y hablar de un derecho de exclusión del beneficiario en un caso como este, no tendría mucho sentido.⁸⁰

4.2 Relativización de la doctrina ortodoxa y teoría de los derechos persistentes

Otras visiones han optado por relativizar la distinción ente derechos reales y personales. En Inglaterra, Graham Virgo ha planteado que los derechos del beneficiario tienen efectivamente una naturaleza propietaria, pero que se trataría de “derechos de propiedad modificados”, que serían más débiles y tendrían una naturaleza subsidiaria a los derechos

⁷⁶ E.g, WEBB y AKKOUH (2017), pp. 22-24

⁷⁷ Al respecto, ver PATRICK (2002), p. 657.

⁷⁸ E.g., SWADLING (2013), p. 210. Otra corriente, históricamente asociada Frederick MAITLAND que no es abordada en este trabajo, argumenta que los derechos del beneficiario son esencialmente personales.

⁷⁹ NOLAN (2006).

⁸⁰ MCFARLANE y STEVENS (2010), p. 3.

legales.⁸¹ Por su parte, en Estados Unidos, Merrill y Smith ubican al *trust* en un continuo entre derechos *in rem* e *in personam* que denominan la “interfaz propiedad/contratos” (*property/contract interface*). En un polo del continuo se ubican los derechos reales “puros”, caracterizados por imponer un deber (típicamente de abstención) a un grupo numeroso e indeterminado de personas. En el otro polo se encuentran los derechos personales puros, esto es, derechos que únicamente imponen deberes a un número limitado de sujetos específicos. Como numerosidad y especificidad son variables contingentes, la interfaz admitiría casos intermedios que Merrill y Smith explican usando la terminología Hohfeld.⁸² Uno de estos casos, que incluye al *trust*, son los derechos “cuasi multilaterales” (*quasi-multilateral rights*), esto es, derechos que imponen deberes a sujetos singulares, pero indefinidos al momento de su creación.⁸³

Recientemente, algunas investigaciones teóricas y comparadas⁸⁴ han ido más lejos, proponiendo un nuevo entendimiento conceptual de los derechos de propiedad reconocidos por el *equity* que explica la particular naturaleza del *trust* sin recurrir a la noción de la doble propiedad, de derechos de propiedad modificados ni a la lógica de un continuo. En particular, en Inglaterra, autores como Ben McFarlane y Robert Stevens han argumentado que los derechos de propiedad equitativos, incluyendo los derechos del beneficiario de un *trust*, debieran ser considerados como un tercer género de derechos, denominados “derechos persistentes” (*persistent rights*).⁸⁵ Estos derechos serían fundamentalmente distintos tanto de los derechos reales (i.e., los derechos reales reconocidos por el *common law*) como de las obligaciones y, por tanto, trascienden la tradicional división entre derechos *in rem* e *in personam*. El punto esencial de este argumento es que los derechos equitativos no son derechos contra cosas -como los derechos reales- ni derechos contra personas -como las obligaciones-, sino que “derechos contra derechos”: cuando B tiene un derecho contra un derecho de A, *prima facie*, quienquiera que luego adquiriera el derecho de A puede quedar sujeto a un deber para con B.⁸⁶ En palabras de la *High Court* de Australia,⁸⁷ los derechos equitativos resultan mejor descritos como intereses “impresos” (*impressed upon*) sobre un derecho de propiedad, que removidos del mismo (*carved out*).⁸⁸

En esto, McFarlane y Stevens ven la clave para explicar por qué los derechos del beneficiario de un *trust* pueden llegar a vincular a un tercero adquirente (C), pero no a un tercero extraño (X). Cuando A tiene un derecho de propiedad en *trust* para B, este último no tiene un derecho en la cosa, sino que un derecho contra el derecho de A en la cosa. Como B no tiene un derecho en la cosa, B no puede excluir a los terceros extraños (X) de la misma, dependiendo críticamente de A para ello. Sin embargo, el derecho del beneficiario (B) contra

⁸¹ VIRGO (2020), pp. 51-52.

⁸² Ver HOHFELD (1913).

⁸³ MERRILL y SMITH (2001), pp. 774, 777, 785.

⁸⁴ SMITH, ‘Trust and Patrimony’ (2008), p. 392.

⁸⁵ See MCFARLANE (2008a), pp. 23–25; MCFARLANE, (2008b); MCFARLANE y STEVENS (2010).

⁸⁶ MCFARLANE and STEVENS (2010), p. 1.

⁸⁷ Ver DOUGLAS y MCFARLANE (2013), pp. 240–241.

⁸⁸ *DKLR Holding* (1982) (Brennan J.).

el *trustee* (A) sí puede llegar a ser oponible contra quien adquiere el mismo derecho de A (esto es, C): en ese caso B tiene un *derecho contra el derecho* de C en la cosa.⁸⁹

Durante la última década, la teoría de los derechos contra derechos ha sido ampliamente discutida en Inglaterra. Si bien sus críticos estiman que ella no logra explicar algunos elementos del *trust*, especialmente, el principio de que un *trust* no falla por falta de un *trustee* y que, al final de cuentas, tampoco hace realmente más fácil entender al *trust*, la teoría de los derechos contra derechos ha sido reconocida por su capacidad de explicar consistentemente los efectos del *trust* frente a terceros.⁹⁰ Esa capacidad de explicar (parte) de la operación del *trust* sin recurrir a la metáfora de la doble propiedad provee de una aparato conceptual extremadamente útil para aproximarse a esta institución desde una perspectiva comparada.⁹¹ Ese es el propósito de las siguientes dos secciones.

