

---

**TRIÁNGULO HISTÓRICO JURÍDICO MÁGICO: FIDEICOMISO & EQUITY & TRUST****Guillermo Suárez Blázquez<sup>1</sup>****Resumen**

Un milenario puente histórico jurídico parece unir al viejo fideicomiso romano con la relación jurídica del trust, pues ambas figuras del derecho tienen la misma raíz: la confianza. Mediante cualquiera de ellas, una persona otorga a otra su patrimonio, para que esta última, a su vez, actúe en beneficio de uno o varios terceros. Desde una óptica histórico - jurídica sincrónica, cuando nació el fideicomiso todavía no existía el trust. Sin embargo, las circunstancias, los hechos, e incluso los caprichos históricos que son guiados por el paso del tiempo, propiciaron que numerosos elementos y principios jurídicos romanos se proyectaran y fueran aceptados por la historia jurídica de Inglaterra<sup>2</sup>. De esta forma, ambas instituciones, de neta naturaleza jurídica fiduciaria, se encontraron y se relacionaron de forma intensa por los tribunales de equidad anglosajones. El fideicomiso (al menos la naturaleza jurídica de las relaciones jurídicas fideicomisarias) fue, probablemente, una de las fuentes principales romanas de inspiración jurisdiccional para equity & trust. Sin embargo, los tribunales de equidad aplicaron otras normas romanas y canónicas, para construir las rígidas relaciones de confianza feudales que eran desconocidas por la angosta jurisdicción del common law medieval. De este modo, a partir del siglo XIV d. C., Court of Chancery propició el libre desarrollo de equidad para edificar, con materiales jurídicos romanos, las relaciones jurídicas procesales fiduciarias, que eran unidas mediante el triángulo mágico del trust.

**Palabras Clave:** Derecho Romano & Court of Chancery & Fideicomiso & Equity & Trust

**INTRODUCCIÓN**

Un milenario puente histórico jurídico parece unir al viejo fideicomiso romano con la relación jurídica del trust, pues ambas figuras del derecho tienen la misma raíz: la confianza. Mediante cualquiera de ellas, una persona puede proteger su riqueza y, a tal fin, otorgar en propiedad a una de persona de su confianza todo o parte de su patrimonio, para que esta última, a su vez, actúe en favor de uno o varios beneficiarios. De esta forma, la grandeza del Derecho posibilita que una persona reciba la propiedad de unos bienes, pero, sin embargo, aquella es forzada jurídicamente a actuar en el beneficio de un tercero, quien es realmente el propietario. Si atendemos a una óptica histórico - jurídica sincrónica, cuando nació el fideicomiso todavía no existía el trust. Con todo, las

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Romano y Sistemas Jurídicos Comparados de la Universidad de Vigo. Colaborador permanente de VLEX Editorial jurídica (Barcelona). E-mail: gsuarez@uvigo.es

<sup>2</sup> Buckland W.W. "Equity in Roman Law", University of London Press, London, 1911, p. 19. Buckland W.W y McNair, "Derecho Romano y Common Law", 1ª ed. 1936, Madrid, 1994, pp. 174 -175.

circunstancias, los hechos, e incluso los caprichos históricos, que son guiados por el paso del tiempo, propiciaron que numerosos elementos y principios jurídicos romanos se proyectaran y fueran aceptados por la historia jurídica de Inglaterra<sup>3</sup>. De esta forma, ambas instituciones, de neta naturaleza jurídica fiduciaria, “se encontraron” y se relacionaron de forma intensa por los tribunales de equidad anglosajones. El fideicomiso (al menos la naturaleza jurídica de las relaciones jurídicas fideicomisarias) fue, probablemente, una de las fuentes principales romanas de inspiración jurisdiccional para la construcción de equity & trust. En esta dirección, los tribunales eclesiásticos de equidad aplicaron otras normas e instituciones romanas y canónicas para corregir y proteger, por razones de conciencia, las rígidas relaciones fiduciarias constituidas, sobre los patrimonios y la tierra feudal, que eran desconocidas por la angosta jurisdicción del common law medieval<sup>4</sup>. De este modo, se fue creando una inercia procesal y judicial que, durante el siglo XIV d. C., propició que Court of Chancery desarrollase un libre juego procesal de equidad para edificar, caso por caso, con materiales jurídicos romanos, las relaciones jurídicas procesales de confianza (equitable ownership), que eran unidas mediante el triángulo mágico del trust.

### ¿QUÉ ES UN TRUST?

Como punto de partida ¿qué es un Trust?

Según Hanbury y Martin:

“A trust is a relationship recognised by equity which arises where property is vested (a person or) persons called the trustees, which those trustees are obliged to hold for the benefit of other persons called *cestuis que trust* or beneficiaries. The interests of the beneficiaries will usually be laid down in the instrument creating the trust, but may be implied or imposed by law<sup>5</sup>”.

En el decir de Thomas and Hudson:

“the essence of trust is the imposition of an equitable obligation on a person who is the legal owner of property (a trustee) which requires that person to act in good conscience when dealing with that property in favour of any person (the beneficiary) who has a beneficial interest recognised by equity in the property. The trustee is said to hold the property on trust for the beneficiary<sup>6</sup>”.

Las definiciones de estos autores ponen de relieve que el trust es una relación jurídica que tiene su razón de ser en la confianza que una o varias personas otorgan a otra u otras, para que éstas actúen en el beneficio y el interés de un tercero, o de varios. Acorde con este espíritu del trust ya se situaba el parecer de E. Jenks, quien sostuvo que “*settlement* significa toda disposición de propiedad o modo de fundación o disposición permanente,

<sup>3</sup> Buckland W.W. “*Equity in Roman Law*”, University of London Press, London, 1911, p. 19. Buckland W.W y McNair, “*Derecho Romano y Common Law*”, 1ª ed. 1936, Madrid, 1994, pp. 174 -175.

<sup>4</sup> Stepkowsky A, “*L’ institution du trust dan le systeme mixte du droit prive écosais*”, Varsovie, 2005, pp 20 -21.

<sup>5</sup> Hanbury & Martin, “*Modern Equity*”, London, 1993, p. 46.

<sup>6</sup> Tomas and Hudson, “*The Law of Trusts*”, 2004, pr. 1. 01, pp. 1 – 26.

en beneficio de una o más personas<sup>7</sup>". Prima facie, el trust es una relación jurídica (relationship) de equidad, que parece tener orígenes y connotaciones feudales. Así lo creen Hanbury y Martin, quienes hacen alusión directa en su definición de trust a la expresión "property is vested<sup>8</sup>" (propiedad investida). Vinculación feudal unilateral del fondo del trust (entrusted = to invest or charge<sup>9</sup>) que es establecida por un settlor en favor de uno o varios trustees, quienes son, además, investidos de poder y de propiedad sobre aquél, para que actúen en beneficio de uno o varios terceros, determinados individualmente, incluso en beneficio de grupos o colectivos genéricos de personas. Estructura jurídica que, sin embargo, sólo es históricamente reconocida por la Corona, los tribunales eclesiásticos y the Court of Chancery, a través, de sus reglas procesales y de la formación romano canónica de Equity. De acuerdo con la definición de Hanbury y Martin y de Thomas y Hudson, la estructura del trust es triple, pues en este último intervienen un settlor, que es la persona que establece, instituye y vincula una propiedad o un fondo patrimonial a favor de uno o varios trustees, quienes, a su vez, deben actuar en el beneficio de uno o varios terceros, *cestuis que trust*. Incluso, en algunas ocasiones, en beneficio del propio settlor, quien, en este caso, creemos que se constituye, a su vez, en beneficiario *cestui*.

Esta estructura fiduciaria permite que el trust pueda ser destinado, según A. Hudson, a cumplir diferentes finalidades: "family business<sup>10</sup>", "commercial uses<sup>11</sup>", incluso, "trust as a means of tax avoidance<sup>12</sup>", (obviamente, la evasión de impuestos es una utilización delictiva del trust). Aunque trust fue concebido inicialmente concebido por Court of Chancery como una relación jurídica procesal protectora de la riqueza inmobiliaria, progresivamente se fue configurando como una relación procesal muy versátil, pues crea obligaciones de naturaleza fiduciaria que pueden ligar a un trustee con un beneficiario para el cumplimiento de destinos muy variados. En este contexto, las diferentes relaciones de confianza creadas mediante trust son protegidas por equity en los tribunales ingleses del common law (hoy todos conocen y crean precedentes de equity por Acts of Judicature 1873). Cortes que exigen el cumplimiento de las obligaciones de los trustees en favor de los beneficiarios a través de diferentes órdenes judiciales de naturaleza personal ("trust enforced by equity<sup>13</sup>"). Esta protección y eficacia judicial, así como su flexibilidad y mutabilidad, permiten que mediante trust se puedan alcanzar muchísimos objetivos, que, además, son protegidos por el derecho<sup>14</sup>. Tal vez, estas características jurídicas son las principales causas de su éxito. Por ello, no es de extrañar que trust sea actualmente una figura muy atractiva para los inversores en productos

<sup>7</sup> Jenks E., "El Derecho Inglés", Madrid, 1930, p. 398.

<sup>8</sup> Hanbury & Martin, *cit.* p. 46.

<sup>9</sup> Voz: "entrust or intrust", en *Collins Thesaurus of the English Language*, 2nd. edition 2002, HarperCollins Publishers, 1995 y *Collins English Dictionary, 12th edition 2014*.

<sup>10</sup> Hudson A. *Equity & Trusts*, 1999, fourth edition 2005, p. 54 ss.

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 55 ss.

<sup>12</sup> *Ibid.* p. 57 ss.

<sup>13</sup> *Ibid.* p.36

financieros y en el comercio. Incluso, como instrumento anónimo de protección de los miembros de la familia y como vehículo efectivo de perpetuación intergeneracional de las grandes fortunas y de las empresas familiares (¿Mayorazgo moderno?). También Hayton y Marshall (quienes coinciden en este asunto con Alastair Hudson) describen esta riqueza de objetivos, que se pueden alcanzar con trust:

“The law of trust is thus concerned with the utilisation of wealth, whether in the form of pension funds, unit trusts, charitable funds, union funds, club funds or family funds. It is about settling property of trustees so as to minimise liability to various taxes. Much of trust law has so far developed in regard to the preservation of family wealth, tying up property so that it can be enjoyed by successive generations, protecting the family from the depredations of creditors and of particular relatives with extravagant reckless dispositions<sup>15</sup>”.

El trust puede adoptar diversas modalidades de constitución. Bien por disposición expresa del constituyente - settlor (contrato, donación, o mediante un testamento), bien por construcción judicial, bien por disposición administrativa, e incluso, por imperativo legal. En este sentido Thomas and Hudson han elaborado una clasificación escolástica en la que distinguen cinco clases esenciales de trust (express trust, implied trust, automatic resulting trust, a purchase price resulting trust y constructive trust):

“A trust comes into either by virtue of having been established expressly by a person (the settlor) who was the absolute owner of property before the creation of the trust (an express trust); or by virtue of some action of the settlor which the court interprets to have been sufficient to create trust but which the settlor himself did not know was a trust (an implied trust); or by operation of law either to resolve some dispute as to ownership of property where the creation of an express trust has failed (an automatic resulting trust); or to recognise the proprietary Rights of one who has contributed to the purchase price of property (a purchase price resulting trust); or by operation of law to prevent the legal owner of property from seeking unconscionably to deny the rights of those who have equitable interests in that property (a constructive trust)<sup>16</sup>”.

Desde la óptica de la naturaleza jurídica del trust, también Thomas and Hudson reportan que hay cuatro elementos significativos que la conforman:

1. Trust is equitable.
2. Trust provides the beneficiary with rights in property.
3. It also imposes obligations on the trustee.
4. Those obligations are fiduciary in nature<sup>17</sup>.

De acuerdo con estos elementos, prima facie podemos afirmar que la naturaleza del trust es muy compleja. Tal vez, desde una óptica jurídica y procesal, es de naturaleza polivalente. Trust se nutre y es equidad procesal. Los beneficiarios tienen derechos de propiedad sobre los bienes del trust. Y este último, a su vez, impone obligaciones a los trustees, que son de naturaleza fiduciaria.

<sup>14</sup> Hayton and Marshall, “*Cases and Commentary on The Law of Trusts*”, 1ª ed. 1939, 9ª edición by D. Hayton, London (1991) p. 1.

<sup>15</sup> Hayton and Marshall, *cit.* p. 1.

<sup>16</sup> Thomas and Hudson, *cit.* pr. 1. 02, pp. 1 – 26.

<sup>17</sup> *Ibid.* pr. 1. 01, pp. 1 – 26.

Tal vez, las causas de esta compleja constitución morfológica del trust obedecen, en gran medida, a razones históricas y jurídicas. Algunas de estas últimas fueron recibidas, en perspectiva diacrónica, por la Historia legal de Inglaterra. Otras fueron creaciones propias y singulares de los tribunales de aquélla.

## INTRODUCCIÓN: HISTORIA JURÍDICA DEL TRUST

El origen del trust es una cuestión que frecuentemente ha sido objeto de estudio desde diferentes perspectivas por numerosos juristas ingleses del common law<sup>18</sup>. Incluso, objeto de la pluma de numerosos juristas civilistas y canonistas. Prima facie, el origen genuino (al menos, desde la nomenclatura de esta relación jurídica) es inglés. En el decir de W.W. Buckland, aunque fuese posible que inicialmente el trust estuviese fuera de la mentalidad romana, no fue así en relación con la órbita de las reglas del juego que lo regularon. Opinión que no es acorde con el parecer que anteriormente había defendido F. Maitland, quien cree que el trust es el mayor logro conseguido por la jurisprudencia de Inglaterra. En este sentido, abogó, abiertamente, por el carácter nacional autóctono puro anglosajón del trust<sup>19</sup>.

Estas posiciones son contradictorias. Como punto de partida, se puede subrayar una genética remota normanda, y, en consecuencia, una biología celular medieval del trust. Sin embargo, precisamente por este carácter feudal, el trust habría sido inconcebible, y tal vez imposible, sin los pilares y las reglas de juego jurisdiccionales surgidas de y por el tribunal de Equity. Aquéllos constituyen la sangre que corre por las venas y las arterias que oxigena el cuerpo jurídico del trust. Es por ello, que Hayton y Marshall sostienen, sin ambages, que “a trust is the creature of Equity”<sup>20</sup>. De esta forma, creemos que hablar de la historia del trust, significa, forzosamente, hablar de la historia y del contenido de Equity. No en vano, F. Maitland también sostuvo que el trust es la parte más importante de aquélla<sup>21</sup>. Así, se hace necesario, *prima facie*, abordar el análisis multidisciplinar histórico jurídico diacrónico antecedente que ha influido en esta relación jurídica hasta su irrupción judicial en el derecho medieval inglés así como las perspectivas jurídicas feudales de esta relación fiduciaria, y su imbricación en el seno de Court of Chancery. En esta línea es forzoso, además, afrontar las perspectivas romanas, pues, en el decir de D. Johnston, “striking parallels exist between the Roman law of *fideicommissa* and the English law of trusts”<sup>22</sup>.

## Perspectivas históricas y jurídicas romanas antecedentes del triángulo mágico Equity & Trust

<sup>18</sup> Rounds C.E. Jr. & Rounds C.E., III, “*Loring and Rounds: A Trustee’s Handbook*”, 7ª ed. New York, 2016, pp. 1374 ss.

<sup>19</sup> Maitland F., “*Selected Essays*”, Cambridge, 1936, n. 29.

<sup>20</sup> Hayton and Marshall, *cit.* p.6.

<sup>21</sup> Maitland F. *cit.* n. 23

<sup>22</sup> Johnston D. “*The Roman Law of Trusts*”, Clarendon Press – Oxford, 1988, p. 283.

Fiducia - Mancipatio Familiae

Los compromisos de confianza *inter vivos* y *mortis causa* dirigidos a proteger patrimonios, en los que intervenían varios ciudadanos a la vez, fueron regulados por el *vetus* derecho civil romano como relaciones jurídicas. Así, según Gayo, “*cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio*”. En esta dirección, en el decir de A. Fernández de Buján, ya desde tiempos antiguos fue frecuente la *fiducia* contraída con amigos (*fiducia cum amico contracta*<sup>23</sup>). De esta forma:

“aquella tenía lugar en aquellos casos en los que, con muy distinta finalidad, se trasmitía la propiedad de una cosa a un amigo. Comprometiéndose éste a devolverla si se produce una determinada circunstancia o transcurrido un cierto plazo. En tiempos de turbulencia política, a fin de vitar la confiscación del patrimonio, eran frecuentes las transmisiones de la propiedad de las cosas a amigos y a personas de confianza, con ruego de su custodia, y posterior devolución, en un momento político más favorable para el transmitente<sup>24</sup>”.

También, desde la óptica de las relaciones jurídicas de confianza *mortis causa*, Gayo nos reporta que ya en los primeros tiempos republicanos de Roma, un ciudadano podía transmitir poder jurídico (*mancipium* = propiedad arcaica) sobre todo o parte de su familia y de su patrimonio a otro ciudadano, quien lo aceptaba y se comprometía, a su vez, a gestionar la potestad a él conferida de acuerdo con las instrucciones de fiducia establecidas unilateralmente por el constituyente - transmitente (*nuncupatio*) en beneficio de uno o de varios terceros (herederos beneficiarios de la *mancipatio familiae*):

“Sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat. Namque familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredes locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet<sup>25</sup>”.