V. EQUIVALENTES FUNCIONALES DEL *TRUST* EN LA TRADICIÓN CIVIL

5.1 El *trust* y la tradición civil

Del mismo modo que la naturaleza “anti-conceptualista” de la propiedad en el *common law* facilitó el desarrollo del *trust* por razones prácticas, la estructura altamente conceptual del derecho civil continental hace difícil acomodar la mecánica de esta institución dentro su tradición.⁹² En particular, el *trust* parece vulnerar elementos que constituyen verdaderos “tabúes” del derecho civil continental, especialmente, la teoría unitaria del dominio.⁹³ Más allá de sus distintas formulaciones nacionales, esta concepción entiende que el dueño es siempre uno sólo (aunque sea en comunidad) y que su derecho es absoluto. Este dueño tiene siempre los más amplios poderes sobre la cosa, únicamente sujeto a los límites que establezca la ley o el derecho ajeno.⁹⁴ Conforme al principio de *numerus clausus*, su dominio sólo admite ser fragmentado por los derechos reales autorizados por la ley.

La idea de que un dueño pleno pueda tener la cosa objeto de su propiedad en beneficio de un tercero parece un oxímoron para esta forma de entender la propiedad: si el *trustee* es dueño pleno, entonces tiene que poder ejercer todos los derechos “a su arbitrio”⁹⁵ y el beneficiario no puede tener derecho real alguno. Por el contrario, si el beneficiario tiene un derecho de naturaleza propietaria en el *trust*, entonces el *trustee* no puede ser un dueño pleno.⁹⁶ Por lo mismo, algunos autores agregan que el *trust* también sería incompatible con el principio civil de *numerus clausus* de los derechos reales.⁹⁷

⁸⁹ MCFARLANE y STEVENS (2010).

⁹⁰ Ver WEBB y AKKOUH (2017), p. 22 VIRGO (2020) pp. 50-51

⁹¹ Por ejemplo, SMITH (2008).

⁹² MATTHEWS (2013), p. 313.

⁹³ HANSMANN y MATTEL, (1998), pp. 435, 441; SWADLING (2016).

⁹⁴ Ver Art. 544 del *Code Civil*, Art. 582 del Código Civil chileno o § 903 BGB.

⁹⁵ Usando las palabras del Art. 582 del Código Civil chileno.

⁹⁶ MATTHEWS (2013) 318–321. Al respecto, también puede verse SWADLING (2016).

⁹⁷ En general, SPARKES (2012); en Latinoamérica, MALUMIÁN (2010), p. 145.

Sin embargo, esta visión no es precisa.⁹⁸ Tal como se señaló anteriormente,⁹⁹ en el modo de pensar del *common law*, el *trustee* es el único titular del bien en *trust* y puede ejercer sobre este su derecho del modo más completo y pleno posible. Como explica la teoría de derechos contra derechos, esto deriva de que los derechos del beneficiario no inciden en la cosa, sino que en la forma en que el *trustee* debe ejercer sus derechos en ella. Por ello, contrario a lo que suelen pensar muchos abogados de la tradición civil, incluyendo a Fueyo, Fuenzalida y Peñailillo, el *trustee* no es menos dueño que quien tiene un derecho en interés propio: el *trust* no da lugar a un caso de “doble propiedad” o de “propiedades concurrentes” entre un dueño “legal” y uno “equitativo”, si no que impone al dueño un deber respecto de cómo ejercer ese derecho.

Por la misma razón, la creación de derechos tras la cortina del *trust* tampoco afecta el principio de *numerus clausus*. Tal como explica la teoría de los derechos contra derechos, debido a que los derechos del beneficiario nunca afectan a terceros extraños y sólo pueden llegar a tener efectos limitados y excepcionales respecto de algunos terceros adquirentes, el *trust* no da realmente lugar a derechos reales atípicos:¹⁰⁰ las limitaciones que el *trust* le impone al *trustee* son internas y no afectan su posición frente a terceros. Dicho de otra forma, el *trustee* es dueño pleno “hacia afuera”, pero es dueño limitado “hacia adentro” porque el *equity* afecta su “conciencia”, no el bien tenido en *trust*. En última instancia ello deriva de la naturaleza suplementaria del *equity*: el derecho (equitativo) del beneficiario no es competitivo con el derecho (legal) del *trustee*, sino que derivativo del mismo (es un “derecho contra un derecho”). Por ello, el *trustee* sólo puede hacer valer su derecho contra terceros con un derecho sobre la *trust property* cuya conciencia este comprometida, como los terceros adquirentes con conocimiento del *trust* o los acreedores privados del *trustee*.¹⁰¹

5.2 Equivalentes funcionales clásicos del *trust*

La ausencia de un sistema suplementario como el *equity* hace que la tradición civil tenga problemas para acomodar la estructura del *trust*. Sin embargo, ello no implica que sus países no experimenten los mismos problemas y los resuelvan por métodos funcionalmente equivalentes.¹⁰² Actualmente, existe consenso en que la mayor contribución funcional del *express trust* es proveer a las partes de un método para separar la titularidad económica de un activo de su administración, y que buena parte de ello puede lograrse mediante instituciones propias de la tradición civil como el mandato, la representación, la sociedad o el patrimonio de afectación.¹⁰³ Sin embargo, para poder acercar al público latinoamericano al *trust* es

⁹⁸ Desde una perspectiva comparada, refiriéndose tanto a la teoría unitaria del dominio como al *numerus clausus*, BOLGÁR (1953).

⁹⁹ Ver III(a).

¹⁰⁰ DOUGLAS y MCFARLANE (2013), pp. 240–241; MCFARLANE y DOUGLAS (2022).

¹⁰¹ MATTHEWS (2013), pp. 316–318.

¹⁰² MATTHEWS (2013), p. 331.