Esta antiquísima *mancipatio familiae* constituye el primer triángulo mágico de confianza del Derecho civil romano que une por sus tres vértices a tres personas, ciudadanos romanos (A – B – C). Los sujetos que intervienen en la *mancipatio familiae* son titulares de intereses y relaciones fiduciarias, aunque se sitúan en distinta posición (transmitente - adquirente – beneficiario) respecto al mismo *mancipium*:

<sup>23</sup> Gayo, *Inst.* 2.60. *Inst.* 2.120. *Inst.* 3.201. *Inst.* 4.33. *Inst.* 4.62. *Inst.* 4.182. Ambrosino, “La *legis actio sacramento in personam* e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari, en *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, vol II, Nápoles, 1952, pp. 251 ss. Belloci, “La tutela della fiducia nell’epoca repubblicana”, en *Studi Senesi*, 85, 1973, pp. 321 ss. Burdese, “La menzione degli eredi nella *fiducia cum creditore*”, en *Studi in onore di Siro Solazzi*, Nápoles, 1948, pp. 324 ss. Devilla, “*L’ius distrahendi nella fiducia en el pegno*”, Sassari, 1937. Erbe, “*Die Fiduzia in röm. Recht*”, Weimar, 1910. Fernández de Buján, A. “*Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*”, Madrid, 1986. Franciosi G. “*Usureceptio*”, en *NNDI*, 20, 1975, pp. 388 ss. Grosso, “Appunti sulla formula de la *actio fiduciae*”, en *Annali Camerino*, 3, 1929, pp. 81 ss. *Ibid.*, “*Sulla fiducia a scopo di manumissio*”, en *RISG*, 4, 1929, pp. 18 ss. *ibid.*, “*Il sistema romani dei contratti*”, Torino, 1963. Longo, “*Corso di diritto romano: la fiducia*”, Milán, 1933. *Ibid.* “*Fiducia cum creditore*”, en *Per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana*, Pavia, 1934, pp. 793 ss. Kreller, “*Formula Fiduciae und Pfändedik*”, en *ZSS*, 62, 1942, p. 143 ss. Manigk, s.v. *Fiducia*, en *PW*, 1909. Oertmann, “*Die Fiducia in romischen Privatrecht*”, Berlín, 1890. Phillipson, “Development of the Roman Law of Debt security”, en *Standford Review*, 20, 1968, pp. 1230 ss. Voci. P. “*La dottrina romana dell contratto*”, Milán 1946. Fuenteseca M. “*El negocio fiduciario en Roma*”, Madrid, 2016.

<sup>24</sup> Fernández de Buján A. “*Derecho Privado Romano*”, Octava edición, Iustel, Madrid, 2015, p. 511.

<sup>25</sup> Gayo. *Inst.* 2.103.

<i>Testatore familiae</i>	<i>Familiae emptor</i>	Terceros
	Fiduciario	
<i>Mancipio dans</i>	<i>Mancipio accipiens</i>	Beneficiarios
	<i>Heredis locum</i>	
<i>Mancipio dans</i>	<i>Instrucciones escritas</i>	Beneficiarios
	( <i>nuncupatio</i> <sup>26</sup> )	

El ciudadano transmitía *inter vivos* un poder absoluto e irrevocable de sometimiento sobre sus bienes y su familia a un tercero, también ciudadano romano, quien se hacía con la potestad y el dominio de lo conferido y ocupaba, además, la posición y el lugar de un heredero (aunque no tenía el título civil de heredero). Este último como nuevo titular del poder debía gestionar y repartir el patrimonio en interés de la familia después de la muerte del transmitente, de acuerdo con las instrucciones que fueron dictadas unilateralmente por aquél en el momento de la celebración de la *mancipatio familiae*. El *familiae emptor* se presentaría así como una “especie de trustee”, hombre de confianza que quedaba sujeto moralmente a las instrucciones fiduciarias unilaterales que fueron dictadas por el instituyente en el momento de la celebración de la *mancipatio familiae*. Fiduciario propietario que debía comportarse de acuerdo con aquéllas, pues no era posible una exigencia jurídica, y restituir la *familia* en el beneficio de terceros. Con todo, cree W.W. Buckland que este planteamiento “is much disputed. Such a transaction was not like a will. It was oral, made only at the point of death, open, irrevocable, perhaps taking effect at once<sup>27</sup>”.

#### De la *mancipatio familiae* al fideicomiso

La *mancipatio familiae* contiene esta triple estructura jurídica mágica que es a su vez un antecedente directo de la triple estructura mágica de las relaciones fiduciarias que ofrecerá la constitución del fideicomiso desde los inicios del Principado. Aunque, de este último también se podrían predicar algunas objeciones que son paralelas a las que hace el autor inglés de la *mancipatio familiae* (no es un testamento, puede ser abierto, oral, etc.), sin embargo, necesita también un beneficiario de fiducia, quien debe actuar en el beneficio de un tercero, de acuerdo con las súplicas e instrucciones establecidas unilateralmente por un instituyente. A mediados del siglo II d. C., una más que posible conexión histórica y jurídica diacrónica de la *mancipatio familiae* con el fideicomiso es puesta de relieve indirectamente por Gayo en sus Instituciones:

<sup>26</sup> Gayo. *Inst.* 2.104: “*Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt. ita do ita lego ita testator itaque vos, quiritis, testimonium mihi perhibetote*”.

<sup>27</sup> W.W. Buckland “*A Text - Book of Roman Law from Augustus to Justinian*”, 3ª ed. rev. P. Stein, Cambridge, 1968, p. 284.

“Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris<sup>28</sup>”.

El jurista explica que el beneficiario de una *mancipatio familiae* obtenía más bien por actos *inter vivos* el título jurídico de comprador de una herencia, antes que la posición de heredero, o de legatario. De esta forma cuando el jurista clásico abordó el estudio del fideicomiso<sup>29</sup> es evidente que tenía en su mente a la vieja *mancipatio familiae* y, es por ello que, la deslizó en sus escritos. Ambas instituciones cuentan en su naturaleza también con una estructura de relaciones fiduciarias que unen a tres personas, A con B y C. Así, en relación al fideicomiso, Gayo sostiene que:

“Imprimis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituat eisque fidei committatur ut eam hereditatem alii restituat<sup>30</sup>”.

Fideicomitente _____	Fideicomisario _____	Fiduciario _____
Transmitente _____	Adquirente _____	Beneficiario _____
<i>Hereditas</i>	<i>Hereditas</i>	<i>Hereditas</i>

El fideicomiso posibilitaba que una persona protegiese su patrimonio, *mortis causa*, mobiliario e inmobiliario, mediante la participación de un hombre de confianza, heredero fiduciario, quien recibía la propiedad de los bienes y, debía actuar, de acuerdo con las instrucciones fiduciarias otorgadas por el instituyente en el beneficio de terceros (fideicomisarios). La institución, carente de formalismos civiles, tuvo un gran éxito. Así, aunque mediante el fideicomiso podían disponer *mortis causa* ciudadanos romanos y peregrinos a los que el Derecho civil se lo prohibía, sin embargo, la estructura triangular de las relaciones fiduciarias fue protegida por el poder jurisdiccional de los cónsules. Según nos informa Justiniano, Augusto fue el primero que amparó en su tribunal las peticiones de fideicomisarios desprotegidos y en precario. Además, por razones personales, de humanidad y equidad natural, ordenó a los cónsules que prestasen su autoridad *extra ordinem* y restituyesen los

<sup>28</sup> Gayo *Inst.* 2.252.

<sup>29</sup> Sobre el fideicomiso, Gayo. *Inst.* 2. 246 – 289. *Epitome Ulpiani XXV. Epitome Gai*, II.7. *Pauli Sententiae* IV.1 - 3; IV.13. D. 30 - 34; 36; 40, S. C. 6. 42 – 47: 49 – 50; 49 – 53; 49 - 54. Biondi B. “*Sucessione testamentaria e donazioni*”, Milán, 1955. Cuenca Boy F. “*Fideicomiso de Residuo en el Derecho Romano y en la Tradición Romanística hasta los Códigos Civiles*”, Universidad de Cantabria, Santander, 2004. Ferrini C. “*Teoria generale dei legati e dei fideicomisi*”, Milán 1889. Grosso G. “*I Legati nel diritto romano*”, Turín, 1962. García Garrido MJ., “*Derecho Privado Romano*”, Madrid, 1993, pp. 595 – 605. Honoré T “*The South African Law of Trusts*”, Cape Town, 1985. Impallomeni, G. “L’efficacia del fedecomesso pecuniario nei confronti dei terzi: La *in rem missio*”, en *BIDR*, n 70 (1967) pp. 1 – 104. Murillo Villar A. “*Fideicomiso de Residuo en Derecho Romano*”, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1989. Thomas JA. “*Perpetuities and Fideicommissary Substitutions*”, en *RIDA*, 1958 vol. 5, pp. 571 – 590. Tellegen – Couperus, O. E. “*Testamentary Succession in the Constitutions of Diocletian*”, Zutphen, 1982. Trifone, “*Il fedecomesso*”, Nápoles, 1914. Voci P. “*Diritto Ereditario Romano*” vol I y II, Milán, 1967, 1963. *Ibid.* “*Fedecomesso (dir rom.)*”, en *ED*, vol 17 (1968), pp. 103 - 114. *Ibid.* “Linee storiche del diritto ereditario romano I: Dalle origine ai Severi”, en *ANRWII*, vol 14, Berlín, 1982, pp. 392 – 448. Salvo S. di, “*Il legato modale in diritto romano*”, Nápoles, 1973. Wacke. A. “*Das fideicommissum a debitore relictum*”, en *TR*, 39, 1971, pp. 257 – 272. Wallace – Hadrill, A. “Family and Inheritance in the Augustan Marriage Laws”, en *PCPS*, vol. 27. 1981, pp. 58 – 80. Watson A., “*The Law of Succession in the Later Roman Republic*”, Oxford, 1971. Wieacker, F. “*Erlasschenkung mortis causa und liberatio fideicommissa*”, en *Studi Grosso*, vol V, 1972, pp. 1 -21. Wulf C. “*The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*”, Bruselas, 1965. Zoz MG. “Sulla capacità a ricevere fedecommissi alimentari” en *SDHI*, n. 40 (1974), pp. 303 – 328.

<sup>30</sup> Gayo *Inst.* 2.248.

intereses fiduciarios a los beneficiarios<sup>31</sup>. Esta protección judicial de conciencia tuvo un gran éxito y continuidad. Así, en tiempos de Claudio<sup>32</sup>, ya existían dos pretores fideicomisarios que conocían también procesalmente mediante su *cognitio extra ordinem* de las relaciones fiduciarias que ligaban a las partes. El fideicomiso escapaba de las estrecheces, de los formalismos y de las excesivas rigideces del Derecho civil testamentario. De esta forma, era posible dejar fideicomisos verbalmente, o por escrito, en testamento, codicilos e incluso *ab intestato*<sup>33</sup>. Mediante él, los fideicomitentes podían disponer a título universal de toda su herencia o de parte de ella, así como de cosas singulares, corporales, incorporales, y gravar al fiduciario con diferentes clases de obligaciones en favor del fideicomisario<sup>34</sup>. El fideicomitente podía instituir a personas ciertas, o a personas inciertas, incluso a personas que no viven en el momento de la constitución del fideicomiso<sup>35</sup>. De esta forma, los fideicomitentes podían utilizar sus relaciones fiduciarias para preservar el patrimonio de la familia durante distintas y sucesivas generaciones<sup>36</sup>.

La versatilidad fideicomisaria era muy amplia. En este sentido, también fue muy frecuente que los ciudadanos romanos recurriesen al fideicomiso para establecer fundaciones permanentes familiares privadas<sup>37</sup> y fundaciones permanentes de utilidad colectiva pública general, para conseguir perpetuar su memoria mediante la

---

<sup>31</sup> Justiniano, *Inst.*2.23.1: “*Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod, quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant*”.

<sup>32</sup> Gayo, *Inst.* 2.278. *Epitome Ulpiani* 25.12.

<sup>33</sup> Voci P., “*Fedecommeso (dir rom.)*”, en *ED*.vol 17 (1968), p. 105.

<sup>34</sup> *Ibid.* cit. p. 105.

<sup>35</sup> *Ibid.* cit. pp. 105-106.

<sup>36</sup> D.31.32.6. *Modestinus libro nono regularum*: “*In fideicommisso quod familiae relinquitur hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit*”. C.648.1. Justiniano, *Inst.* 2.20.25: “*Incertis vero personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat: nam nec miles quidem incertae personae poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. incerta autem persona videbatur quam incerta opinione animo suo testator subiciebat, veluti si quis ita dicat: ‘quicumque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit, ei heres meus illum fundum dato’: illud quoque, quod his relinquebatur qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt aequae incertae personae legari videbatur: et denique multae aliae huiusmodi species sunt. libertas quoque non videbatur posse incertae personae dari, quia placebat nominatim servos liberari. tutor quoque certus dari debebat. Sub certa vero demonstratione, id est ex certis personis incertae personae recte legabatur, veluti, ex cognatis meis qui nunc sunt si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato, incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta et per errorem soluta repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat*”.

<sup>37</sup> D.33.2.34. *Scaevola, Libro XVIII Digestorum*: “*Codicillis fideicommissa in haec verba dedit: ‘Libertis libertabusque meis et quos in codicillis manumisi fundum, ubi me humari volui, dari volo, ut qui ab his decesserit, portio eius reliquis adcreseat, ita ut ad novissimum pertineat: post cuius novissimi decessum ad rem publicam Arelatensium pertinere volo. Hoc amplius libertis libertabusque meis habitationes in domo, quamdiu vivant: Pactiae et Trophimae diaetas omnes, quibus uti consuevit: habitet quam domum post mortem eorum ad rem publicam pertinere volo’*”. *Quaesitum est, rei publicae fideicommissum utrum ab herede an a libertis datum sit. Respondit secundum ea quae proponerentur posse ita verba accipi, ut eius legatarii, qui novissimus decederet, fidei commissum videatur. Idem quaesitum defunctis quibusdam ex libertis, quibus habitatio relicta erat, an portiones domus, in quibus hi habitaverant, iam ad rem publicam pertineant. Respondit, quoad aliquis eorum vivat, fideicommissum rei publicae non deberi*”.

consecución de fines permanentes<sup>38</sup>. Motivos serios, sin duda, de éxito. No sólo para los ciudadanos. También le interesaba al Estado, pues era un instrumento de financiación de las ciudades, colonias y municipios. Así en los primeros siglos, como reporta acerbamente A. Fernández de Buján:

“la realidad fundacional se materializó por la vía de los negocios de liberalidad, como las donaciones o los legados, mediante los cuales una persona física atribuía bienes *inter vivos* o *mortis causa*, a una persona jurídica, frecuentemente un municipio, con la carga o *modus* de que los utilizase para la consecución de una determinada finalidad, generalmente de carácter benéfico o cultural<sup>39</sup>”.

En este contexto histórico y jurídico de la época clásica, el fideicomiso universal alcanzó un punto álgido con dos intervenciones directas del Senado romano. Este último dictó dos senadoconsultos. Uno, a propuesta de *Trebellio Maximo* y *Annaeo Seneca*, protegió al heredero fiduciario de los acreedores del fideicomitente fallecido (Sc. Trebeliano, 5 – 6 d.C.<sup>40</sup>). El segundo, a propuesta de *Pegaso* y *Pusione*, concedió forzosamente un cuarto de los bienes al heredero fiduciario, para animarle a aceptar la herencia (Sc. Pegasiano 69 -79 d.C.<sup>41</sup>). De esta forma, tanto desde una perspectiva normativa como desde una perspectiva judicial, se fue protegiendo la vida del fideicomiso y las relaciones de confianza fiduciarias procesales que generaba. A su vez, se fue construyendo por razones de conciencia y equidad procesal el triángulo mágico de confianzas fideicomisarias, que unía al fideicomitente – fiduciario – fideicomisario durante la etapa clásica.

En el Bajo Imperio, con la irrupción del Cristianismo y su reconocimiento oficial, los ciudadanos romanos utilizaron también las donaciones, los testamentos, los legados y los fideicomisos (cada vez más próximos a fusionarse en esta época) tanto para la protección privada de su familia, como para la constitución de causas pías. Son muy numerosas las disposiciones privadas expresas *mortis causa*, para la asistencia a los pobres, los ancianos, los enfermos, los niños expósitos<sup>42</sup>, la constitución de programas de alimentos<sup>43</sup>, e, incluso, para la

<sup>38</sup> D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*: “*Civitatibus legari potest etiam quod ad honorem ornatumque civitatis pertinet: ad ornatum puta quod ad instruendum forum theatrum stadium legatum fuerit: ad honorem puta quod ad munus edendum venationemve ludos scenicos ludos circenses relictum fuerit aut quod ad divisionem singulorum civium vel epulum relictum fuerit. Hoc amplius quod in alimenta infirmæ aetatis, puta senioribus vel pueris puellisque, relictum fuerit ad honorem civitatis pertinere respondetur*”. D.33.2.16. *Modestinus libro IX responsorum*: “*Legatum civitati relictum est, ut ex redditibus quotannis in ea civitate memoriae conservandæ defuncti gratia spectaculum celebretur, quod illic celebrari non licet: quaero, quid de legato existimes. Respondit, cum testator spectaculum edi voluerit in civitate, sed tale, quod ibi celebrari non licet, iniquum esse hanc quantitatem, quam in spectaculum defunctus destinaverit, lucro heredum cedere: igitur adhibitis heredibus et primoribus civitatis dispiciendum est, in quam rem converti debeat fideicommissum, ut memoria testatoris alio et licito genere celebretur*”.

<sup>39</sup> Fernández de Buján A. *cit.* p. 203: “En este marco, cabe encuadrar las denominadas fundaciones alimentarias, instituidas a partir de los emperadores Nerva y Trajano, mediante las que la administración imperial, trató de remediar las necesidades materiales de las personas más desvalidas, en especial de los menores de edad, si bien, en estos casos, la propiedad de los bienes quedaba en manos del emperador”.