¹⁰³ HANSMANN and MATTEI (1998). En general, ver MATTHEWS (2013), pp. 336–337; SMITH (2008). En Chile es tentador pensar que la propiedad fiduciaria establecida en los Arts. 733 a 767 del Código Civil cumple una función análoga al *trust*. Sin embargo, ese es incorrecto. La propiedad fiduciaria no se presta para separar administración de beneficio económico ya que, hasta el acaecimiento de la condición, el beneficiario no tiene realmente derecho alguno, sino una mera expectativa. Si la condición no se cumple, la propiedad se consolida en el fiduciario y, de lo contrario, se consolida enteramente en el beneficiario. En derecho comparado el punto ha sido hecho por MALUMIÁN (2010), p. 153.

necesario pasar de un análisis puramente funcional a uno conceptual. No basta con descubrir que un resultado análogo puede obtenerse por otra vía; lo crítico es determinar *cómo* se llega a ese resultado.¹⁰⁴ Una aproximación de este tipo revela que ninguna de las mencionadas instituciones de la tradición civil tiene una estructura conceptual similar a la del *trust*.

Un análisis detallado de cada una de estas instituciones excede las posibilidades de este artículo, pero su común denominador es que todas ellas dependen críticamente de la noción de patrimonio, la que es ajena al *common law*.¹⁰⁵ En la tradición civil,¹⁰⁶ incluyendo a Chile,¹⁰⁷ el patrimonio es tradicionalmente concebido como un continente distinto de su contenido, compuesto por la totalidad de los derechos y obligaciones de una persona. Este constructo dogmático es lo que permite la operación del mandato con representación, la sociedad y de teorías que proponen el reconocimiento de patrimonios de afectación, y es crítico para la operación del derecho de prenda general de los acreedores.¹⁰⁸ El mandato con representación se basa en la idea de que el mandante actúa directamente sobre el patrimonio del mandatario, obligando los bienes de este último y no los propios.¹⁰⁹ En el mandato sin representación, a su vez, el mandatario actúa sobre su propio patrimonio y el mandante no tiene derecho alguno sobre los bienes contenidos en él hasta la rendición de cuentas¹¹⁰ y, por tanto, no tiene protección frente a los acreedores del mandatario ni derecho de persecución sobre sus bienes. Por su parte, la sociedad constituye (en todos los casos de relevancia práctica) una persona jurídica diferente de sus socios o accionistas que, como tal, también tiene un patrimonio separado que contiene sus propios derechos y obligaciones.¹¹¹

En América Latina, la ruta más explorada para explicar el *trust* desde la perspectiva civil se basa en la doctrina de la separación de patrimonios. Los proponentes de la teoría del patrimonio de afectación buscan romper con la idea clásica¹¹² de que una persona puede tener un sólo patrimonio que responde todas sus deudas, en favor de una visión que acepta que una misma persona pueda tener patrimonios separados cuyos activos responden de distintas deudas.¹¹³ Autores como el francés Pierre Lepaulle¹¹⁴ han visto en el patrimonio de afectación una manera de explicar el *trust* desde la perspectiva civil. Dicha visión ha tenido gran influencia en Latinoamérica, donde una serie de jurisdicciones se han servido de ella para crear instituciones que algunos autores han reputado como verdaderos casos de *trust*.¹¹⁵ Sin embargo, tal como señala Lionel Smith, el *trust* no puede explicarse desde esta perspectiva

¹⁰⁴ MCFARLANE (2013), p. 512.

¹⁰⁵ SMITH (2008), p. 383, refiriéndose al patrimonio de afectación. Esto suele ser pasado por alto por autores que buscan explicar el *trust* desde los conceptos del derecho chileno. Por ejemplo, FUEYO (1961), p. 13 o PEÑAILILLO (2019), Tercera Parte, Capítulo II, [10 C].

¹⁰⁶ GRETTON (2000) pp. 308–317; SMITH (2008), pp. 383–384.

¹⁰⁷ DUCCI (2010), p. 140.

¹⁰⁸ Para Chile, ver en general, DUCCI (2010), pp. 144–148, 166–167.

¹⁰⁹ Ver Art. 1448 y 2151 Código Civil.

¹¹⁰ STITCHKIN (2008), pp. 433–436.

¹¹¹ Para el caso de Chile, ver DUCCI (2010), pp. 166–177; PUELMA (2011), pp. 98–101.

¹¹² Generalmente atribuida en Chile a AUBRY y RAU.

¹¹³ FIGUEROA (2008), pp. 97–98.

¹¹⁴ LEPAULLE (1931).

¹¹⁵ Ver sección VI.

por la simple razón de que la naturaleza jurídica del *trust* sólo admite tener activos en *trust*, pero no pasivos.¹¹⁶

No obstante, a primera vista, el paralelo con el patrimonio de afectación resulta prometedor porque, al igual que en el caso del *trust*, los acreedores personales del deudor no pueden alcanzar los bienes que este tiene en su patrimonio separado. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las obligaciones del *trust*. Por ejemplo, si el *trustee* incurre en deudas en relación con los activos que tiene en *trust*, los acreedores no tienen una acción contra el *trustee*, en cuanto tal, que sea realizable en los activos del *trust*. Sus acreedores por deudas adquiridas en el desempeño del *trust* tienen simplemente una acción contra el *trustee*, como persona, realizable en los activos que este tiene en interés propio. Esto no implica que el *trustee* tenga que responder finalmente con sus bienes propios, ya que puede pagar con los activos que tienen en *trust* o reembolsarse contra ellos. Sin embargo, el acreedor del *trust* no tiene acceso directo a ellos. En caso de que los bienes personales del *trustee* no sean suficientes para cubrir las deudas incurridas en razón del *trust*, el acreedor sólo puede forzar al *trustee* a usar esos activos para pagar la deuda, pero no puede acceder a ellos directamente.¹¹⁷

Por otro lado, el beneficiario tampoco tiene un derecho directo sobre los activos en *trust*. Su derecho sobre estos activos es derivativo y dependiente de los derechos del *trustee*. Lo que el beneficiario tiene es un *derecho contra los derechos* del *trustee* que, en última instancia, responde histórica y conceptualmente a la distorsión de una relación obligatoria operada por medio del *equity* que no puede explicarse en términos basados en la noción de patrimonio. Tanto el beneficiario del *trust* como sus acreedores solo pueden acceder a los activos del *trust* a través del *trustee*:¹¹⁸ los derechos en *trust* son una titularidad plena del *trustee*, pero tienen “impresos”¹¹⁹ sobre ellos el derecho del beneficiario y, por eso, son inmunes a los acreedores del *trustee* y, *eventualmente*, recuperables de terceros.