<sup>40</sup> *Gayo Inst.* 2.253.

<sup>41</sup> *Gayo Inst.* 2.254.

<sup>42</sup> CJ.1.2.19. *Iustinianus AMennae P.P.* (528 d.C.): “(...) *si quis vero donationes usque ad quingentos solidos in quibuscumque rebus fecerit vel in sanctam ecclesiam vel in xenodochium vel in nosocomium vel in orphanotrophium vel in ptochotrophium vel in ipsos pauperes vel in quamcumque civitatem, istae donationes etiam citra actorum confectioem convalescant sin vero amplioris quantitatis donatio sit, excepta scilicet imperiali donatione, non aliter valeat, nisi actis intimata fuerit: nulli danda licentia*”.

redención de cautivos<sup>44</sup>. A tal fin, era frecuente que los disponentes romanos instituyesen a la Iglesia como heredera fiduciaria (trustee), quien debía administrar y gestionar los bienes en el beneficio de terceros<sup>45</sup>. En esta dirección, el Emperador Justiniano regularizó por ley todas las donaciones, las disposiciones testamentarias, los legados y fideicomisos<sup>46</sup>, que hubiesen sido constituidos para el desarrollo de aquellas actividades fundacionales pías, públicas y privadas:

"Si quis autem etiam pro redemptione captivorum aut alimentis pauperum hereditatem aut legatum reliquerit in rebus mobilibus aut immobilibus, sive semel seu annale, et hoc modis omnibus secundum testatoris voluntatem ab his quibus iussum est hoc facere compleri"<sup>47</sup>, (545 d.C).

La Iglesia Ortodoxa universalizó el concepto de pobreza<sup>48</sup>, e introdujo en su labor ecuménica los conceptos de caridad y de causas pías como obligaciones morales y fines cristianos que se deben cumplir por todos los fieles. La Iglesia impulsó la tesis de que la caridad y el cumplimiento de los nuevos objetivos religiosos píos ayudan a los ciudadanos romanos cristianos a la salvación eterna de su alma, y les da derecho a ocupar un lugar preferente ultraterrenal en el Reino de Dios. La Iglesia del Bajo Imperio, siguiendo las directrices que habían sido establecidas por los Apóstoles<sup>49</sup> (herederos directos de la doctrina y de las enseñanzas de Jesús) y los Padres de la Iglesia<sup>50</sup>, estableció que los fieles pudiesen lograr la santidad en Cristo, bien a través de sus aportaciones patrimoniales individuales (limosnas), bien a través de actividades fundacionales privadas individuales constituidas mediante donaciones patrimoniales, testamentos con cuotas de caridad de libre disposición (*cuota pro anima*) y fideicomisos permanentes de fines píos. Medios fundacionales eficaces, sin duda, para el desarrollo estable de una

---

*quacumque alia causa quasi pietatis iure subnixae praeter eas, quas specialiter exposuimus, introducenda veterum scita super intimidandis donationibus permutare*". Nov. 120. cp. 6.1. (544 d. C.).

<sup>43</sup> CJ.1.2.12.2. *Valentinianus et Marcianus A.A. Palladio P.P.* (451 d.C.).

<sup>44</sup> Burdick W. "The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law", 1ª ed. 1938, New Jersey, 2004, p.295.

<sup>45</sup> Buckland W.W y McNair, "Derecho Romano y Common Law", 1ª ed. 1936, Madrid, 1994, p.73, consideran que la Iglesia actuaría como una especie de administradora fiduciaria (trustee) de un patrimonio, que sería destinado al cumplimiento de causas pías (unincorporated charity).

<sup>46</sup> Justiniano. *Inst.* 3.27.7: "Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. namque definiuerunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata: nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, huiusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis praebuit, sed tantummodo in his legatis et fideicommissis quae sacrosanctis ecclesiis, ceterisque venerabilibus locis quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt, quae si indebita solvantur non repetuntur".

<sup>47</sup> Nov. 131.11.

<sup>48</sup> Gardner G. E., "The Origins of Organized Charity in Rabbinic Judaism", Cambridge University Press, New York, 2015, p. 10: "the remaining of society along economic lines, whereby individuals were identified as rich or poor, would have to wait until the fourth Century".

<sup>49</sup> Mt. 11, 4 - S. S. Pablo, *Ep. Co.* 1.1.2.1.

<sup>50</sup> S. Agustín, Sermón 389.6: "Por eso es, en verdad, el Señor: Yo dije al Señor: "Tú eres mi Dios, porque no necesitas de mis bienes". Aunque él es el Señor, el verdadero Señor, y no necesita de nuestros bienes, para que pudiéramos hacer algo en su favor se dignó sufrir hambre en sus pobres: Tuve hambre, dijo, y me disteis de comer. Señor, ¿cuándo te vimos hambriento? Cuando lo hicisteis con uno de estos mis pequeños, conmigo lo hicisteis. Y a los otros también: Cuando no lo hicisteis con uno de estos mis pequeños, tampoco conmigo lo hicisteis".

importantísima actividad de protección de los más débiles y de los pobres<sup>51</sup>.

En este nuevo contexto histórico de las actividades e instituciones fundacionales filantrópicas, establecidas mediante testamentos, donaciones y fideicomisos, los efectos del Cristianismo se harán muy perceptibles. Consecuencias que alcanzarán tanto al ejercicio de la administración de los patrimonios privados, como a la elección de nuevos fines y destinos fundacionales de causas pías. A ello, coadyuvó la actividad protectora incesante de los emperadores y su actitud favorecedora de concesión de reiterados y constantes privilegios en favor de la nueva religión monoteísta Cristiana<sup>52</sup>. En este sentido, en el decir acertado de A. Fernández de Buján, “los emperadores cristianos reconocieron las denominadas causas pías, *piae causa*, que eran establecimientos instituidos con fines de caridad o de piedad, como orfanatos, hospicios, hospitales, hospedajes para viandantes o peregrinos, asilos de ancianos o residencias para enfermos o personas sin recursos económicos, monasterios u oratorios, a las que Justiniano acaba reconociendo una notable capacidad jurídica en el ámbito patrimonial y procesal<sup>53</sup>”. Política imperial que espoleó, sin duda, a la Iglesia a desplegar su fuerza pastoral en todos los territorios, ciudades y municipios del Imperio. Fuerza pastoral que, a juicio de algunos autores, impulsó el inicio del cambio del mundo<sup>54</sup>.

Estas prácticas de liberalidades cristianas romanas, de la parte oriental del Imperio, constituyeron un antecedente directo de *charities trust*, o *public trust*<sup>55</sup>, pues aquellas fueron pilares fundamentales de la financiación de la Iglesia romana y, propulsoras de su posterior desarrollo en Inglaterra, durante el periodo de tiempo que transita desde la caída del Imperio romano de occidente al Medioevo<sup>56</sup>. Esta circunstancia fundamental y trascendental, tanto de carácter económico como jurídico, es un eslabón importante que permitió la perpetuación de *charities trust* en el seno de la Iglesia anglosajona y de sus fieles en aquel arco de tiempo. En este sentido, es relevante la opinión de G.W. Keeton y L. A. Sheridan quienes sostienen, sin ambages, que: “The early history of charitable gifts and trust is bound up with the history of medieval eleemosynary and religious corporation<sup>57</sup>”.

## Perspectivas históricas y jurídicas medievales Equity & Trust

### The Use en la estructura feudal de Inglaterra

<sup>51</sup> Murga Gener J.L. “*El Testamento en favor de Jesucristo y de los Santos en el Derecho Romano Postclásico y Justiniano*”, en AHDE. nº 35 (1965), pp. 357 – 419.

<sup>52</sup> C.1.2.1. C. 12.14. C.1.2.14.2. C.1.2.14.3. C.1.2.14.4. Nov.5.cp.5. Nov.120. cp. 6-7. Nov.123.cp.8.

<sup>53</sup> Fernández de Buján A. *cit.* p. 203.

<sup>54</sup> Schmidt A.J., “*How Christianity Changed the World*”, Michigan, 2009.

<sup>55</sup> Burdick W. *cit.* p.295.

<sup>56</sup> Sobre *law of charity* durante el Bajo Medioevo, Jones G. *cit.* pp.1 -15.

<sup>57</sup> Keeton G.W y Sheridan L. A., “*The Modern Law of Charities*, 1971, p. 1. G. Jones. *cit.* pp. 3 – 15.

Aunque F. Pollock<sup>58</sup> sostiene que el *use* medieval es un contrato (A to B), aquél es, ante todo, una relación jurídica fiduciaria triple (A to B to C). El *use*, probablemente, fue fruto de la perspectivas proyectadas sobre aquél por el fideicomiso romano (clásico y cristiano) a través del vehículo ofrecido por los canonistas cultos de Occidente a los Padres canonistas, a las escuelas catedralicias y a los tribunales de la Iglesia de Inglaterra<sup>59</sup>. El fideicomiso romano, adoptado también, en el siglo VII d. C., por las *Etymologiae* de San Isidoro<sup>60</sup>, pronto debió correr por las escrituras de todos los libros con apartados jurídicos cultos y por las venas de todas las cortes y tribunales eclesiásticos de Inglaterra<sup>61</sup>, antes de ser incorporado como uno de los modelos constructivos romanos aplicables a las relaciones fiduciarias del “nuevo trust” por el Tribunal de Equity. El fideicomiso es un faro romano antecedente, según cree Sir W. Blackstone<sup>62</sup>, que iluminó directamente al English *use* medieval. Concepto que para aquél<sup>63</sup> y, también, para otros autores, como Gareth Jones, es igual o, al menos, equivalente a trust<sup>64</sup>. Luz fiduciaria triangular, que resplandeció con más intensidad cuando las relaciones fiduciarias mediavales fueron constituidas con semejanza fideicomisaria por un settlor por y para causas de caridad en beneficio de colectivos indeterminados de personas necesitadas. Relaciones fiduciarias que entraron como trust (= confianza) bajo la óptica concurrente de los tribunales jurisdiccionales eclesiásticos y de la Equity<sup>65</sup>.

Estas relaciones jurídicas fiduciarias medievales, heredadas del Bajo Imperio romano, se enriquecieron, además, con elementos y especificidades que surgieron de nuevas prácticas consuetudinarias feudales, primero anglosajonas y, después, germanas - normadas, que fueron introducidas en *Britannia* como fruto de su conquista por Guillermo I, en el año 1066 d. C. Esta influencia medieval ha sido puesta de relieve por Hayton y Marshall para quienes “the trust derives from the mediaeval practice of a “*feoffor*” conveying a legal statute in land to a “*feoffee to uses*” to hold it to the use of a “*cestui que use*”<sup>66</sup>”.

Inglaterra medieval, al igual que el resto de los reinos de Europa continental, adopta el feudalismo como forma de organización territorial, política y de gobierno<sup>67</sup>. El feudalismo es vertebrado mediante el reparto patrimonial de territorios que son constituidos en feudos y que son entregados y, además, vinculados

<sup>58</sup> Pollock F., “*Principles of Contract*”, London, 1950 p. 166.

<sup>59</sup> Sobre la influencia del fideicomiso romano como antecedente del trust en Inglaterra, Johnston D, *cit.* pp. 283 ss. Rounds C.E. Jr. & Rounds C.E., III, *cit.* pp. 1374 - 1375.

<sup>60</sup> S. Isidoro, *Etymologiae*, 5.17: “*Fideicommissum dictum, ut fiat quod a defuncto committitur. Nam fides dicta eo quod fiat; quod tamen non in directis verbis, sed precativis exposcitur*”.

<sup>61</sup> Helmholz R. H., “*Trust in the English Ecclesiastical Courts, 1360 – 1640*”, en *Itinera Fiducia*, pp. 157 – 160.

<sup>62</sup> Blackstone W. “*Commentaries on the Laws of England*”, Oxford, 1765, (edición London 1794), vol II. nº 328 reporta que el fideicomiso romano puede ser el antecedente directo del trust.

<sup>63</sup> *Ibid.* 328.

<sup>64</sup> Jones G., “*History of the Law of Charity, 1532 – 1827*”, Cambridge University Press, 1969, p.6

<sup>65</sup> Blackstone W. *cit.* vol II, cp. 32, nº 512. Helmholz R. H. *cit.* pp. 157 – 160. *Ibid.* “*The Medieval English Court of Chancery*”, en *Law and History Review*, 1996, pp. 245 – 331.

<sup>66</sup> Hayton and Marshall, *cit.* p.7.

<sup>67</sup> Verbit G.P. “*The Origin of the Trust*”, USA, 2002, p. 38, quien sigue a Galbraith V.H., “*The Making of Domesday. Book 13 – 14*”, Oxford ad Clarendon Press (1961).

personalmente por el rey a sus condes – vasallos. Estos últimos, a su vez, podían constituirse en señores y seguir sub-enfeudando sus territorios en porciones feudales menores que eran vinculadas mediante juramentos y vasallajes en favor de otros señores vasallos, quienes a su vez quedaban obligados al concedente. Se constituía, de esta forma un estado patrimonial de feudos encadenados y vertebrados de señores feudales, vasallos y familias nobiliarias. En último término, todos eran dominados jerárquicamente por la Corona, suprema Señora feudal. Fruto de este sistema de feudalismo, los señores quedaban encadenados y sometidos por relaciones y vínculos de vasallaje y patrocinio, así como por juramentos y fidelidades personales, deberes de protección, respeto y toma de armas para la protección mutua del señor feudal y del reino. El Señor feudal, además de la entrega patrimonial del feudo, concedía al vasallo el derecho a la obtención de los beneficios de su explotación económica, el poder fiscal o tributario y la jurisdicción en su territorio sobre los bienes y los siervos de la gleba. La unión de todos los nobles conforman el “estado piramidal feudal”, tanto patrimonial como personal, pues todos los señores vasallos se deben a su rey<sup>68</sup>. Unida a esta estructura real y nobiliaria iba adherida la jerarquía eclesiástica, cuya misión era guiar los destinos espirituales y cristianos del reino anglosajón, incluso siglos antes de la conquista por los normandos (1066 d. C.).

De esta forma, los títulos y las donaciones patrimoniales medievales, establecidas por un Lord con su señor vasallo, estaban impregnados por juramentos y diferentes formas de vasallajes, compromisos y servicios, así como por prestaciones y contraprestaciones personales. Obligaciones feudales que eran reconocidas y amparadas plenamente por la jurisdicción del common law. De acuerdo con esta estructura feudal, “the common law was essentially feudal land law<sup>69</sup>”. Sin embargo, fuera de esta órbita judicial y de su tutela procesal se situaron las relaciones de confianza (= *use*) establecidas por el lord con terceros para proteger su patrimonio.

#### *Use mortis causa*

La Iglesia cristiana romana medieval de *Britannia* es Lord y “Señora feudal”, pero también es heredera directa y continuadora de la Iglesia romana del Bajo Imperio. Es por ello, que A. Stepkowsky cree que “le terme uses et d’une certaine manière elles étaient inspirées du droit canonique<sup>70</sup>”. Aunque M. M. Gaudiosi sostiene que el *use*, rara vez surgió de los testamentos<sup>71</sup>, sin embargo, en el Medioevo inglés son numerosos los fieles que, por causa de muerte y para alcanzar el cielo, deseaban instituir en sus testamentos (will) a la Iglesia como heredera,

<sup>68</sup> Astuti G, voz: “FEUDO” en ED. vol. 17, 1968, p. 292 ss.

<sup>69</sup> Verbit G.P. cit. p. 38.

<sup>70</sup> Stepkowsky A. cit. 21.

<sup>71</sup> Rickett Edwin C., “Caritable Giving in English and Roman Law. A Comparison of Method”, en *Cambridge Law Journal*, n.38, 1 (1979) sostiene que “The ecclesiastical courts of the Middle Ages acquired considerable jurisdiction in respect of gifts and legacies *ad pias causas*”. Gaudiosi M.M. “Comment: The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case Of Merton College”, 136, *University of Pennsylvania Law Review*. (1988) pp. 1231 - 1241.

incluso nombrarla legataria o fiduciaria (= *use*), para que aquella cumplierse causas pías y fines de caridad perpetuos en beneficio de terceros. A tal fin, los disponentes necesitaban no sólo confiar en la Iglesia, sino también vincular y transferir la propiedad de todo o parte de su patrimonio a aquella, (o a un tercero, en nombre de ella) para que después de sus muertes, aquella administrase e incluso ejecutase las reglas e instrucciones de confianza establecidas unilateralmente por aquéllos con el fin de lograr el exacto cumplimiento de los fines públicos colectivos fundacionales. De este modo, la Iglesia y las órdenes religiosas se constituyeron en señoras feudales fiduciarias y recipiendarias de patrimonios destinados a fines de caridad.

Probablemente, *ab initio* la protección judicial de estas prácticas fiduciarias medievales *mortis causa* se situaron bajo la órbita jurisdiccional de los tribunales eclesiásticos en Inglaterra<sup>72</sup>. De forma paradójica, los intereses patrimoniales generados por estos *charitables uses* en favor de la Iglesia quedaban protegidos internamente por la propia organización judicial de aquella. Situación que generó grandes corrupciones y desamparo a los ciudadanos ingleses, y que propició la intervención progresiva de la Corona y, en último término, el desplazamiento definitivo de la competencia de estas jurisdicciones en beneficio del Lord Chancellor<sup>73</sup>. Así, *charitables uses* quedaron centralizados bajo la nueva jurisdicción in equity, dando lugar en el seno de ésta, progresivamente, a la noción procesal de charities trust.

Este descontento con la política de acumulación de riquezas por la Iglesia de Inglaterra, durante el Medievo, alcanzó a los señores feudales y la Corona. Esta última, fruto de la excesiva concentración de la riqueza inmobiliaria por la Iglesia, vio de algún modo amenazado su poder feudal. Esta situación condujo en el siglo XIII d. C. a la promulgación real de diferentes Leyes o Estatutos de Manos Muertas que, salvo permiso expreso en contrario de la Corona<sup>74</sup>, pretendían evitar precisamente que los patrimonios privados cayesen en la titularidad feudal y en la fidelidad de la administración perpetua de la Iglesia, so pretexto de causas pías. Con todo, las órdenes religiosas reaccionaron e intentaron proteger sus intereses patrimoniales y los intereses espirituales de sus fieles. De acuerdo con una Carta del Cuarto Concilio Laterano (1215 d.C.), que autorizaba las colectas permanentes para la promoción de causas pías<sup>75</sup>, si charities uses no se cumplían, los disponentes (*feoffors charitable uses*) no podrían alcanzar el cielo.

Para cumplir los fines de caridad, los frailes buscaron esquivar las disposiciones legales de manos muertas recurriendo a la conciencia del Rey, y a su brazo derecho, el Lord Chancellor. En este contexto, en los comienzos

<sup>72</sup> Blackstone W. cit. nº 512. Guerin – MacManus M., “*Conservation Trust Funds*”, en UCLA, *Journal Law and Policy*, (2001) n.20 (1) p. 4. Stepkowsky A., “*L’institution du trust dan le systeme mixte du droit prive écosais*”, Varsovie, 2005, pp 20 -21.

<sup>73</sup> Jones G. cit. pp. 5 - 6.

<sup>74</sup> Watt G., “*Equity Stirring. The Story of Justice Beyond Law*”, Oxford, 2009, p. 120: “Statutes of Mortmain (notably the Statute De Religiosis 1279) prohibited gifts of land to be made to the Church in perpetuity without authority of the Crown”.

<sup>75</sup> Jones G. cit. p. 3.

del siglo XIII d. C. la orden de los Franciscanos<sup>76</sup>, concedores del derecho romano canónico, pidieron amparo al también eclesiástico lord Chanciller cuando fuese la propia orden la que hubiese sido instituida no como *feoffē use*, sino como beneficiaria del *use*, es decir, *cestui que use*<sup>77</sup>. La orden franciscana invirtió de este modo el triángulo mágico del *use*, para evitar el estatuto de manos muertas (*Statute De Religiosis*, 1279 d.C.<sup>78</sup>). De este modo, dejó de ser la propietaria legal de los bienes que le hubiesen sido confiados para su administración como *feoffee* (= trustee) por un fiel cristiano settlor y adoptó la posición de beneficiaria, *cestui que use*. Ante el common law la Iglesia dejaba de ser propietaria (*feoffee use*), pero ante la conciencia de la Corona y Equity, aquélla se constituía en beneficiaria de los intereses y de los derechos del *use* destinados a causas pías que eran administrados por un tercero, propietario no eclesiástico (ciudadano, incluso un municipio) como *feoffee use* (= trustee). De este modo, las órdenes religiosas imitaban la figura triangular jurídica del fideicomiso romano, pero cambiaban los titulares de los vértices mediante un *charitable use*, con efectos jurídicos *mortis causa* para proteger su patrimonio inmobiliario.

Este “expediente fideicomisario” también fue utilizado como institución usufructuaria fiduciaria para las mujeres viudas en el Bajomedievo. La utilización de esta fórmula, según cree L Otis - Cour, también “permitía a los maridos generosos traspasar, en el lecho de muerte, la propiedad de sus patrimonios inmobiliarios a sus mujeres a través de una tercera persona<sup>79</sup>”.

Con todo, *feoffment to uses*, con estructura fideicomisaria, no fue una innovación de la orden franciscana, pues fue un viejo y bien conocido recurso *mortis causa* de los ciudadanos romanos incapaces de instituir herederos civiles en la época clásica. De esta forma no sólo aquéllos sino también los peregrinos lo utilizaban para eludir las normas civiles testamentarias (*ex rigore iuris civilis*<sup>80</sup>) la legislación matrimonial y los impuestos, así como para salvaguardar y conservar su patrimonio y proteger a sus familias, incluso, durante varias generaciones<sup>81</sup>. En esta dirección, además, según sostienen C. E Rounds, Jr. y C. E. Rounds III, los Padres de la Iglesia del Bajo Imperio, concretamente San Jerónimo en el año 393 d. C.<sup>82</sup>, advertían por carta a los eclesiásticos que no eludiesen mediante fideicomiso las normas que restringían transferencias de patrimonios a la Iglesia. De forma paralela, las órdenes medievales religiosas de Inglaterra lograron evadirse de las leyes de manos muertas. Los fieles podían de nuevo ganar el cielo y la Iglesia podía continuar con su labor fundacional de caridad. Con estos argumentos jurídicos y de conciencia, la Iglesia y sus órdenes de frailes protegían sus intereses patrimoniales

<sup>76</sup> Pollock F y Maitland F., *The History of the English Law Before the time Edward I*, Cambridge, 1858.

<sup>77</sup> Verbit G.P. *cit.* pp. 198 ss.

<sup>78</sup> *Ibid.* p. 120.

<sup>79</sup> Othis – Cour L., *Historia de la Pareja en La Edad Media. Placer y Amor*, Madrid, 2000, p. 26.

<sup>80</sup> *Epitome Ulpiani*, XXV, 1.

<sup>81</sup> Johnston D. “Succession”, en *The Cambridge Companion to Roman Law*, AAVV., 2015, pp. 206 – 209. Voci P., “Fedecommeso (*dir rom.*)”, en *ED*. vol 17 (1968), pp. 103 – 104.

<sup>82</sup> Rounds C.E Jr. & Rounds C.E, III, *cit.* p. 1375.

inmobiliarios establecidos por los fieles mediante charitables uses, y abrían paso de esta forma al amparo de la conciencia del rey y de la equidad, en el nombre de su máximo consejero espiritual y de gobierno: Lord Chancellor. En el fértil terreno del Consejo de la Corona se abonaban las semillas que brotarían con un nuevo nacimiento histórico jurídico judicial: el “nuevo trust” como relationship in equity. Relación jurídica que cristaliza y se enriquece progresivamente en el seno del proceso de la nueva Court of Chancery<sup>83</sup>.

### *Use inter vivos*

Junto a los usos cristianos medievales fiduciarios de caridad *mortis causa*, hubo otras relaciones y transferencias patrimoniales que eran realizadas por los señores feudales mediante usos de confianza encomendados a terceros para que surtieran efectos *inter vivos*. Estos usos surgieron y se desarrollaron por diferentes hechos, pero siempre por el mismo motivo: la protección de un patrimonio inmobiliario a través de la confianza depositada en terceras personas. Entre las posibles circunstancias se deben subrayar:

1. La ausencia. Esta nació como fruto de las constantes y largas guerras externas que debieron mantener los señores feudales para asegurar la paz y el Cristianismo del reino (Cruzadas<sup>84</sup>). Las guerras movieron a los nobles a confiar su patrimonio en terceras personas para que estas últimas guardasen sus casas, haciendas y mantuviesen a sus familias: mujer, descendientes, ascendientes y parientes allegados. En el más que probable caso de muerte, los fiduciarios, además, recibirían instrucciones (= *use*) del constituyente para usar el patrimonio en el beneficio de su familia: la protección de su viuda, de los hijos y de las hijas, de los ascendientes, parientes, incluso en la guarda y custodia de los enfermos y discapacitados permanentes. También, en ocasiones, recibirían instrucciones *mortis causa* sobre su modo de restitución, las cuantías y los destinatarios.
2. Las disputas y las guerras internas territoriales de los señores nobiliarios forzó a estos últimos a buscar la ayuda de terceros a los que confiar su patrimonio como neutrales al conflicto feudal<sup>85</sup>.
3. La necesidad de recurrir a la protección de terceros para sustraerse a las cargas fiscales del feudo<sup>86</sup>.
4. Por razón de ausencia del *feoffor*, embarcado en la realización de embajadas comerciales y en la gestión de negocios.
5. Incluso, por *commendatio* del *feoffor* a un tercero para la realización de embajadas comerciales<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Watt G. *cit.* p. 120: “the early origin of trust idea, its survival was assured because the ecclesiastics, keen to circumvent statutes of mortmain, encouraged gifts of land to private persons to be held by them to the use of Church”.

<sup>84</sup> Maitland F., “The *Collected Papers of Frederick William Maitland*”, vol. 2, 1911, 403. Verbit. G. P. *cit.* p. 217 ss. Hayton and Marshall. *cit.* p. 7.

<sup>85</sup> Hayton and Marshall. *cit.* p. 7.

<sup>86</sup> *Ibid.* p. 7.

Por cualquiera de estos acontecimientos es necesaria la confianza. Mediante esta última, un Lord señor feudal (en viejo francés anglo - normado medieval = *feoffor*<sup>88</sup> use) invertía (*enfeoff*<sup>89</sup>) y transmitía la propiedad de su inmueble (*freehold state in land*) a uno o varios terceros *feoffees in use*, para que estos últimos lo conservasen, explotasen (management) y retornasen ciertos bienes y servicios en beneficio de uno o varios terceros: *cestui que use le feoffment fuit fait*<sup>90</sup>. La administración del use por los *feoffees* debía de realizarse de acuerdo con los fines y las líneas de actuación fiduciarias que fueron establecidas mediante instrucciones precisas y concretas por el *lord use*. Incluso, si así fue instituido, en el beneficio del propio lord transmitente *feoffor use*. Esto permitió que estas relaciones de fiducia medievales se pudiesen constituir como relaciones de confianza tanto *mortis causa* como *inter vivos*. Posibilidad jurídica, ya conocida por la vieja *mancipatio familiae* romana, que será adoptada, a partir del siglo XIV d.C., por el Tribunal de *Equity*, fecha del nacimiento y del inicio de la construcción procesal de *equity & trust*.

Sin embargo, estas relaciones inter vivos de fiducia feudales medievales (*uses*) hacían surgir graves problemas jurídicos. Uno de estos últimos, se producía en el caso de incumplimiento de los fines por el *feoffe use*. La propiedad (*freehold*) que era transmitida por el vasallo señor a un tercero o a varios (*feoffees in use*) constituía un título de propiedad feudal que era protegida por los tribunales reales del *common law*. Sin embargo, estos últimos desconocían las relaciones de confianza (*use*) establecidas por el *feoffor use* en beneficio de terceros (*cestui que use*) que debían ser cumplidas por *el feoffee in use*. Es por ello que ni el señor constituyente (*settlor*), ni los terceros beneficiarios (*cestui que use*) tenían forma jurídica de hacer valer su relación fiduciaria, ni tampoco los derechos que de ésta derivaban frente al propietario titular del feudo, en aquellos tribunales.

Según F. Maitland este problema se agravó más por las Guerras de Cruzadas en Tierra Santa (siglos XII d.C. y XIII d.C.<sup>91</sup>). Así, F. Maitland cree que cuando el señor vasallo feudal partía a “tierra de infieles” concedía el use de su feudo a un tercero para que lo trabajase y pagase sus tributos. El problema surgía cuando el Lord regresaba de la guerra, puesto que los tribunales del *common law* reconocían como titular de la propiedad feudal al tercero concesionario del patrimonio *in use* (*feoffe use*). En consecuencia, el *settlor* no podía recuperar su inmueble.

<sup>87</sup> En este sentido, Herman S. “*Trust Sacred and Profaned: Clerical, Secular, and Commercial Uses*”, en *Tulane Law Review*, 71 (1997), pp. 869-898.

<sup>88</sup> Voz: *feoffor*, en *Collins Dictionary – complete & Unabridged* 2012 Digital Edition.

<sup>89</sup> Voz: *enfeoff*, en *Collins Dictionary – complete & Unabridged* 2012 Digital Edition.

<sup>90</sup> Voz: “*cestui que trust*” en *A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States*, por John Bouvier. Published 1856: “A barbarous phrase, to signify the beneficiary of an estate held in trust. He for whose benefit another person is enfeoffed or seised of land or tenements, or is possessed of personal property. The cestui que trust is entitled to receive the rents and profits of the land; He for whose benefit another person is enfeoffed or seised of land or tenements, or is possessed of personal property. The cestui que trust is entitled to receive the rents and profits of the land; he may defend his title in the name of the trustee. 1 Cruise, Dig. tit. 12, c. 4, s. 4; vide Vin. Ab. Trust, U, W, X, and Y 1 Vern. 14; Dane’s Ab. Index, h.t.: 1 Story, Eq. Jur. Sec. 321, note 1; Bouv. Inst. Index, h.t”.

Desde otra óptica, F. Maitland cree que, en los siglos VII d.C., VIII d.C. y IX d. C., el concepto de *use* es equivalente a *ad opus*: “no from the Latin *usus*, but from latin word *opus*<sup>92</sup>”, “in old Franch *os* or *oes*<sup>93</sup>”. Además *ad opus* es el antecedente y el germen creador de trust, es decir, “use, trust or confidence<sup>94</sup>”. Es por ello que, según reporta el historiador y jurista inglés, “in the thirteen century we commonly find that were there is was to our eyes is an informal agency<sup>95</sup>”. *Use* es agency a “*procuration*”: A no recibe dinero “as agent for B”. A lo recibe para el uso de B<sup>96</sup>. En consecuencia *use* nace en el ámbito de las relaciones fiduciarias del dinero y de los bienes muebles (*chattels*). *Ad opus* equivale a la institución de la representación (= *agency*). En sintonía con F Maitland se sitúa actualmente G. Watt, quien sostiene que “the modern trust is a direct descendant of the medieval *use*<sup>97</sup>”. Este autor cree, también de acuerdo con F, Maitland, que en el siglo VII d. C. y VIII d. C. en Inglaterra, “the common law had a form of *use* in relation to *chattels* and money, under which money had and received by A for the use of B<sup>98</sup>”.

Las explicaciones de F. Maitland haciendo equivalentes *use* con *ad opus* y de *use* con bienes muebles, mercancías y dinero (*chattels*), explicación adoptada por G. Watt (en clara sintonía con el primero), nos parecen un poco forzadas. Como explica W.W. Buckland, *agency* es una institución que se debe situar en el mundo de la representación de los negocios y del comercio:

“*Agency* significa el sistema bajo el cual B, autorizado por A, puede desarrollar un negocio en favor de A, con C, con el resultado de que todos los efectos del negocio, todos los derechos y obligaciones creados por él, tendrán efecto entre A y C, no teniendo B nada que ver en ellos y actuando meramente como un conducto”. Es obvio que existe una relación fiduciaria entre A y B, pero deriva de la representación que A otorga a B para realizar negocios con C<sup>99</sup>”.

*Agency* es por antonomasia representación. A quiere realizar negocios con C y B actúa de intermediario en representación de A. Los beneficios que son obtenidos de estos negocios son, por regla general para el representado A. Por el contrario, como regla general, trust es un compromiso fiduciario de A con B quien actúa en beneficio de C. Trust es compromiso como sostiene el propio G. Watt<sup>100</sup>, es decir, confianza, pero en beneficio de terceros. Aunque *agency* y trust contienen en su propia naturaleza la fidelidad y la fiducia, es difícil hacer concordar exclusivamente la naturaleza del trust con el *use* si se enfoca exclusivamente desde la perspectiva de la representación en la gestión del ejercicio del comercio y de los negocios, puesto que el destinatario normal de los beneficios, en este último caso, no son terceros. De esta forma, en *Agency* existe una estructura jurídica bidireccional A y B, B *ad opus* de A, frente a *feoffment use* que contiene una estructura jurídica triangular A y B en

<sup>91</sup> Maitland F., cit. 403.

<sup>92</sup> *Ibid.* 403.

<sup>93</sup> *Ibid.* 403.

<sup>94</sup> *Ibid.* 403.

<sup>95</sup> *Ibid.* 403.

<sup>96</sup> *Ibid.* 403.

<sup>97</sup> Watt G, *cit.* p. 120.

<sup>98</sup> *Ibid.* p. 120.

<sup>99</sup> Buckland W.W y McNair, “*Derecho Romano y Common Law*”, 1ª ed. 1936, Madrid, 1994, p. 209.

beneficio de C. Incluso si el *settlor* o *feoffor* se constituyese en el beneficiario del *use*, en este momento, es evidente que se posicionaría en la relación fiduciaria triangular como beneficiario *cestui que use fuit fait*.

Además, advierte F Maitland, ahora desde la óptica histórica procesal de Inglaterra, que las relaciones de representación para la prestación de servicios profesionales (*opus*), la gestión de mandatos<sup>101</sup> y las relaciones comerciales con terceros (*agency*) entraron rápidamente bajo el campo de las competencias jurisdiccionales de las cortes del common law. Los jueces *common lawyers* comprendían que nadie (representado) debía enriquecerse injustamente, mediante *agency*, a cuenta de un tercero. Aunque *agency* era considerada como una relación de fiduciaria del common law<sup>102</sup>, sin embargo, no podía ser nominada esta relación de representación (ad *opus*) como una relación jurídica fiduciaria de la equity, o, al menos, como el antecedente exclusivo del nacimiento del trust – equity, como lo prueba, precisamente, que en el Medioevo inglés *agency, use ad opus*, fue concebida como una *relationship of common law* y, por ende, una competencia sujeta exclusivamente a la jurisdicción de sus cortes<sup>103</sup>.