VI. CASOS ESPECIALES EN CHILE: FONDOS DE PENSIONES Y FONDOS DE INVERSIÓN

En jurisdicciones de la tradición civil, instituciones clásicas como el mandato, la sociedad o el patrimonio de afectación no agotan las herramientas que el derecho contemporáneo pone a disposición de las partes para separar la administración y la titularidad económica de activos. Desde hace décadas, diferentes jurisdicciones civiles han adoptado reglas o aceptado prácticas que, en mayor o menor medida, permiten replicar estructuras patrimoniales similares al *express trust*.¹²⁰ Según Nicolás Malumíán, siguiendo la experiencia de los Estados Unidos, una serie de jurisdicciones latinoamericanas, entre las cuales no estaría Chile, han creado legislativamente un “fideicomiso” basado en la teoría de los patrimonios de afectación¹²¹ que sería un caso de *trust* propiamente tal.¹²² Si bien no ha

¹¹⁶ SMITH (2008), p. 394.

¹¹⁷ Para toda esta explicación, *ibid* 386–388.

¹¹⁸ *Ibid* 390–393, 395, 398.

¹¹⁹ Usando las palabras de la *High Court* de Australia en *DKLR Holding* (1982).

¹²⁰ Por ejemplo, en Francia la “fiducia con fines de garantía”, BARRIERE (2013).

¹²¹ MALUMIÁN (2010).

¹²² MALUMIÁN (2013). Sobre propiedad fiduciaria en Chile, ver n 103.

seguido esa tendencia, Chile presenta otros casos análogos que deben ser considerados.¹²³ Probablemente, los más interesantes en el desarrollo legislativo reciente son los fondos de pensiones creados por el DL 3.500 de 1980 y los fondos de inversión actualmente reguladas por la denominada Ley Única de Fondos o “LUF” (Ley 20.712).

6.1 Fondos de pensiones

El DL 3.500 introdujo en Chile un sistema de pensiones basado en la capitalización de cotizaciones previsionales en fondos individuales gestionados por administradoras de fondos de pensiones o “AFPs” (Art. 1° DL 3.500). Un elemento central de este sistema es que “[c]ada Fondo de Pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre aquello” (Art. 33 DL 3.500). Por lo tanto, si bien el DL 3.500 no señala expresamente que los afiliados tengan “propiedad” sobre los fondos de pensión, es generalmente aceptado que de sus normas “*se infiere, con claridad meridiana, que (...) cada afiliado es dueño de los fondos que ingresen a su cuenta de capitalización individual y que el conjunto de éstos constituyen un patrimonio independiente y diferente del patrimonio de la sociedad administradora de esos fondos*”.¹²⁴

La propiedad que los afiliados tienen sobre los fondos tiene dos implicancias clave para la estructura del sistema de pensiones chileno: primero, separa claramente la titularidad jurídica de los fondos de su administración y, segundo, extiende la protección constitucional de la propiedad a los derechos de los afiliados sobre sus fondos. Este diseño fue parte de un entramado institucional mayor que buscaba proteger dicho sistema de reformas llevadas adelante por vía legislativa.¹²⁵ Sin embargo, durante los últimos años el derecho de propiedad de los afiliados sobre los fondos ha sido la piedra angular de al menos dos intentos por desarticular el sistema de AFPs: la litigación de interés público del grupo denominado “No+AFPs” y las reformas constitucionales que autorizaron sucesivos retiros de los fondos de pensiones durante la crisis del Covid-19.¹²⁶

Los aspectos técnicos relativos a la titularidad y radicación patrimonial de las inversiones de esos fondos son conceptualmente confusos. Al hablar de “patrimonios” el Art. 33 DL 3.500 parece sugerir que los fondos serían patrimonios de afectación,¹²⁷ lo que es consistente con lo que dispone el Art. 35 DL 3.500 en el sentido de que valor de cada uno de los fondos de pensiones se expresa en “cuotas”. En esta visión, las inversiones estarían radicadas en los fondos de pensión como patrimonios de afectación y los afiliados serían titulares de “cuotas” sobre los mismos. Esto parece también consistente con el tratamiento tributario de las ganancias de los fondos.¹²⁸ Sin embargo, ello no es consistente con el entendimiento de “patrimonio” que provee el propio DL 3.500, conforme al cual este es

¹²³ En su época, Fernando FUEYO trató el caso de las comisiones de confianza a cargo de los bancos (FUEYO, 1961) y, recientemente, Cristián BANFI ha analizado las implicancias de un correcto entendimiento del *trust* en la sucesión por causa de muerte (BANFI, 2019).

¹²⁴ Tribunal Constitucional, 21 junio de 2001, Rol N° 334, considerando 5°.

¹²⁵ Al respecto, ver LARRAÍN (2012).

¹²⁶ Para un resumen hasta 2020, VARGAS (2020).

¹²⁷ Esta opción ha sido explorada en la tesis de grado de FERNÁNDEZ (2006).

¹²⁸ Los incrementos que experimenten las cuotas de los fondos de pensiones no constituyen renta. Art. 18, inc. 3° DL. 3.500.

simplemente “*la diferencia entre el valor de los activos totales y los pasivos exigibles*” (Art. 98) ni con el vocabulario de los tribunales.¹²⁹

Por su parte, el Compendio de Normas del Sistema de Pensiones de la Superintendencia de Pensiones utiliza “*el concepto de fondo o fondos para referirse indistintamente a los fondos mutuos, fondos de inversión rescatables, fondos de inversión no rescatables, nacionales y extranjeros, títulos representativos de índices financieros y, en general, a todo tipo de vehículos de inversión colectiva extranjeros en los que invierten los Fondos de Pensiones, independiente de su naturaleza jurídica*”.¹³⁰ En otras palabras, desde la perspectiva de la Superintendencia de Pensiones, “fondos” parece simplemente referirse a la sumatoria de los instrumentos en que las AFPs invierten las cotizaciones de sus afiliados, no a su continente.

La jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional (TC) parece tener un entendimiento similar. En uno de los casos promovidos por el movimiento “No+AFP”,¹³¹ dicho tribunal señaló que los recursos incorporados a la cuenta de capitalización individual del trabajador y su rentabilidad son de propiedad del afiliado ya que provienen de su remuneración.¹³² En opinión del tribunal, la circunstancia que dineros de propiedad del afiliado sean enterados en la cuenta que este mantiene en la respectiva AFP no altera la naturaleza de su vínculo con ellas. Consistente con esta lógica, el TC estima que los afiliados son “*dueños de los fondos previsionales acumulados*”,¹³³ no titulares de cuotas en un patrimonio de afectación. Esto plantea la pregunta sobre cómo ocurre la subrogación del dinero cotizado por instrumentos de inversión.¹³⁴ Una posible forma de explicar ese fenómeno es el mandato con representación:¹³⁵ la AFP actuaría directamente sobre la propiedad del afiliado como representante. Sin embargo, ello no es consistente con la práctica. En los hechos, al invertir el dinero aportado por los cotizantes, las AFP actúan “por los fondos” no “por los cotizantes” y los afiliados no perciben renta por el mayor valor en la enajenación de esos instrumentos.¹³⁶

La debilidad conceptual de la relación entre afiliados y fondos ha jugado un rol importante en la erosión del sistema privado de pensiones chilenos. Si bien las razones de fondo que explican este fenómeno escapan al análisis jurídico, la deficitaria estructura conceptual del vínculo entre el afiliado y fondo ha jugado un rol determinante en *cómo* se ha desarrollado ese proceso. En última instancia, tanto la campaña de No+AFP como los retiros se basan en presentar la concepción unitaria del dominio como incompatible con el sistema, tal como está diseñado: si el afiliado es *dueño* de los fondos, entonces tiene que poder usar, gozar y disponer con un grado de arbitrariedad relevante de los mismos. Este argumento no tendría cabida en sistemas que estructuran sus fondos de pensiones en base al *trust*: en estos casos, no cabe duda de que el *trustee* (el ente que administra los fondos) es el titular de los

¹²⁹ Ver abajo.

¹³⁰ Libro IV, Título IV, Letra A, disponible en <https://www.spensiones.cl/portal/compendio/596/w3-propertyvalue-2658.html>.

¹³¹ Tribunal Constitucional, 14 de mayo 2020.

¹³² Ver considerando 36°.

¹³³ Ver considerando 37°.

¹³⁴ En el caso del *trust*, esto ocurre gracias a la institución del *overreaching*, conforme a la cual, cuando el *trustee* dispone de la propiedad del *trust* conforme a sus reglas, el tercero adquirente adquiere libre de los derechos del beneficiario, los que se traspasan a aquello que es dado a cambio de esos derechos, típicamente, dinero.

¹³⁵ Esta opción ha sido explorada por la tesis de FERNÁNDEZ (2006), pp. 36–45.

¹³⁶ Ver n 141.

activos contenidos en el fondo, mientras que el beneficiario (el afiliado) tiene un derecho contra esos derechos, consistente en que éstos sean administrados separadamente y en su interés, conforme a los términos del *trust*. En ausencia de una estructura clara como esta, cuando la realidad puso presión sobre el sistema de AFPs, la cadena se cortó por su eslabón conceptualmente más débil: la relación entre afiliado y fondo.¹³⁷

6.2 Fondos de inversión

Los fondos de inversión actualmente regulados por la LUF ofrecen un contrapunto a lo que ha ocurrido en materia de pensiones. Si bien los fondos de inversión tampoco responden a la estructura conceptual del *trust*, estos descansan explícitamente en la noción de patrimonio de afectación (ver Art. 1º LUF). Los fondos creados bajo esta normativa constituyen patrimonios de afectación, sin personalidad jurídica que se forman por los aportes de los denominados partícipes. Su finalidad exclusiva es invertir en los instrumentos señalados por la misma ley, bajo administración de una sociedad anónima creada al efecto, pero que actúa por cuenta y riesgo de los aportantes.¹³⁸

El propósito de la LUF y sus antecesoras es proveer a inversionistas de acceso a una gestión profesionalizada de capital.¹³⁹ La forma en que la LUF logra este efecto es escindiendo completamente la titularidad de las inversiones de su administración. Las inversiones se radican en un patrimonio de afectación cuyas cuotas son propiedad de los partícipes. Debido a que dicho patrimonio no tiene personalidad jurídica, este opera en la vida del derecho mediante la sociedad administradora. A diferencia de otros casos de administración de patrimonios por cuenta de terceros,¹⁴⁰ la tributación sobre las ganancias que obtenga el fondo no se devenga sino hasta que el aportante realiza un “rescate” o dispone de sus cuotas, esto es, hasta que el mayor valor se materializa en “su” patrimonio.¹⁴¹

La similitud funcional de los fondos de inversión creados bajo la LUF (y su antecesora, la Ley 18.815)¹⁴² con el *express trust* usado como vehículo de inversión es evidente. Primero, en ambos casos la administración de un derecho es entregada a una parte diferente de aquella que tiene derecho a percibir sus beneficios económicos. Segundo, en ambos casos esos derechos quedan fuera del alcance de los acreedores personales de la parte que los administra. Finalmente, en ninguno de los dos casos la parte interesada tiene derechos directos sobre los bienes administrados: el *trustee* no es un agente del beneficiario ni la sociedad administradora un representante de los partícipes.

Sin embargo, el *trust* y los fondos de inversión tienen estructuras conceptuales diferentes. En su configuración actual, los fondos de inversión son dependientes de la aceptación de la doctrina de los patrimonios de afectación: a diferencia del *trustee*, quien administra los derechos en *trust* como titular pleno, la sociedad administradora no actúa a nombre propio, sino que por cuenta del fondo. Del mismo modo, a diferencia del beneficiario

¹³⁷ VARGAS (2020).

¹³⁸ TEJOS (2021), p. 517. La ley que antecedió a la LUF conceptualizaba los fondos en términos similares, pero sin usar directamente el término de “patrimonio de afectación”, ver Art. 1 Ley 18.815.

¹³⁹ VILLEGAS (2021), p. 80.

¹⁴⁰ Por ejemplo, el mandato de la Ley 20.880

¹⁴¹ Los fondos no se consideran contribuyentes de impuesto de primera categoría (Art. 81 N° 1 LUF).

¹⁴² Ver nota 138.

de un *trust*, quien dependiendo de cómo se entienda su interés, tiene un “derecho contra el derecho” del *trustee* o un derecho propietario en la cosa tenida en *trust*,¹⁴³ el partícipe de un fondo de inversión tiene una cuota en un patrimonio de afectación. De esta forma, si el *trust* ha sido visto en el contexto angloamericano como una distorsión del derecho de obligaciones, la estructura de los fondos de inversión chilenos puede explicarse como una distorsión de la noción clásica de patrimonio. Un mayor desarrollo de las implicancias de lo anterior es urgente.

VII. COMENTARIOS FINALES

Al igual que otras jurisdicciones de la tradición civil, el derecho chileno no reconoce al *trust* angloamericano como tal y tampoco es capaz de admitir cómodamente sus elementos dentro de su estructura conceptual. En Chile, algunos autores han intentado explicar el *trust* mediante la metáfora de la doble propiedad y la doctrina de los patrimonios de afectación. Sin embargo, ambas rutas están condenadas al fracaso. En la medida que estas visiones no explican acertadamente la estructura conceptual del *trust*, ellas no advierten, primero, que el único dueño del derecho tenido en *trust* es el *trustee* y que la desafectación de la *trust property* de las obligaciones personales del *trustee* no está basada en la noción de separación de patrimonio. Más allá de sus defectos, la teoría de los derechos contra derechos tiene la virtud de explicar ambos puntos claramente.

Si bien el derecho chileno no reconoce al *trust*, este cuenta con una batería de instituciones que permiten a los privados crear estructuras que son, al menos parcialmente, funcionalmente equivalentes al *express trust*. Algunas de ellas tienen larga data en la tradición civil, como el mandato o la sociedad. Otras son creaciones legislativas más recientes, como los fondos de pensiones y de inversión. ¿Significa esto que tener un entendimiento más acabado del *trust* sea irrelevante para la doctrina chilena? Para nada. Ya sea que se lo conciba como un derecho de naturaleza propietaria o como un caso de derechos contra derechos, es claro que el *trust* descansa en una estructura conceptual que es ajena al derecho chileno. A diferencia de los equivalentes funcionales disponibles en Chile, el *trust* no está basado en distinguir entre patrimonios, sino que es una distorsión del derecho de obligaciones. Entre otras cosas, esto obliga a reconsiderar si el “fideicomiso latinoamericano” es *realmente* un *trust*, como señala Malumíán.

Tener clara la diferencia conceptual entre estructuras de administración de intereses económicos ajenos basadas en la separación de patrimonios y aquellas que dependen de la creación de “derechos contra derechos” puede ser relevante tanto para la solución de casos concretos como para el desarrollo del derecho nacional. A este respecto, existen al menos dos preguntas prácticas que merecen ser estudiadas desde una perspectiva conceptual. La primera es de derecho internacional privado: en caso de un litigio ante un tribunal chileno, ¿quién es el dueño de los derechos tenidos en *trust*? La segunda, hasta ahora la única abordada

¹⁴³ WEBB y AKKOUH, quienes siguen la teoría ortodoxa, señalan explícitamente que el beneficiario no tiene un derecho en un fondo de activos cambiantes, porque éste puede eventualmente reclamar acceso directo a la cosa bajo la regla de *Saunders v Vautier* (1841) y perseguirla en especie de algunos terceros adquirentes. WEBB y AKKOUH (2017), p. 34.

en Chile, es impositiva:¹⁴⁴ ¿quién tributa y por qué concepto en el caso de rentas provenientes de bienes tenidos en *trust*?

Finalmente, un estudio más amplio del *trust* puede proveer de una experiencia relevante para el desarrollo legislativo del derecho chileno. La utilidad del *trust* no se reduce a ser un vehículo para la administración profesional de inversiones. En el *common law* el *trust* sirve para una variedad de propósitos, que van desde la protección de quien contribuye económicamente a la adquisición de un activo, pero que no tiene derechos legales sobre el mismo (*constructive* y *resulting trust*) a la prosecución de objetivos benéficos o de interés público (*purpose trust*). ¿Significa esto que el derecho chileno debiera adoptar el *trust*? Probablemente no. El trasplante irreflexivo de instituciones extranjeras ha resultado con frecuencia en una fuente de problemas.¹⁴⁵ Sin embargo, entender el *trust* en forma más acabada puede ser útil para que el derecho chileno desarrolle sus propias soluciones a los mismos problemas.

¹⁴⁴ Por ejemplo, GARNHAM (2010); LEIVA VILLEGAS (2021).