En esta dirección, pero ahora desde la óptica del derecho canónico, A. Stepkowsky cree que *use* tiene raíces inspiradas en el derecho de la Iglesia:

“les constructons juridiques de ce genre n’ètaient pas inconnues, alors que la maîtrise d’un patrimoine *ad opus*, provenant de la formula *ad opus sanctae Ecclesiae*, que l’on peut retrouver déjà dans les documents anglais du VIII siècle<sup>104</sup>”

Desde la perspectiva de las relaciones de confianza patrimoniales en beneficio de terceros, es necesaria la participación de un fiduciario para llevarlas a cabo, y es por ello que se debe considerar que *use* es un instrumento jurídico donde un *settlor* (bien un lord feudal, bien la Iglesia, también señora feudal) establece unilateralmente las obligaciones y los objetivos que forzosamente debe seguir un fiduciario (depositario del *use* = trustee) en beneficio de un tercero. Esta es la ley causal del *use*, y ésta última aproxima *feoffment use* al triángulo mágico del fideicomiso romano. Así, desde este prisma, *feoffment use* puede ser adoptado también como el embrión equivalente de trust y, en consecuencia, como una *relationship of equity*<sup>105</sup>. En esta dirección, *feoffment use* son dos palabras de contenido jurídico medieval diverso y significativo. *Feoffment*, como sostuvo Mr. Roger Coke, es

<sup>100</sup> *Ibid.* pp.120 - 121.

<sup>101</sup> Burdick W.L., “*The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law*”, 1ª ed. 1938, 2ª ed. New Jersey 2004, p. 459: “It is obvious that mandate is a sort of agency”.

<sup>102</sup> Burdick W.L. cit. pp. 459 - 460, relaciona el contrato clásico romano de mandato con *agency* y trust.

<sup>103</sup> DeMott D. A. “*The Contours and Composition of Agency Doctrine: Perspectives from History and Theory on Inherent Agency Power*”, en *University Illinois Law Review*, vol. 2104, n. 5, p. 1816: “Fiduciary character of agency is (and should be) a constitutive element one person (principal) through and independent actor (the agent) to take legally – salient actions in relationship to third persons and facts about the world”.

<sup>104</sup> Stepkowsky A. cit. p. 21. Herman S., “*Utilitas Ecclesiae: The Canonical Conception of the Trust*”, en *Tulane Law Review*, 70 (1996), p. 2257.

<sup>105</sup> Blackstone W. cit. n. 328.

para el common law donación de un fundo (*donatio faedis*<sup>106</sup>), y *use*, como sostiene Sir W. Blackstone<sup>107</sup>, debió significar la articulación procesal por la equity de la obligación de actuar en beneficio de un tercero. De este modo, *feoffment use* fue fruto de la construcción procesal medieval de dos jurisdicciones concurrentes, pues, *feoffment* es donación de un fundo (common law) y *use*, es el uso de aquél (relaciones fiduciarias = trust) en el beneficio de un tercero (courts of equity).

*Use*, además, también pudo hacer referencia directa al instrumento jurídico constitutivo, mediante el cual el *feoffor* establecía las instrucciones fiduciarias expresas de uso de su activo patrimonial inmueble (land). Título jurídico constitutivo que comprendía, además, la entrega de los frutos generados por los inmuebles en beneficio de uno o varios terceros (antecedente, tal vez, del express trust). En este sentido, G Watt subraya que en relación a las haciendas y los bienes raíces las cortes del common law no eran competentes para conocer de las relaciones fiduciarias establecidas sobre aquéllos por sus propietarios con terceras personas: “it was in relation to land that the use simply could not be fitted into the common law scheme of things, for the doctrine of states”. El *feoffee* era el propietario y el poseedor feudal para el common law. Sin embargo, por la rigidez de los tribunales de common law se desconocían y no se amparaban judicialmente las disposiciones fiduciarias expresas contenidas en el use, es decir, los derechos e intereses fiduciarios establecidos por el *feoffor use*, ni tampoco los derechos e intereses del tercero beneficiario: *cestui que use*. Estas circunstancias condujeron a que estas relaciones fiduciarias, constituidas sobre un bien inmueble mediante un instrumento jurídico por un settlor (*use*) en beneficio de un tercero, fuesen concebidas como relaciones jurídicas de confianza de equidad (trust). De esta forma, *use* (= trust) entró en el mundo de la conciencia jurídica de la Corona y, desde ésta, se trasladó por orden real al Lord Chancellor. Desde su pie, las relaciones fiduciarias entraron en el campo de las competencias jurisdiccionales de Equity<sup>108</sup>.

¿Use = Trust? Etimología jurídica de *usus* y tradición romanista medieval en Inglaterra

Desde la perspectiva de una valoración del significado de las tesis históricas que tratan de explicar el *use* como antecedente del *trust* (*use ad opus* como agency y *use of land* como trust), prima facie, nos parece oportuno poner de relieve que *use ad opus* no es un instrumento destinado a defender un patrimonio inmobiliario, pues B *ad opus* de A, aunque puede ser utilizado para beneficiar a terceros, por regla general, pretende lo contrario: hacer ganar dinero al constituyente en el riesgo de los negocios. Sin embargo, *use of land* es, como general, un instrumento fiduciario para defender y conservar un patrimonio raíz en beneficio de terceros. Si creemos en la afirmación de Sir W. Blackstone *use* no es el antecedente de trust (opinión de F. Maitland), puesto que ambas

<sup>106</sup> Coke R. “*Elements of Power and Subjection*”, Lib. I, c.7. Select 9: “Feoffment is derived of *Faedum*, a fee, quia est *donatio Faedis* and this the most Ancient, and necessary conveyance, which is used by the Common Law”.

<sup>107</sup> Blackstone W. *cit.* n. 328.

<sup>108</sup> Maitland F. *cit.* 403.

instituciones son prácticamente iguales. Ambas tienen la misma naturaleza, son relaciones fiduciarias: “*use* and trust are in their original of nature very similar, or rather exactly the same<sup>109</sup>”. Es por ello conveniente pensar que *use* no significó exclusivamente *ad opus*. Esta hipótesis histórica y jurídica explica muy bien que *use ad opus* fuese un antecedente histórico jurídico de agency, pero no soluciona con plenitud el problema del origen de trust como instrumento protector de la propiedad inmobiliaria mediante un fiduciario en beneficio de terceros, ni, por supuesto, su naturaleza como relationship of equity.

Tal vez, es preferible sostener que en la tradición jurídica histórica occidental del continente europeo medieval (a pesar de las objeciones de F. Maitland y G. Watt) y en los textos jurídicos de la Inglaterra feudal y eclesiástica, *use* es la voz latina vulgar de *usus - usus* (m.): “the use or using any thing; use, practice, exercise any thing; the use and enjoyment of property belonging to another, usufruct; a use that creates ownership, acquisition by prescription of usucaption<sup>110</sup>”. *Use* deriva de *utor - oetor - oesus* “use, to make use, exercise, to be in posesión, hold, possessing<sup>111</sup>”. La etimología hace referencia a uso, incluso a ejercer, emplear, modo de usar, y también, desde la óptica jurídica, garantía, prestar confianza, posesión y frutos, *usu-fructus*, incluso *possessio ad usucapionem*.

Esta línea evolutiva de *usus* ya fue marcada con claridad por las *Etymologiae* de S. Isidoro de Sevilla (*Ety.* 28 - 29) en el siglo VII d.C.:

“Usus, quem in re instructa utimur, ut in baculo innitere, in codice legere, in tabula iudere; sed et ipse fructus agrorum, quia eo utimur, usus vocatur. Haec sunt illa tria. Vsusfructus autem vocatus quia solo usu habetur eius fructus, manente apud alium iure”.

S. Isidoro, aunque fue transmisor de un Derecho romano vulgarizado, fue el foco que iluminó a los primeros canonistas ingleses, como Teodoro de Tarso<sup>112</sup> (quien, ejerció su docencia en una escuela fundada por él en Canterbury, e incluso, ya utilizó fragmentos del Digesto en la redacción de su *Poenitentiale*<sup>113</sup>) y el Padre Beda<sup>114</sup>. Este último, también se inspiró directamente en S. Isidoro para la redacción de su obra, que, además, fue transmitida mediante su magisterio en diferentes escuelas catedralicias, como York y Canterbury, y, también, en monasterios, como Jarrow, durante el oscuro Medievo<sup>115</sup>. Luces eclesiásticas cultas que se hicieron acreedoras y transmisoras de las obras de la antigüedad clásica grecorromana y de grandes maestros como Boecio, Arator, Casiodoro y Gregorio Magno<sup>116</sup>. De esta forma, la Iglesia de Inglaterra de los primeros claustros románicos medievales adopta las ciencias y los escritos del Mundo Antiguo como fuente del conocimiento y el Derecho

<sup>109</sup> Blackstone W. *cit.* 328.

<sup>110</sup> Voz: “*usus - usus*”, en *A Latin Dictionary, Lewis and Short*, Oxford, ed. 1989, p. 1938.

<sup>111</sup> Voz: “*utor - oetor - oesus*”, en *A Latin Dictionary, Lewis and Short*, Oxford, ed. 1989, p. 1946.

<sup>112</sup> Monge Allel E., “*A la manera de los griegos*”, *Ortodoxia en Teodoro de Canterbury*, en *Byzantion Nea Hellás*, n.31, 2012, pp. 203 - 221. Mitre Fernández E. “*Cultura y Culturas en la Historia*”, en AAVV., Salamanca, 1995, pp. 39 - 40.

<sup>113</sup> Stein P. “*El Derecho Romano en la historia de Europa*”, Madrid, 2001, p. 57.

<sup>114</sup> Beda “El Venerable”. “*De natura rerum*”, trad. Elisa Tinelli, Bari, 2013, pp. 68 - 69 - 70 - 71 - 74 - 75 - 80 - 81 - 82 - 86 - 87 - 88 - 89 - 106 - 107. Stein P. *cit.* p. 58.

<sup>115</sup> Mitre Fernández E., *cit.* pp. 39 - 40

<sup>116</sup> *Ibid.* pp. 39 - 40.

romano vulgar como objeto de estudio y de actuación. Tendencia eclesiástica medieval culta que se irá enriqueciendo y perpetuando paulatinamente en el Bajo Medievo. Así la aceptación definitiva por la Universidad de Oxford, las escuelas catedralicias góticas y los tribunales eclesiásticos de las obras jurídicas de Justiniano<sup>117</sup> y del proceso romano canónico fue fruto de esta tradición histórico jurídica sólida<sup>118</sup>. Recepción científica y judicial - eclesiástica del civil law en Inglaterra, que se intensificó y amplió a círculos civiles durante el siglo XII d. C., por obra de Glosadores afamados, como Vacario, quien desde su magisterio en la escuela catedralicia de Lincoln<sup>119</sup>, y su obra jurídica escrita (*Liber Pauperum*<sup>120</sup>) influyó, según C.R. Cheney, directamente en las cortes del common law<sup>121</sup>. Vacario dibujó su *Liber Pauperum* siguiendo el modelo de los nueve libros del *Codex Repetitiae Praelectionis* del Emperador Justiniano<sup>122</sup>. Algunas constituciones del Libro VI del *Codex* hacen referencia directa a los testamentos<sup>123</sup>, legados<sup>124</sup>, codicilos<sup>125</sup> y fideicomisos<sup>126</sup>. Este material romano fue difundido por el Maestro glosador a sus alumnos, e, incluso, a sus amigos, algunos de ellos (como el arzobispo de York, Roger de Pont L'Évêque<sup>127</sup>) importantes jueces de la alta jerarquía eclesiástica.

En esta dirección histórica y jurídica sincrónica también se movió posteriormente Sir W. Blackstone, quien sostuvo, sin complejos, frente a los *common lawyers*, que los antecedentes directos del trust fueron el *ususfructus* y el fideicomiso romanos<sup>128</sup>. Este último, también fue recogido por las *Etymologiae* de San Isidoro: “*Fideicommissum dictum, ut fiat quod a defuncto committitur. Nam fides dicta eo quod fiat; quod tamen non in directis verbis, sed precativis exposcitur*<sup>129</sup>. A través de aquella obra universal, ambos fueron proyectados a la cultura jurídica de los Padres canonistas de la Iglesia y al conocimiento y las mentes de los jueces que conformaban los tribunales canónicos de Inglaterra durante el Medievo.

El fideicomiso fue un instrumento jurídico creador de confianzas, protector de la riqueza familiar y un medio jurídico garante del cumplimiento de relaciones de confianza en beneficio de terceros. En consecuencia, es obvio, que estaba llamado a emparar la construcción procesal de las obligaciones fiduciarias como relaciones jurídicas, bien en los tribunales eclesiásticos, bien en Court of Chancery, madre de equity & trust.

Desde las perspectivas del *use* y del common law feudal, el *feoffee* es el auténtico propietario y poseedor

---

<sup>117</sup> Stein P. cit. pp. 123 - 124.

<sup>118</sup> *Ibid.* pp. 84 - 85.

<sup>119</sup> Stein P. cit. p. 81.

<sup>120</sup> Cheney C.R. “*Church and Government in the Middle Ages*”, Cambridge, 1976, pp. 120 ss.

<sup>121</sup> *Ibid.* p. 91 - 92

<sup>122</sup> Woodbine G.E. “*The Liber Pauperum of Vacarius*”. Edited by Zulueta (Selden Society. Vol XLIV) London: Quariteh, 1927, en *Oxford Journals*, vol. 43, n. 171 (Jul. 1028), p. 419.

<sup>123</sup> C.641.1.

<sup>124</sup> C.641.1.

<sup>125</sup> C.641.1.

<sup>126</sup> C.642.0.

<sup>127</sup> Voz: *Vacarius*, en *Encyclopaedia Britannica*, 2016.

<sup>128</sup> Blackstone W. cit. 328.

del feudo (*fee*). Fuera de esta jurisdicción, el *feoffee to use* es en conciencia y en equity nudo propietario y recipiendario de las instrucciones de confianza o de fiducia, que han sido otorgadas, de modo unilateral, por el *feoffor use* en beneficio de terceros. De acuerdo con aquéllas, *feoffee to use* debe usar el patrimonio inmobiliario y restituir los frutos a uno o varios terceros, quienes son titulares y beneficiarios de equidad (*equitable usus – fructus*<sup>129</sup>).

Desde la óptica del fideicomiso romano, Sir William Blackstone entendió que el *use* es compromiso y confianza, que debe cumplir un fiduciario, de acuerdo con las directrices unilaterales establecidas por un settlor o *feoffor use*, en beneficio de un tercero<sup>131</sup>. De esta forma, *use* no es *ad opus* (= prestar obras y servicios). Es por ello que *feoffment to uses* medieval se aproximó, o se nutrió de la naturaleza jurídica del fideicomiso y creó “de nuevo” el triángulo jurídico mágico de las relaciones fiduciarias (incluso si el *feoffor to use* se hubiese constituido en *cestui*):

Feoffor use	Feoffee use	Cestui que use
Transmitente use	Adquirente use	Beneficiario del use

De acuerdo con esta estructura triangular, el *usus fiduciario* (*use* medieval) comprende todas las relaciones, las instrucciones de confianza y los compromisos establecidos unilateralmente por A dirigidas a B, quien retiene el título nominal de propiedad y, además, debe cumplir aquéllos en beneficio de C, (beneficiario del uso y de los frutos). Así, *Feoffment to uses*, según la fórmula que reporta Sir W. Blackstone<sup>132</sup>: “Feoffment was made to A an his heirs, to the *use* (or in trust for) B and his heirs”.

También, ya en la actualidad, T. Cockburn y M Shirley reproducen una fórmula equivalente a la estructura interna del trust: “A to B = trustee to the *use* of B = *cestui que use*”<sup>133</sup>.

#### Intervención concurrente de los tribunales en la formación del *use*

Un problema histórico jurídico grave medieval impedía la construcción procesal definitiva de trust. Este problema, reconocido por el propio F. Maitland, surgía de la rigidez de los tribunales reales del common law. Cortes que desconocían y no amparaban judicialmente ni los derechos ni las instrucciones de fiducia constituidas sobre terrenos ni bienes inmuebles otorgadas por el *feoffor to use* en beneficio de terceros: *cestui que use*. En consecuencia, no se amparaba *ad law* por el stare decisis medieval del common law las instrucciones ni las relaciones fiduciarias derivadas del *use*, lo que suponía una vulneración de la conciencia y de la equidad para con el

<sup>129</sup> S. Isidoro de Sevilla. *Etymologiae*. 5.17.

<sup>130</sup> *Ibid.* 328.

<sup>131</sup> *Ibid.* 328.

<sup>132</sup> *Ibid.* 328.

*feoffor use* y para el *cestui que use*. Esta rigidez del common law condujo a que el *use* fuese concebido como una instrucción destinada a la configuración de una relación jurídica de confianza (= *use* entendido como trust entre partes), y, esta nueva concepción fue la llave que abrió la puerta para su entrada en el mundo medieval de la conciencia de la Corona. Posteriormente, y desde ésta, *use* fue trasladado por el Lord Chanciller al campo de las competencias jurisdiccionales de Equity<sup>134</sup>.

Es por ello que la consideración del *use* como trust judicial no surgió inmediatamente de las relaciones fiduciarias medievales (aunque estas fueron evidentemente sus antecedentes históricos) sino que tal vez, aquél fue gestándose como relación jurídica procesal y judicial de una forma progresiva en el ámbito de los tribunales. Así, la protección jurídica de las relaciones fiduciarias fue labor de sucesivas y numerosas intervenciones procesales y de jurisdicciones que fueron forzosamente concurrentes. En este sentido, fue decisiva, primero, la labor de los tribunales eclesiásticos que conocían de asuntos civiles<sup>135</sup> de equidad y, segundo, las intervenciones procesales concurrentes, también de equidad, desarrolladas por los cancilleres. En este sentido, Sir William Blackstone infiere que en materia de legados (entre los que se comprendieron, sin duda, *charities trusts*) aquellas jurisdicciones tuvieron competencias complementarias:

“This distinction is borrowed from the civil law; and it’s adoption in our courts is not to much owing to it’s intrinsic equity, as to it’s having been before adopted by the ecclesiastical courts. For, since chancery has a concurrent jurisdiction whth them, in regard to the recovery of legacies<sup>136</sup>”.

Esta tendencia procesal histórica y jurídica de los tribunales medievales propiciará que el trust nazca precisamente como una relación jurídica fiduciaria de equidad. Esta dirección fue seguida por Court of Chancery, tribunal que, resolviendo caso por caso, dio lugar a la construcción procesal y a un reconocimiento jurisdiccional estable, por equidad natural universal<sup>137</sup>, a las relaciones fiduciarias que hubiesen sido constituidas bien *inter vivos* bien *mortis causa*, y que unían a un trustee con un *cestui*, e incluso al trustee con un constituyente settlor, quien, a su vez, se constituía en settlor – *cestui*. Fue así como se forjó, de forma originaria y genuina (desconocida por el resto de los países de Europa continental), la construcción procesal de equity & trust. En esta posición se sitúa G. Watt quien reporta que la correspondencia de “A for the use of B”, es decir *use ap opus* no comprendía las entregas fiduciarias de la tierra a terceros y estaban excluidas de las causas jurisdiccionales del common law. Esta última jurisdicción no creó los esquemas para desmembrar el dominio: un título de propiedad feudal del trustee y

<sup>133</sup> Cockburn T. & Shirley M., “*Equity*”, Sydney, 2001.

<sup>134</sup> Maitland F. *cit.* 403.

<sup>135</sup> Sobre la jurisdicción eclesiástica en Inglaterra y su relación con la jurisdicción secular del siglo XIII d.C. ver, Bened Walters D, “Spoliation and Disseisin: Possession under Threat and Its Protection Before and After 1215”, en *VERGENTIS*, n.1 (2015), p. 68 y nota 91.

<sup>136</sup> Blackstone W. *cit.* n. 512.

<sup>137</sup> Lord Couper en “Lord Dudley v. Lady Dudley”, (1705). Prec Ch 241 – 244: “Now equity is no part of the law, but a moral virtue, which qualifies, moderates, and reforms the rigour hardness, and edge of the law, and is an universal truth”.

un título de propiedad, in equity, del *cestui*:

“in relation to land to land that the use simply could not be fitted into the common law scheme of things, for the doctrine of states and the doctrine of seisin left no place for the separation of beneficial enjoyment from legal title<sup>138</sup>”.

La defensa del patrimonio inmobiliario, que era confiado a terceras personas, constituía un vacío ad law que necesitó ser cubierto por las intervenciones del Rey, como *Pater Patriae* en equidad, (Att.– gen. v. Peacock, 1675<sup>139</sup>) y, además, por las cortes jurisdiccionales de equidad. En la “construcción procesal” histórica de esta relación jurídica (relationship) no intervinieron directamente los tribunales del common law, aunque estos últimos sí reconocían la propiedad legal del trustee y sus relaciones comerciales con terceros. La construcción in equity fue obra de los tribunales eclesiásticos<sup>140</sup> (viejos conocedores medievales de las sucesiones y ejecuciones de los testamentos y de los legados de caridad) y, de forma concurrente con estos últimos, la decisiva intervención y la magna obra de un Tribunal de la Corona: Court of Equity. Esta última fue “in essence eclessiastic courts<sup>141</sup>”. A partir del siglo XIV d. C., aquella se constituye definitivamente como tribunal real centralizado y es la conciencia de la Corona de Inglaterra. Tribunal que, desde sus inicios, utilizó diferentes herramientas jurídicas que fueron obtenidas del cajón histórico jurídico del “civil law and canon law”. Y, sobre todo, en la medida que quiso cada canciller abrazó a la magna obra de equidad creada por los pretores romanos para corregir la rigidez feudal del common law.

Es por ello, que de forma original, Court of Chancery hizo surgir y transformó definitivamente a una situaciones de hecho, es decir, la relaciones de confianza, en situaciones de derecho, es decir en una relación jurídica fiduciaria de equidad en el sistema judicial de Inglaterra (equity & trust). Así, las prácticas feudales del *use* son trasladadas como trust por el the Court of Chancery al campo de juego del proceso, de las instituciones y de las reglas que habían sido permeables al sistema jurídico romano y a su equidad. En este momento *use* o instrucción de confianza se sustituye nominativamente por trust – equity, o confianza judicial de equidad. *Use* y trust adquieren naturaleza jurídica análoga. Tal vez, incluso, siempre fue la misma: compromiso de cumplir relaciones fiduciarias en beneficio de terceros de acuerdo con las instrucciones otorgadas por un instituyente. Así lo creyó Sir William Blackstone, quien, en relación al trust, sostuvo que la relación fiduciaria o trust gozaba de una naturaleza similar al fideicomiso y al usufructo romano (más del primero que del segundo) y, por ello, fue imbricada en sus reglas:

“Uses ad trust are in their original of a nature very similar, or rather exactly the same: answering more to the *fideicomisum* than the *usufructus* of the civil law; which latter was the temporary right of using a thing without having the ultimate property or full dominion of

<sup>138</sup> Watt G. cit. p. 120.

<sup>139</sup> Jones G., “History of the Law of Charity ...”, cit. p. 55.

<sup>140</sup> Blackstone W. cit. nº 512. Guerin – MacManus M., “Conservation Trust Funds”, en UCLA, *Journal Law and Policy*, (2001) n.20 (1) p. 4. Stepkowsky A., “L’institution du trust dan le systeme mixte du droit prive écossais”, Varsovie, 2005, pp 20 -21.

<sup>141</sup> Jones G. cit. p. 120.

the substance<sup>142</sup>”.

## PERSPECTIVAS ROMANAS EN LA ESTRUCTURA JURÍDICA MÁGICA TRIANGULAR BAJOMEDIEVAL DE EQUITY –TRUST

A partir del siglo XIV d. C., la intervención definitiva de la Court of Chancery en materia de relaciones e intereses fiduciarios hará surgir el triángulo mágico jurídico del trust como equity relationship. En esta última, tres sujetos A - B - C serán reconocidos y amparados como titulares de derechos y obligaciones fiduciarias de equidad que pueden ser exigibles entre sí en el tribunal de la cancillería. Amparo y tutela judicial que era desconocida por los tribunales de los common lawyers. Es por ello que, en este momento se debe situar la fecha de nacimiento del trust, considerado como una nueva relación jurídica fiduciaria triangular de la equity. De acuerdo, con la evolución jurídica del *use* estudiada en los anteriores apartados, podemos sostener que el trust nace como una herramienta jurídica destinada a la conservación y protección fiduciaria de los patrimonios inmobiliarios. En esta dirección, C. E. Rounds Jr. y C. E. Rounds III<sup>143</sup>, quienes aceptan las tesis de M. Guerin – McManus<sup>144</sup>, ligan el origen del trust al momento en el que el patrimonio inmobiliario (land) fue considerado la fuente principal de riqueza. Para aquéllos, el trust nace para superar las deficiencias y las restricciones que conciernen a la propiedad y su devolución. Es por ello que, según estos autores, el fideicomiso romano, el *use* inglés, el *salmanus* germánico feudal (ejecutor testamentario eclesiástico = *heres fiduciarius*<sup>145</sup>) y la institución musulmana del *waqf* emergen.

Con todo, y de acuerdo con la información que nos transmiten las fuentes históricas y jurídicas, la musulmana donación para causas pías o *waqf*<sup>146</sup> (وقف, plural اوقاف, *awqāf*), aunque fuese una institución conocida en el mundo académico y culto de la Inglaterra medieval<sup>147</sup> (según sostienen P. Stibbard, D. Russell, B. Bromley) no fue institución histórico jurídica aplicada directamente in equity para la construcción del trust, ni siquiera como creen estos autores se aplicaron sus analogías para la construcción de la doctrina Cy-près<sup>148</sup>. A pesar de sus paralelismos con charity trust, la labor jurisdiccional que construyó a este último fue obra de la conciencia de la Corona y, en su nombre, como atribución de aquella, la equidad romano – canónica del Lord Chancellor (juez eclesiástico que protegió procesalmente la conservación de los fondos fiduciarios de la tierra en beneficio de

<sup>142</sup> Blackstone W. *cit.* n. 328.

<sup>143</sup> Rounds C.E.Jr. & Rounds C.E., III, “*Loring and Rounds: A Trustee’s Handbook*”, 7ª ed. New York, p. 1379.

<sup>144</sup> Guerin – MacManus M., “*Conservation Trust Funds*”, en UCLA, *Journal Law and Policy*, (2001) n.20 (1) p. 5.

<sup>145</sup> En este sentido, Caravale M., “*Fedecomesso (dir. intern.)*”, en *ED*. vol. 17, 1968, p. 110.

<sup>146</sup> Verbit G. P. *cit.* pp. 250 ss.

<sup>147</sup> Stibbard P., Russell D., Bromley B., “*Understanding the waqf in the world of the trust*”, en *Trust and Trustees*, vol. 18, nº 8, 2012, Estambul, pp. 785 – 810. Verbit G. P. *cit.* pp. 150 ss. También, Gaudiosi M.M. “*Comment: The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case Of Merton College*”, 136 *University of Pennsylvania Law. Review.* (1988) pp. 1231 - 1241.

<sup>148</sup> Stibbard P., Russell D., Bromley B. *cit.* p. 791.

terceros<sup>149</sup>). A tal fin, por orden del rey, y como prerrogativa real de gracia<sup>150</sup>, aquél debía actuar de acuerdo “a good conscience require in the case<sup>151</sup>”. Para ello, de acuerdo con la conciencia cristiana<sup>152</sup> utilizó exclusivamente todos los recursos jurídicos del civil law and canon law, para forjar el trust como criatura o relación jurídica procesal en el seno de la equity<sup>153</sup>. De este modo, desde una óptica judicial, trust fue concebido en el seno de la jurisdicción como relationship *ex aequo et bono*<sup>154</sup>.

Desde sus orígenes (tiempos de Eduardo II, 1327 – 1377 d. C.), es probable que las relaciones jurídicas que empaparon al trust fuesen moldeadas, caso por caso, por un proceso en el que la mentalidad de los jueces fue inspirada por la jurisdicción clásica del pretor romano<sup>155</sup>: “to deal whit cases which required extraordinary remedies<sup>156</sup>”. En esta dirección, en el siglo XVI d. C., Lord Attorney F. Bacon sostuvo en sus Aforismos y en relación a la actividad jurisdiccional de los Cancilleres que: “*Habeant similiter Curiae Praetoriae potestatem tam subveniendi contra rigorem legis, quam supplendi defectum legis*<sup>157</sup>”.

Influencia que proviene de la equidad internacional del pretor peregrino, según Thomas Scrutton<sup>158</sup>, y se hace perceptible en Inglaterra con la jurisdicción de Lord Chancellor en tiempos de Jaime I (1567 d.C. – 1603 d.C.). De este modo, Lord Chancellor protegió progresivamente los derechos y obligaciones fiduciarias que hubiesen surgido en su tribunal en cada supuesto concreto, y, probablemente, siguiendo este mismo rol procesal constituyó un sistema jurisdiccional propio frente al common law con la idea de conservar y defender los patrimonios inmobiliarios<sup>159</sup> y los intereses de las diferentes partes ligadas en el triángulo mágico “fideicomisario”, también generado por el trust.

### Perspectiva procesal del fideicomiso romano en Equity - Trust

En esta dirección, fue decisiva la influencia del fideicomiso romano en la construcción procesal de equity - trust. En este sentido Sir W. Blackstone infiere que el fideicomiso es el antecedente histórico jurídico directo del trust: “Uses and trust are in their original of a nature very similar, or rather exactly the same: answering more to the

<sup>149</sup> Blackstone W. *cit.* n. 328.

<sup>150</sup> Spence G. “*Calendar of the Close Rolls*”, 1346 – 1349, n. 6 – 337. Watt G. *cit.* p. 51.

<sup>151</sup> Spence G. Rot. Parl III 297, 298, n. 6 - 407. Watt G. *cit.* p. 51.

<sup>152</sup> En este sentido se pronunciará Lord Ellesmere en “*Earl of Oxford’s Case in Chancery* (1615)”: “correct men’s consciences for fraud, breach of trusts, wrongs and oppressions (...) and to soften and mollify the extremity of the law”.

<sup>153</sup> Hayton and Marshall, *cit.* p.6.

<sup>154</sup> Story J., Grigsby W.E., “*Commentaries on Equity Jurisprudence*”, 1ª ed, London 1884, reimpr. New Jersey 2006, pp. 1 -2.

<sup>155</sup> *Ibid.* pp.1 – 15.

<sup>156</sup> Spence G. “*Calendar of the Close Rolls*”, 1346 – 1349, n. 6 – 337.

<sup>157</sup> Bacon F, “*De Aug. Scient.*” L, 18, cp. 3, *Aphor.* 35, 45.

<sup>158</sup> Scrutton T. “*The Influence of the Roman Law on the Law of England*”, Cambridge (1885) pp. 152 – 162.

<sup>159</sup> En este sentido, Guerin – MacManus M., “*Conservation Trust Funds...*”, *cit.* p. 5

*fideicommissum* than the *usus-fructus* of the civil law<sup>160</sup>”.

Existen ciertas perspectivas históricas y jurídicas procesales que fluctuaron sobre el fideicomiso romano clásico, que de forma paralela se volvieron a generar a propósito del trust en la Inglaterra medieval. El fideicomiso romano fue amparado procesalmente y sancionado como institución por los cónsules, por orden taxativa de Augusto<sup>161</sup>. El emperador movido por razones de humanidad, equidad, incluso personales ordenó a los cónsules que impusiesen su autoridad. A partir de este auxilio de *imperium*, aceptado por la mayoría del pueblo, los fideicomisarios fueron, sucesivamente, protegidos, además, por los pretores (es constatable con seguridad la existencia de dos *pretores fideicommissarii* en tiempos de Claudio<sup>162</sup>) en sus tribunales, a través de un nuevo procedimiento o *cognitio extra ordinem*. De este modo, los tribunales hacían frente a los rigores del derecho civil testamentario, pues este último concedía la propiedad de los bienes del fideicomiso al heredero fiduciario, quien podía disponer libremente del patrimonio fiduciario y negarse a restituir la herencia al beneficiario<sup>163</sup>. Es por ello, que Sir W. Blackstone sostiene que para proteger al fideicomisario, el “*ius fiduciarium*, a right in trust, for which there was a remedy in conscience<sup>164</sup>”. En consecuencia, el *ius fiduciarium* sólo podía hacerse efectivo por petición (*petitio*<sup>165</sup>) o ruego<sup>166</sup> “only by intreaty or request”. De forma paralela y similar, sucedió con el trust medieval de Inglaterra. Según W Blackstone, el trust pertenece a esta categoría de derechos, pues el *cestui* se encontraba en una situación de precariedad frente al trustee, propietario legal de los bienes para los tribunales del common law. Así, aquél, solo por medio de una petición o un ruego dirigido al tribunal del Lord Chancellor podía hacer efectivo el trust en su favor: “the *cestui que use* was in conscience and equity to have the profits and disposal of it<sup>167</sup>”.

Además, desde una perspectiva procesal, el fideicomiso romano presenta una construcción sobre una estructura triangular fiduciaria que une por sus vértices a fideicomitente – fiduciario – fideicomisario. El fideicomitente establece unas instrucciones para proteger su patrimonio y encomienda su cumplimiento al fiduciario. A su vez este último, recibía la propiedad de los bienes (*mortis causa*) para gestionarlos, administrarlos y

<sup>160</sup> Blackstone W. *cit.* n.328.

<sup>161</sup> Justiniano, *Inst.*2.23.1.

<sup>162</sup> Gayo, *Inst.* 2.278. *Epitome Ulpiani* 25.12.

<sup>163</sup> Justiniano, *Inst.*2.23.1: “*Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod, quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduum iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant*”.

<sup>164</sup> Blackstone W. *cit.* n. 328.

<sup>165</sup> D.34.3.28.10 *Scaevola libro 16 digestorum*: “*Eum, qui tutelam ipsius administraverat, et fratrem suum et alios quosdam scripsit heredes et tutori legavit, quae impenderat in se et fratrem ipsius, decem: quaesitum est, an utile esset in persona eius fideicommissum. Respondit, si id dederit per fideicommissum quod debebatur, peti non posse*”.

<sup>166</sup> Justiniano, *Inst.*2.23.1.

<sup>167</sup> Blackstone W. *cit.* n. 328.

restituirlos de acuerdo con las instrucciones establecidas en beneficio de los terceros fideicomisarios<sup>168</sup>. De modo paralelo, el trust fue construido por la equity sobre una estructura triangular fiduciaria que unía por sus vértices a tres intervinientes: settlor – trustee – cestui. El settlor establecía las instrucciones para proteger su patrimonio inmobiliario (ley del trust), que encomendaba a un trustee. A su vez, este último recibía la propiedad de los bienes inmuebles (*inter vivos* o *mortis causa*) y debía gestionarlos, administrarlos y restituirlos de acuerdo con la ley unilateral del trust, en beneficio de terceros, *cestuis que trust*<sup>169</sup>. Aunque se haya objetado por algunos autores, que el fideicomiso es una institución *mortis causa*<sup>170</sup> y el trust una institución que se puede constituir tanto *inter vivos* como *mortis causa*, ello no es óbice para sostener que el fideicomiso es el antecedente histórico jurídico que sirvió de modelo a Court of Chancery para la construcción procesal triangular “in conscience and in equity” del trust. Esta tesis, encuentra acomodo no sólo en las posiciones de Sir W. Blackstone<sup>171</sup>, sino también en las tesis de Lord Ellesmere en “*Earl of Oxford’s Case in Chancery* (1615)”, quien sostuvo que Equity: “correct men’s consciences for fraud, breach of trusts, wrongs and oppressions (...) and to soften and mollify the extremity of the law”.