¹⁴⁵ Ver KAHN-FREUND (1974).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGNEW, Sinéad (2018). "The Meaning of and Significance of Conscience in Private Law", *Cambridge Law Journal*, Vol. 77, N° 3, pp. 479-505.
- ASHBURNER, Walter (1902). *Principles of Equity* (Boston: Butterworth & Company).
- BOLGÁR, Vera (1953). "Why no trusts in the civil law", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 2, N° 3, pp. 204-219.
- BANFI, Cristian (2019). "Algunos aspectos sobre el trust inglés. Un par de consecuencias en el derecho chileno", en Manuel Barría Paredes *et al* (directores y coordinadores), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo* (Santiago: Thomson Reuters), pp. 673-704.
- BARRIERE, Francois (2013). "The Security Fiducie in French Law", en Lionel Smith (edit.), *The Worlds of the Trust* (Cambridge: Cambridge University Press), pp. 101-140.
- BRAUN, Alexandra (2017). "The State of the Art of Comparative Research in the Area of Trusts" in Michele Graziadei and Lionel Smith (eds), *Comparative property law: global perspectives* (Edward Elgar), pp. 121-149.
- BRIGHT, Susan (1998). "Of Estates and Interest: A Tale of Ownership and Property Rights", en Susan Bright y John Dewar (edits.), *Land Law. Themes and Perspectives* (Oxford: Oxford University Press), pp. 526-549.
- BURROWS, Andrew (2002). "We Do This at Common Law but That in Equity", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, N° 1, pp. 1-16.
- DAGAN, Hanoach y Samet, Irit (2022). 'Express Trust: The Dark Horse of the Liberal Property Regime', en Simone Degeling et. al. (edits), *Philosophical Foundations of the Law of Trusts*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3753282.
- DE WAAL MJ (2012). "Trust Law", en Jan Smits (edit) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (Edward Elgar, segunda edición), pp. 926-939.
- DOUGLAS, Simon y McFarlane, Ben (2013). 'Defining Property Rights', en James Penner y Henry Smith (edits), *Philosophical Foundations of Property Law* (Oxford University Press), pp. 219-243
- DUCCI Claro, Carlos (2010). *Derecho Civil. Parte General* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).
- EDELMAN, James (2013). "Two Fundamental Questions for the Law of Trusts", *Law Quarterly Review*, Vol. 129, pp. 66-86.
- FERNÁNDEZ Méndez, Andrés (2006). *Estudio doctrinario sobre la afiliación y las relaciones jurídicas que surgen a partir de ellas entre las AFP, los fondos y los Afiliados* (Tesis de grado, Universidad de Chile).
- FIGUEROA Yañez, Gonzalo (2008). *El Patrimonio* (Editorial Jurídica de Chile, tercera edición)
- FUEYO, Fernando (1961). "Fideicomiso anglo-sajón y su aplicación en la legislación chilena", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Concepción*, Vol. 118, pp. 3-36

- FUENZALIDA, Puelma, Sergio (1963). *El trust o fideicomiso angloamericano y sus adaptaciones latinoamericanas* (Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso)
- GARNHAM, Arturo (2010). "Problemas generados por los trusts desde una perspectiva tributaria doméstica chilena", *Anuario de Derecho Tributario*, Vol. 2, pp. 19-29.
- GRAZIADEI, Michele (2017) "The Structure of Property Ownership and the Common Law/Civil Law Divide", en Michele Graziadei y Lionel Smith (edits), *Comparative Property Law: Global Perspectives* (Edward Elgar).
- GRETTON, George (2000). "Trusts Without Equity" (2000), *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, pp. 599-620
- HACKNEY, Jeffrey (1987). *Understanding Equity and Trusts* (Fontana Press).
- HANSMANN, Henry y Mattei, Ugo (1998) "The function of trust law: a comparative legal and economic analysis", *NYU Law Review*, Vol. 73, pp. 434-479.
- HOHFELD, Wesley (1913). "Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning" (1913), *Yale Law Journal*, Vol. 23, N° 1, pp. 16-59.
- KAHN-FREUND, Otto (1974). "On Uses and Misuses of Comparative Law", *Modern Law Review*, Vol. 37, N° 1, pp. 1-27.
- KISCHEL, Uwe (2019) *Comparative Law* (trad. Andrew Hammel). (Oxford: Oxford University Press)
- LARRAÍN Villanueva, Florencia (2012). "El sistema privado de pensiones en Chile y sus resguardos constitucionales", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 2, pp. 541-551
- LAWSON, F.H. y Rudden, Bernard (2002). *The Law of Property* (Oxford: Oxford University Press, tercera edición)
- LEIVA Villegas, Alejandro (2021). "Fondos de Inversión Privados: Análisis Jurídico y Tributario", *Revista de Estudios Tributarios*, Vol. 25, pp. 79-118
- LEPAULLE, Pierre (1931). *Traité théorique et pratique des trust en droit Interne, en droit fiscal et en droit international* (París: Rousseau et Cie)
- MALUMIÁN, Nicolás (2010). "Trusts in Latin America", *Trust & Trustees*, Vol. 16, pp. 143-54
- MALUMIÁN, Nicolás (2013). "Conceptualization of the Latin American Fideicomiso: Is It Actually a Trust?", *Trust & Trustees*, Vol. 19, pp. 720-729
- MATTHEWS, Paul (2013). "The Compatibility of the Trust with the Civil Law Notion of Property", en Lionel Smith (edit), *The Worlds of the Trust* (Cambridge: Cambridge University Press), pp. 313-339
- McFARLANE, Ben (2008). "Equity, Obligations and Third Parties", *Singapore Journal of Legal Studies*, December 2008, pp. 308-325
- McFARLANE, Ben (2008). *The Structure of Property Law* (Oxford: Hart Publishing)
- McFARLANE, Ben (2013). "The Trust and Its Civilian Analogues", en Lionel Smith (edit), *The Worlds of the Trust* (Cambridge: Cambridge University Press), pp. 512-523
- McFARLANE, Ben (2021). "Equity", en Gold, Andrew; Goldberg, John; Kelly, Daniel; Sherwin, Emily y Smith, Henry (edits), *The Oxford Handbook of New Private Law* (Oxford: Oxford University Press), pp. 547-562.

- McFARLANE, Ben and Douglas, Simon (2022). 'Property, Analogy and Variety', *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 42, N° 1, pp. 161-186
- McFARLANE, Ben; Hopkins, Nicholas y Nield, Sarah (2021). *Land Law. Text, Cases and Materials* (Oxford: Oxford University Press, quinta edición)
- McFARLANE, Ben y Mitchell, Charles (2015). *Hayton and Mitchell on the Law of Trusts and Equitable Remedies* (Londres: Sweet & Maxwell, decimocuarta edición)
- McFARLANE, Ben y Stevens, Robert (2010). "The Nature of Equitable Property", *Equity*, Vol. 4, pp 1-28
- MEAGHER, Roderick Pitt y Gummow, W.M.C. (1997). *Jacobs' Law of Trusts in Australia* (Oxford: Butterworths, sexta edición)
- MERRILL, Thomas y Smith, Henry (2001). "The Property/Contract Interface", *Columbia Law Review*, Vol. 101, pp. 773-852.
- MICHAELS, Ralf (2019). "The functional method of comparative law", en Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (edits), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press, segunda edición), pp. 1031-1057.
- MILO, J. Michael (2012). "Property and Real Rights", en Jan M Smits (edit), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (Edward Elgar, segunda edición)
- PARKINSON, Patrick (2002), "Re-Conceptualising the Express Trust", *Cambridge Law Journal*, Vol. 1, N° 3, pp. 657-683
- NOLAN, Richard (2006). "Equitable Property", *Law Quarterly Review*, Vol. 22, N° 2, pp. 232-265.
- PEÑAILILLO Arévalo, Daniel (2019). *Los Bienes. La Propiedad y Otros Derechos Reales* (Santiago: Thomson Reuters, segunda edición, versión digital).
- PISTOR, Katharina (2019) *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton: Princeton University Press)
- PUELMA Accorsi, Álvaro (2011). *Sociedades*, Vol. I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición)
- SMITH, Henry (2017). "Fusing the Equitable Function in Private Law", en Barker, Karen Fairweather y Ross Grantham (edit), *Private Law in the 21st Century* (Oxford: Hart Publishing, 2017), pp. 173–196.
- SMITH, Henry (2021). "Equity as Meta-Law", *Yale Law Journal*, Vol. 130, N° 5, pp. 1050-1144
- SMITH, Lionel (ed) (2013). *The Worlds of the Trust* (Cambridge: Cambridge University Press)
- SMITH, Lionel (2008). "Trust and Patrimony" (2008). *Revue Générale de droit*, Vol. 28, pp 379-403.
- SPARKES, Peter (2012). "Certainty of Property: Numerus Clausus or the Rule with No Name?" *European Review of Private Law*, Vol. 20, N°3, pp. 769-804.
- STITCHKIN Branover, David (2008). *El Mandato Civil* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, quinta edición)
- SWADLING, William (2013). "Property: General Principles", en Andrew Burrows (edit), *English Private Law* (Oxford: Oxford University Press, tercera edición)

-
- SWADLING, William (2016). "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective" (2016). *European Review of Private Law*, Vol. 24, N°6, pp. 951-972
- TEJOS Conteras, Roberto (2021). *Manual de Informes Legales* (Santiago: Thomson Reuters, segunda edición)
- VAN ERP, Sjef (2019). "Comparative Property Law", en Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (edits), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, segunda edición), pp. 1031-1057.
- VARGAS Weil, Ernesto (2020). "Property without Trust: Rise and Fall of the Chilean Pension System?", disponible en <https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/property-law/blog/2020/08/property-without-trust-rise-and-fall-chilean>
- WEBB, Charlie y Akkouch, Tim (2017). *Trusts Law* (Palgrave, quinta edición)
- VIRGO, Graham (2020). *The Principles of Equity & Trusts* (Oxford: Oxford University Press, cuarta edición)
- WORTHINGTON, Sarah (2006). *Equity* (Oxford: Oxford University Press, segunda edición).
- ZWEIGERT, KONRAD y Kötz, Hein (1998). *An Introduction to Comparative Law* (trad. Tony Weir). (Oxford: Oxford University Press, tercera edición).

NORMAS CITADAS

Chile:

Código Civil

DL 3.500 del 4 de noviembre de 1980, Establece nuevo sistema de pensiones;

Ley 18.815, del 29 de julio de 1989, Regula Fondos de Inversión;

Ley 20.712, del 7 de enero de 2014, Sobre Administración de fondos de terceros y carteras individuales;

Ley 20.880, del 5 de enero de 2016, Sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses.

France:

Code civil des Français;

Germany:

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

Inglaterra y Gales:

Law of Property Act 1925;

International Treatises:

Convención Internacional de 1985 sobre derecho aplicable a los *trusts* y su reconocimiento

JURISPRUDENCIA CITADA**Australia:**

DKLR Holding Co. (No. 2) Pty Ltd v Commissioner of Stamp Duties (1982) 149 CLR 431

Chile:

Tribunal Constitucional, 21 de junio, 2001, sentencia Rol N° 334;

Tribunal Constitucional, 14 de mayo 2020, sentencia Rol N° 7442-2019.

England and Wales:

Lord Compton's Case (1568) 3 Leo 196;

Earl of Worcester v Finch (1600) 4 Co Inst 85;

Williams & Glyn's Bank v Boland [1981] AC 487;

Leigh and Silavan Ltd v Aliakmon Shipping Co Ltd (The Aliakmon) [1986] AC 785;

MCC Proceeds Inc v Lehman Bros [1998] 4 All ER 675;

Saunders v. Vautier (1841) 4 Beav. 115; (1841) Cr. & Ph. 240;

Shell UK Ltd & ors v Total UK Ltd & ors [2010] EWCA Civ 180, [2011] QB 86.