Construcción procesal fideicomisaria por Equity del triángulo mágico del Trust

Common Law		
Legal Property		
Settlor	Trustee	Cestui Que Trust
I		
(A) _____ Equity _____	(B) _____ Equity _____	(C) _____
Property	I	Property
I		
Terceros (D)		
Relaciones Comerciales		

El settlor transfiere el título equitable property al beneficiario

Settlor	Court Of Chancery
A	
_____ “Equitable property” _____	Cestui C

<sup>168</sup> También W. Blackstone, *citn.* 328: “But the *fidei – commissum* which usually was created by will, was disposal of an inheritance to one, in confidence that he sould convey it or dispose of the profits at the will of another”.

<sup>169</sup> *Ibid.* n. 328: “In our law, a *use* might be ranked under the rights of the second kind; being a confidence reposed in another who was tenat of the land, or terre – tenant, that he should disposed of the land according to the intentions or *cestuy que use*, or him whose it was granted and suffer him to take the profits”.

<sup>170</sup> Gaudiosi M.M. *cit.* pp. 1231 – 1241.

<sup>171</sup> Blackstone W. *citn.* 328.

El settlor transfiere el título de legal property al trustee

Settlor	Common Law
A	
"Legal property" _____ Trustee B	

4.1.4. El trustee tiene el título de legal property frente a terceros

Trustee	Common Law
B	
"Legal property" _____ Frente a terceros (D)	

1. Todas las relaciones que surgen del trust como título equitable ownership se fiscalizan y construyen como obligaciones personales de naturaleza fiduciaria por la jurisdicción de Court of Chancery:
  - a. Trustte (B) \_\_\_\_\_ (A) Settlor, si se consituye como beneficiario del trust.
  - b. Trustte B \_\_\_\_\_ Cestui C
  - c. Y viceversa.
2. Todas las relaciones jurídicas que surgen del trust como título legal ownership se fiscalizan y construyen como obligaciones legales por los tribunales del comon law:
  - a. Settlor A \_\_\_\_\_ Trustee B
  - b. Trustee B \_\_\_\_\_ Terceros (D)
  - c. Y viceversa.
  - d.

**Perspectivas romanas en la construcción judicial de Equity – Trust: Rol procesal de equidad del pretor - *duplex dominium – usufructus – tutela – Cy-près* clásica y romano bizantina**

El trust es una herramienta jurídica fiduciaria destinada a la protección de patrimonios en beneficio de terceros, que tiene una estructura triangular polivalente. De acuerdo con el triángulo fiduciario anterior, una característica fundamental (tal vez la más importante) de esta relationship jurídica fiduciaria fue la constitución de un *dominium duplex*. Así lo cree G. P. Verbit, quien sostiene, sin ambages, que “the essential characteristic of a trust is the separation of property ownership into legal ownership and beneficial ownership and societies whose legal systems offer such a form of property ownership can at least be said to have a “trust like institution<sup>172</sup>”. Esta última posibilidad jurídica se creó por la intervención del tribunal de la Equity, quien construyó por primera vez, y de un modo genuino, para la estructura del trust de Inglaterra una propiedad de equidad o bonitaria frente al título

legal de propiedad del common law. Esta desmembración del dominio es precisamente, lo que constituye, según A. Hudson “the genius of the trust”. Esta índole “is that it enables one person, the trustee, to control property while vesting all of the ultimate entitlement to that property in another person, the beneficiary<sup>173</sup>”.

Esta división, aunque es desconocida por los códigos y los ordenamientos civiles actuales, sin embargo, no es una genialidad ni una novedad originaria del derecho inglés. Los juristas del civil law saben muy bien (por las informaciones transmitidas por el Libro de *Institutiones* del que es autor el jurista Gayo, 1/2 siglo II d. C.) que la desmembración no sólo fue una posibilidad ideal, sino también una característica jurídica esencial que alcanzó al dominio romano clásico. La división surgía como resultado de la transmisión del dominio que era realizado por los ciudadanos romanos durante la época clásica, bien a título de *non domino*<sup>174</sup>, bien por un título inadecuado (transmisión de una *res mancipi* por *traditio*<sup>175</sup>). En ambos casos, según sostiene A. Fernández de Buján, “hasta que el periodo fijado para la conclusión de la usucapión transcurriese, la persona que tenía el bien, *in bonis habens*, y de ahí la denominación de bonitaria, carecía de protección a título de propietario, al reconocérsele tan sólo la condición de poseedor<sup>176</sup>”. Por este motivo, los adquirentes, poseedores de buena fe, fueron amparados por el tribunal del Pretor<sup>177</sup>. De esta forma, desde finales de la república romana fue posible que un ciudadano fuese el titular civil de un *dominium ex iure quiritium* sobre un bien y, sin embargo, otro, a su vez, tuviese una propiedad procesal de equidad (*in bonis habere*) que era protegida tanto por la jurisdicción como por el *imperium* del pretor, a través de interdictos y de acciones judiciales (*actio publiciana*), en su tribunal<sup>178</sup>. De este modo, los intereses del propietario de equidad (*possessio in bonis*) eran protegidos por la jurisdicción de equidad del pretor en vía procesal, tanto frente a reclamaciones del transmitente como de terceros<sup>179</sup>.

El *dominium duplex*, reportado directamente por Gayo<sup>180</sup>, tuvo un largo recorrido histórico en la época clásica y en el Bajo Imperio, incluso, en la época bizantina. En esta última época, el emperador Justiniano unificó para la parte oriental del Imperio el dominio *in bonis* con el dominio civil. Con todo, y a pesar de la caída del

<sup>172</sup> Verbit G.P. *cit.* p. 24.

<sup>173</sup> Hudson A. *cit.* p. 54.

<sup>174</sup> Gayo, *Inst.* 2.43.

<sup>175</sup> Gayo, *Inst.* 2.41.

<sup>176</sup> Fernández de Buján A. *cit.* p. 336.

<sup>177</sup> Fernández de Buján A. *cit.* p. 336: “La evidente injusticia de esta situación provocó, en los últimos siglos de la República, la reacción de un pretor, de nombre Publicio, que otorgó en su edicto una acción de tutela a los poseedores, *in bonis esse* o *in bonis habere*, con justa causa y buena fe que no habían consumado la usucapión y eran perturbados en su situación posesoria. En la fórmula de la acción se presumía que el tiempo de la usucapión había concluido, por lo que el poseedor debía tan sólo probar la justa causa y la buena fe, de ahí la consideración de acción ficticia”.

<sup>178</sup> Gayo, *Inst.* 2.40.

<sup>179</sup> Fernández de Buján A. *cit.* p. 337: “La protección otorgada por el pretor al poseedor del bien, *in bonis habens*, como si fuera propietario civil, explica que Gayo afirme que sobre una misma cosa una persona puede tener la propiedad quiritaria o civil y otra la propiedad bonitaria, también conocida, desde los juristas medievales, como propiedad pretoria o publiciana, en atención al magistrado que otorga la tutela y al primer pretor a partir del cual se prevé este tipo de propiedad”.

<sup>180</sup> Gayo, *Inst.* 2.40.

Imperio romano de occidente en el año 476 d. C., tanto el *usufructo* como el *duplex dominium* clásicos alcanzaron de lleno a la propia concepción de la estructura jurídica territorial del feudalismo alto medieval de Europa continental, pues aquélla fue encorsetada en el juego del *dominium directo* en favor del señor feudal y del *dominium util* en favor del señor vasallo<sup>181</sup>. Dominios feudales desmembrados, que se pudieron trasladar progresivamente mediante sub-feudos a los siguientes titulares, señores y vasallos, constituyéndose, de este modo, la gran cadena feudal – patrimonial en cada territorio. Unido a este fenómeno global del feudalismo europeo (que se desarrolla en el periodo romano germánico del siglo VI d. C. al siglo XI d. C.) va el posterior renacimiento jurídico Bajo medieval universitario, de carácter primero romanista y, después, canonista. Fenómeno que acontece en Europa continental en el siglo XI y XII d. C., a partir del florecimiento de la Universidad de Bolonia y que, progresivamente, se irá globalizando por los distintos territorios de Europa. Así, siguiendo esta estela, florecen otras universidades como la Universidad de Oxford (institución que comienza su andadura en 1096 d. C.). Este movimiento jurídico medieval romanista propiciará el estudio y la adopción de las recién recuperadas compilaciones de normas romanas clásicas y justinianeas. Esta recepción romanista continental pronto tuvo ecos en la Universidad de Oxford y en los tribunales centrales de la Iglesia de la misma ciudad. Estas instituciones se harán no sólo recipiendarias y transmisoras del Civil law. Las cortes eclesiásticas de Oxford, fruto de su actividad jurisdiccional, serán aplicadoras procesales prácticas del viejo Derecho civil. En esta dirección, S.J. McEvoy sostiene que ya en el siglo XII d. C. en Oxford, “scuola e corte di giustizia erano complementari<sup>182</sup>”.

Fruto de esta adopción directa de la tradición romanista en los territorios romanos germánicos y, de forma indirecta (escolástica – judicial – eclesiástica) en Inglaterra medieval, este *duplex dominium* clásico influyó no sólo en las costumbres normandas -germánicas importadas por Inglaterra, sino también en la concepción jurídica de la distribución territorial del poder de su férreo feudalismo centralizado en la isla. De este modo, los juristas medievales continentales sostenían que, de acuerdo con los *usus feudorum*, el señor del feudo era titular de un dominio directo y el vasallo que recibía mediante un instrumento de investidura parte del territorio feudal recibía un dominio útil<sup>183</sup>. Esta posibilidad de lograr la desmembración de la propiedad, que fue ofrecida por la equidad judicial del pretor, fue trasladada por los juristas medievales a las relaciones patrimoniales feudales en Europa continental y tuvo repercusión directa en Inglaterra. Esta última, se materializó por vía jurisdiccional, pues la Corona y los tribunales, con competencia en materias de equidad, defendieron las relaciones fiduciarias constituidas sobre los feudos en beneficio de terceros. El *feoffee use* es titular de un dominio directo (amparado como lord por el common law) y los terceros beneficiarios son titulares de un dominio útil (= *in bonis habere*).

<sup>181</sup> Stein P. *cit.* p. 89

<sup>182</sup> McEvoy J.S. “*Gli Inizi di Oxford. Grosatesta e i Primi Teologi*”, en *Figure del Pensiero Medievali. La Nuova Razionalità*, AAVV., vol. IV, 2008, Milano, p. 305

<sup>183</sup> Stein P, *cit.* p. 89.

Estos últimos son amparados por la equidad del rey en el caso de incumplimientos y abusos reiterados del *feoffe use*. Esta protección se extendió después al campo de las competencias judiciales exclusivas de Court of Chancery. Esta corte construyó un título procesal de propiedad *in bonis*, o de equidad, en favor del beneficiario del trust, *cestui que use*, y protegió sus relaciones jurídicas fiduciarias frente al trustee. Así, del mismo modo que el pretor seguía al Derecho civil en Roma, la Court of Equity corrigió a los tribunales del common law. Aunque estos últimos protegían a la propiedad legal como título feudal (equivalente a un dominio directo) que era adquirido por el trustee, Court of chancery, respetaba aquel título de propiedad legal, pero, por su parte, reconocía y amparaba una nueva propiedad de equidad, mediante *writs subpoenae*<sup>184</sup>, órdenes (*injunctions*<sup>185</sup>) y mandamientos<sup>186</sup> o decretos (*decrees*<sup>187</sup>), que eran dirigidos *in personam* a la conciencia de los trustees. De este modo, estos últimos eran forzados judicialmente a cumplir las instrucciones otorgadas por el settlor y, en consecuencia, a proteger los intereses y los beneficios en favor del *cestui que use*. De esta forma, *equity acts in personam*. En este sentido, según A Hudson:

“the Court of Equity is therefore making and order based on the facts of an individual case, to prevent that particular defendant from continuing to act unconscionably. The order, though, is addressed to that person in respect of the particular issue complained of it. It is best thought of as a form judicial control that particular person’s conscience<sup>188</sup>”.

En otra dirección, desde el prisma romano de los derechos reales sobre cosa ajena (*iura in re aliena*), la posibilidad de separar la propiedad también fue viable con la institución civil del usufructo. Así lo reporta el emperador Justiniano quien afirma, sin ambages, que “*usufructus a proprietate separationem recipit*<sup>189</sup>”. Mediante la constitución de *usufructus* se conseguía que un ciudadano fuese el titular de una propiedad desnuda, es decir de una *nuda proprietas civil*, y otro gozase de de los beneficios del uso y de los frutos, es decir, una *possessio naturalis ad usus fructus salva rerum substantia*.

Según Sir W. Blackstone<sup>190</sup>, estas perspectivas jurídicas romanas fueron adoptadas por el Tribunal de Equity para la construcción procesal de equity & trust. En consecuencia, los desmembramientos de la propiedad romana (pretoria y del usufructo) inspiraron el rol procesal de los cancilleres, quienes se apoyaron en el derecho civil de usufructo y en el derecho del pretor romano de equidad, para la construcción judicial del desmembramiento de la propiedad en el juego del triángulo mágico de las relaciones fiduciarias de naturaleza personal, que surgen del trust

De acuerdo con lo anterior, según nuestro parecer, hay una evidente conexión del rol procesal y del

<sup>184</sup> Watt G. cit. p. 120.

<sup>185</sup> Story J., Grigsby W.E., cit. pp. 1 - 2.

<sup>186</sup> *Ibid.* pp.1 - 2.

<sup>187</sup> *Ibid.* pp.1 - 2.

<sup>188</sup> Hudson A. cit. p. 21.

<sup>189</sup> Justiniano, *Instituta*, 2.4.1.

<sup>190</sup> Blackstone W. cit. 328.

*modus operandi* de la jurisdicción del pretor romano, con el rol procesal y el *modus operandi* adoptados, posteriormente, por los cancilleres in Equity. Engarce histórico y jurídico que también fue puesto de relieve, sin ambages, por el Attorney Sir F. Bacon<sup>191</sup>, y, posteriormente, por Sir W. Blackstone:

“But the extraordinary court, or court of equity, is now become the court of the greatest judicial consequence. This distinction between law and equity, as administered in different courts, is not at present known, nor seems to have ever been known, in any other country at any time: and yet the difference of one from the other, when administered by the same tribunal, was perfectly familiar to the Romans; the *jus praetorium*, or discretion of the praetor, being distinct from the leges, or standing laws, but the power of both centred in one and the same magistrate, who was equally intrusted to pronounce the rule of law, and to apply it to particular cases by the principles of equity. With us, too, the *aula regia*, which was the supreme court of judicature, undoubtedly administered equal justice according to the rules of both or either, as the case might chance to require ( ... )<sup>192</sup>”.

Además, según Sir W. Blackstone fue en el reinado de Eduardo III (siglo XIV d. C.) cuando Court of Chancery adquirió competencia definitiva en materia de trust. Este último es definido por W. Blackstone (quien utiliza, sin complejos, instituciones jurídicas romanas clásicas) como depósitos fiduciarios de la tierra (= *uses of land*<sup>193</sup>). Los cancilleres (generalmente jueces eclesiásticos<sup>194</sup> antes de la Reforma, quienes en ocasiones eran, a su vez, obispos<sup>195</sup> y especialistas en Derecho romano y canónico, Civil Doctor) “were keepers of the king’s conscience<sup>196</sup>” y, en consecuencia, aplicaron a las relaciones de confianza del trust las reglas del juego de la equity (normas que encuentran sus orígenes en la magna obra jurídica procesal de equidad, *aequitas*, que fue elaborada durante varios siglos por la jurisdicción, el tribunal y el derecho del pretor en la civilización, republicana y clásica, romana<sup>197</sup>):

“But when, about the end of the reign of king Edward III, uses of land were introduced, and, though totally discountenanced by the courts of common law, were considered as fiduciary deposits and binding in conscience by the clergy, the separate jurisdiction of the chancery as a court of equity began to be established<sup>198</sup>”.

De esta forma, primero los tribunales medievales eclesiásticos y, posteriormente, el Tribunal de Equity fueron permeables a las reglas jurídicas romanas del civil law<sup>199</sup> “to remedy unconscionable behaviour<sup>200</sup>”. Court of Chancery consideró abierta la posibilidad de aplicar a las relaciones fiduciarias del trust las normas procesales y las

<sup>191</sup> Bacon F, “*De Aug. Scient.*” L, 18, cp. 3, *Aphor.* 35, 45.

<sup>192</sup> Blackstone W. “*Commentaries on the Laws of England in Four Books*”, vol. 2, 1753, ed. Philadelphia, 1803, Libro III, Cp. 8, nº 52.

<sup>193</sup> *Ibid.* Libro III, Cp. 4, nº 53.

<sup>194</sup> *Ibid.* Libro III, Cp. 4, nº 53.

<sup>195</sup> Hudson A. *cit.* p. 16.

<sup>196</sup> *Ibid.* pp. 16- 17.

<sup>197</sup> D.1.1.7. *Papinianus libro secundo definitionum*: “*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuuandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*”.

<sup>198</sup> Blackstone W. Libro III, Cp. 8, n. 52.

<sup>199</sup> Stein P. *cit.* p. 123.

<sup>200</sup> Hudson A “*Equity & Trust*”, 1ª ed. 1999, ed. 2005, p. 35.

reglas jurídicas de equidad natural (*suum cuique tribuere*<sup>201</sup>), cuyas líneas maestras ya fueron establecidas por la jurisprudencia clásica y por la jurisdicción del Derecho del pretor<sup>202</sup>. Desde la óptica de la historia legal de Inglaterra, sólo en el momento en el que Court of Chancery adopta permanentemente este juego procesal, que hace surgir la protección y la tutela judicial efectiva in equity de las relaciones de confianza (to proceed in equity<sup>203</sup>), frente al rigor y la aspereza del derecho del common law, que las consideraba inexistentes (to proceed in Equity if the law were against him, then he might proceed in chancery<sup>204</sup>) es cuando, por razones de conciencia<sup>205</sup>, se debe considerar efectivo el nacimiento del trust como relationship y, en consecuencia, el inicio del triángulo histórico jurídico the law & equity & trust.

Esta relación procesal se hizo extensiva individualmente por Lord Chancellor a todos los casos en los que los trustees incumplan sus compromisos fiduciarios en beneficio de terceros (breach of trust<sup>206</sup>). De esta forma equity compensa y defiende las pérdidas que pueda haber sufrido el beneficiario de un trust como resultado de alguna conducta inicua (unconscionable conduct<sup>207</sup>). Es por ello que tienen razón Hayton y Marshall: “A trust is the creature of Equity<sup>208</sup>”. Court of Chancery, con sus normas procesales y jurisdiccionales de equidad, conformará y moldeará los intereses y las relaciones jurídicas (= relationship) fiduciarias del triángulo mágico constituido por el trust:

1. Lord Chancellor consideraba que en las relaciones jurídicas de confianza (= Trust) el settlor constituía un dominio directo (*legal ownership*) en favor del trustee. Título, a su vez, reconocido y protegido como propiedad procesal legal (*freehold state*) por los tribunales del common law. Estos últimos tenían, además, competencia para enjuiciar y resolver los conflictos que hubiesen surgido de las relaciones comerciales que hubiesen sido efectuadas por el trustee, como legal property, con terceros.
2. Para Court of Chancery, además, el settlor constituía a su vez un dominio útil de equidad (*beneficial ownership* = propiedad pretoria = *possessio ad usus fructus*) en favor del *cestui que trust*. Este dominio útil procesal otorga derechos, beneficios y frutos de equidad en beneficio del *cestui que trust* sobre el fondo patrimonial del trust.

<sup>201</sup> D.1.1.10. *Ulpianus libro secundo regularum: “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”.*

<sup>202</sup> Stein P. *cit.* p. 123.

<sup>203</sup> Argumentos del Lord Chancellor, en *Earl of Oxford’s Case in Chancery* (1615), Green N., Chan Rep. 5 - 16, *English Reports*, vol 21, pp. 485 - 9.

<sup>204</sup> Argumentos del Lord Chancellor, en *Earl of Oxford’s Case in Chancery* (1615), Green N., Chan Rep. 5 - 16, *English Reports*, vol 21, pp. 485 - 9.

<sup>205</sup> Lord Ellesmere en *Earl of Oxford’s Case in Chancery* (1615): “correct men’s consciences for fraud, breach of trusts, wrongs and oppressions... and to soften and mollify the extremity of the law”.

<sup>206</sup> Lord Ellesmere en *Earl of Oxford’s Case in Chancery* (1615): “correct men’s consciences for fraud, breach of trusts, wrongs and oppressions... and to soften and mollify the extremity of the law”.

<sup>207</sup> Hudson A., *cit.* p.5.

<sup>208</sup> Hayton and Marshall, *cit.* p.6.

3. Incluso el settlor podía constituirse en *cestui que trust*. En este supuesto, aunque aquél transfiriese su dominio legal (legal ownership) a un trustee, sin embargo, la corte de equidad consideró que surgía un dominio útil de equidad (*equity ownership*) en su favor, si se hubiese insituado beneficiario del trust.

### Conclusiones

El trust es una relación jurídica procesal de equidad (relationship in equity). Aquél fue construido de forma estable (sobre los sedimentos del suelo jurídico creado previamente por las intervenciones concurrentes de la Corona y de los tribunales eclesiásticos) por el Tribunal de Equity (Court of Chancery) para proteger, incluso perpetuar, los patrimonios inmobiliarios mediante la confianza depositada en terceras personas. El trust es una criatura judicial del Bajomedievo de este tribunal. Los cancilleres, por razones de conciencia y equidad, fueron atendiendo a los diversos ruegos y a las peticiones individuales de los instituyentes y de los beneficiarios (ciudadanos, Iglesia, municipios) de patrimonios sujetos a trust (entrusted). Estos últimos se encontraban en una situación de precariedad frente a los trustees, quienes, como propietarios legales de los bienes, eran amparados por los tribunales del common law, y, además, podían disponer de aquéllos de modo arbitrario. Por razones de protección de la buena fe, de la represión individual del enriquecimiento injusto y el egoísmo, y para salvaguardar las buenas conciencias y la justicia universal y moral de dar a cada uno lo que le corresponde mediante equidad, Court of Chancery dictó órdenes personales (*acts in personam – decrees*) que llevaban conexas amenaza de prisión<sup>209</sup>, para que los trustees actuaran y administraran los patrimonios siempre en el beneficio de terceros. Este proceso judicial de equidad, que corregía el derecho del common law y amparaba caso por caso a los demandantes tuvo un gran éxito. Es por ello, que a partir del siglo XIV d. C., los cancilleres fueron interviniendo, cada vez más, en materia de relaciones fiduciarias, mediante este proceso in equity, dando lugar al nacimiento del trust.

El proceso in equity desarrollado por las mentes de los cancilleres fue adoptado del proceso romano – canónico<sup>210</sup>, y fue anclado en los principios de equidad y de justicia natural<sup>211</sup>. Lord Chancellor sigue el rol procesal de los pretores romanos, quienes, desde los últimos siglos de la República, ya intervenían, por razones de conciencia natural, para resolver situaciones de hecho, no previstas ni amparadas por el Derecho civil, en su tribunal<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> *Ibid.* p.6.

<sup>210</sup> Stein P. *cit.* pp. 84 – 85. Johnston D. *cit.* p.285: “Chancery is well known to have been influenced by the rules of canon law, which in turn derived from Roman law”.

<sup>211</sup> Hudson A. *cit.* p.6, quien se apoya en el caso, *Lord Dudley v. Lady Dudley* (1705) Prec. Ch. 241. 244.

<sup>212</sup> En esta posición se sitúa también Johnston D. *cit.* p 284 quien sostiene que: “Yet a great gulf separates a parallel from a influence; while it is of interest to know that Roman law and equity employed similar rules, the more interesting question is arguably whether Roman law can be said to have influenced the Chancellor to adopt those rules”.

Además, en esta dirección, creemos que el trust no tuvo un único antecedente histórico jurídico directo, puesto que es muy probable que los cancilleres utilizaran diferentes instituciones romanas, filtradas por la óptica del Derecho de equidad pretorio (*bonum et aequum*<sup>213</sup>) y del Derecho canónico<sup>214</sup>, para ir moldeando los roles, las reglas y la estructura jurídica procesal del trust. Así, *curiae pretoriae, aequitas*<sup>215</sup>, *duplex dominium, in bonis habere, usus – fructus, fideicommissum, tutela*<sup>216</sup>, “*cy-près* romano clásica<sup>217</sup> y bizantina”<sup>218</sup> (= restauración judicial de los fines de charity trust, que deben ser lo más semejantes posibles a la voluntad primigenia del instituyente<sup>219</sup>, por cambio de circunstancias<sup>220</sup>, ilicitud, imposibilidad, impracticabilidad<sup>221</sup>) son algunos de los antecedentes históricos y materiales jurídicos que impregnaron la labor constructiva de cada Lord Chancellor (chancellor’s conscience<sup>222</sup> – chancellor’s foot<sup>223</sup>). En consecuencia, aquellos “materiales jurídicos” romanos fueron utilizados para la edificación, en perspectiva judicial, de Equity & Trust and the law of trust. En los inicios del siglo XVII d. C., y esta misma dirección se situó Sir F. Bacon:

“For the inception and progression of uses, I have for a precedent in them searched other laws, because states and commonwealths have common accidents; and find in the civil law that which cometh nearest in name to the use is nothing like in matter, which is *usus fructus*: for *usus fructus & dominium* is with them, as with us particular tenancy and inheritance. But that which resembleth the use most is *fidei commissio*”<sup>224</sup>.

Como cláusula de cierre, el trust fue edificado procesalmente bajo el cálculo de las perspectivas históricas y jurídicas ofrecidas por el civil law a la educación y a las mentes de los Cancilleres de Inglaterra, cuando resolvían, caso por caso, en su tribunal, las peticiones relacionadas con “breach of trust”<sup>225</sup>:

1. Los tribunales del common law reconocían al trustee la propiedad legal de los bienes del trust. Court of Equity respeta este título, pero ordena al trustee que actúe siempre en el beneficio del *cestui*. De la misma forma, los cónsules y los pretores fideicomisarios romanos ordenaron a los herederos fiduciarios que actuasen en el beneficio y restituyesen la herencia al fideicomisario. El fideicomiso romano tuvo una

<sup>213</sup> Re D. E., “The Roman Contribution to the Common Law”, en *Fordham Law Review*, n. 29 (1961), New York, pp. 478 – 480.

<sup>214</sup> Hayton and Marshall. *cit. p. 6*. Stein P. *cit. p. 123*, sostiene que “la mayoría de los cancilleres de la época anterior a la Reforma eran clérigos, familiarizados con el Derecho Civil y el Derecho Canónico y que se movían libremente entre ellos para desarrollar la Equity”. Johnston D. *cit. p. 285*.

<sup>215</sup> Re D. E., *cit. pp. 477 – 484*.

<sup>216</sup> *Ibid. cit. p. 123*.

<sup>217</sup> D.33.2.16. *Modestinus libro IX responsorum*.

<sup>218</sup> *C.1.3.49.2. Imp. Iustinianus A. Ioanni P.P.* (531 d.C.). *C.1.3.49.1. Imp. Iustinianus A. Ioanni P.P.* (531 d.C.). *C.1.3.49.5. Imp. Iustinianus A. Ioanni P.P.* (531 d.C.). *C.1.3.49.6. Imp. Iustinianus A. Ioanni P.P.* (531 d.C.). *C.1.3.49.7. Imp. Iustinianus A. Ioanni P.P.* (531 d.C.).

<sup>219</sup> Geronime, LJ, “The Cy Pres Doctrine in Wisconsin”, en *Marquette Law Review*, n. 49. (1965), pp. 397 – 388.

<sup>220</sup> Sare J, Belknap W, LLP T, “Changing Donor-Imposed Restrictions: Cy Près and Equitable Deviation”, en *Profesional Tax & Estate Planning Notes*, (NYCT), New York, June 2013, p. 1.

<sup>221</sup> Hayton y Marshall, *cit. pp. 392 – 393*.

<sup>222</sup> Hayton and Marshall. *cit. p. 6*

<sup>223</sup> Lord Eldon en *Gee v. Pritchard* (1818) 2 Swans. 402, 41. También, Bagnall J. en *Cowcher v. Cowcher* (1972) 1 E.R. 943, 948.

<sup>224</sup> Bacon F. “*Reading upon the Statute Uses*” 1602, publicado en “The Works of Francis Bacon” VII, AAVV., 1917, London, p. 407.

<sup>225</sup> Lord Ellesmere en “*Earl of Oxford’s Case in Chancery* (1615).

protección judicial *extra ordinem* por razones de conciencia para corregir el viejo derecho civil testamentario. De la misma forma, Equity corrigió judicialmente por razones de conciencia los rigores y rigideces del common law<sup>226</sup>. Aunque se podría objetar que esta circunstancia es un paralelismo histórico, sin embargo, esta última sí es un precedente histórico y jurídico que los cancilleres debieron valorar para corregir el common law y moverse, a su vez, en la creación de Equity & Trust<sup>227</sup>.

2. En el Bajo Medioevo de Inglaterra, el fideicomiso, se presenta como un antecedente histórico jurídico romano directo de vital importancia que, sin duda, fue utilizado por los cancilleres para la construcción judicial del trust. El fideicomiso goza de una geometría triangular y de una naturaleza polivalente fiduciaria. Así, aunque desde la óptica del common law, las relaciones fiduciarias son A to B, sin embargo, desde la óptica de Equity, el triángulo mágico judicial de las relaciones fiduciarias del trust fueron levantadas de acuerdo con las perspectivas y la geometría del fideicomiso (A to B to C)<sup>228</sup>. Así, según Hayton y Marshall, sobre la mitad del siglo XVII d.C. y fruto de la labor jurisdiccional the Court of Chancery, aquella fórmula “came be to enforced. The drafting formula became “Unto and the use of B and his heirs in trust for C and his heirs” and C to be known as the cestui que trust<sup>229</sup>”.
3. El desdoblamiento de la propiedad judicial (legal ownership – equitable ownership), nota fundamental característica del trust, fue aplicada al trust por Court of Chancery inspirándose en la propiedad bonitaria y de equidad, que fue protegida judicialmente por el pretor<sup>230</sup> (frente al *dominium ex iure quiritium* civil) en su tribunal. Equity gobierna el trust y desdobra su propiedad. En consecuencia, “the trustees’ rights are legal rights and the beneficiaries’ s rights are equitable rights<sup>231</sup>”.
4. De la misma forma que el pretor romano ayudaba, suplía y corregía al Derecho civil, Court of Chancery intentaba corregir, suplir y no violentar las rigideces, la dureza y el rigor de las cortes del common law<sup>232</sup>. El tribunal reconoció al trustee como titular de un legal ownership. Sin embargo, desde su óptica procesal, el trustee fue considerado nudo propietario (= propietario legal) mientras que el *cestui* fue amparado judicialmente como beneficiario de equidad de un *usus – fructus* (beneficial ownership and

<sup>226</sup> Lord Ellesmere en *Earl of Oxford’s Case in Chancery* (1615). Lord Couper en “Lord Dudley v. Lady Dudley”, (1705). Prec Ch 241 – 244: “Now equity is no part of the law, but a moral virtue, which qualifies, moderates, and reforms the rigour hardness, and edge of the law, and is an universal truth”.

<sup>227</sup> Blackstone W. “*Commentaries on the Laws of England*”, Oxford, 1765 (edición London, 1794), vol II. n. 328.

<sup>228</sup> *Ibid.* n. 328. Buckland W.W. “*Equity in Roman Law*”, ed. University of London, London, p.19: “the case of *fideicommissum* provide us with very like a trust”.

<sup>229</sup> Hayton and Marshall. *cit.* p. 7.

<sup>230</sup> Blackstone W. “*Commentaries on the Laws of England in Four Books*”, vol. 2, 1753, ed. Philadelphia, 1803, Libro III, Cp. 8, nº 52.

<sup>231</sup> Hayton and Marshall *cit.* p. 7.

<sup>232</sup> Lord Couper en “Lord Dudley v. Lady Dudley”, (1705). Prec Ch 241 – 244.

equitable ownership)<sup>233</sup>. Desde la óptica procesal de Court of Chancery, las relaciones que unen a ambos (trustee to cestui) son de naturaleza fiduciaria y los intereses del beneficiario son de equidad.

5. Por último, si creemos a Peter Stein, Court of Equity también aplicó el derecho de tutela romano, concretamente las obligaciones y los deberes que tenían los tutores para administrar los bienes de sus pupilos, para solucionar los problemas de administración y uso del patrimonio del trust, y, en consecuencia, para encauzar el cumplimiento de las relaciones fiduciarias de los trustees con terceros<sup>234</sup>.

## A HISTORY MAGIC TRIANGLE: FIDEICOMISO & EQUITY & TRUST

### Abstract

A thousand-year-old historical juridical bridge seems to join the old man Roman trust with the juridical relation of the trust, since both figures of the right have the same root: the confidence. By means of any of them, a person grants other one his heritage, in order that the latter, in turn, acts in benefit of a third party. From an historical - juridical optics synchronous, when it was born the trust still did not exist the trust. Nevertheless, the circumstances, the facts, and even the historical caprices that are led by the passage of time, propitiated that numerous elements and juridical Roman beginning were projected and accepted by the juridical history of England. Of this form, both institutions of clear juridical fiduciary nature were and related of intense form for the Anglo-Saxon courts of equity. The trust (at least the juridical nature of the juridical trust relations) was, probably, one of the principal Roman sources of jurisdictional inspiration for equity and trust. The courts of equity applied other Roman and canonical procedure to correct the rigid fiduciary feudal relations of confidence not known by the narrow jurisdiction of the medieval common law. Thus, from the 14th century A.D., Court of Chancery propitiated the free development of equity to construct with juridical Roman materials, finally, the juridical relations of confidence established by means of the magic triangle of the trust.

**Keywords:** Civil Law & Court of Chancery & Fideicomiso & Equity & Trust

### BIBLIOGRAFÍA

BUCKLAND, W.W. “**Equity in Roman Law**”, University of London Press, London, 1911.

BUCKLAND, W.W y MCNAIR, “**Derecho Romano y Common Law**”, 1ª ed. 1936, Madrid, 1994.

BURDICK, W. “**The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law**”, 1ª ed. 1938, New Jersey, 2004.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. “**Derecho Privado Romano**”, Octava edición, Iustel, Madrid, 2015.

<sup>233</sup> Blackstone W. “*Commentaries on the Laws of England*”, Oxford, 1765 (edición London, 1794), vol II. n. 328.

<sup>234</sup> Stein P. *cit.* p. 123.

GADNER, G. E., **"The Origins of Organized Charity in Rabbinic Judaism"**, Cambridge University Press, New York, 2015.

HANBURY & MARTIN, **"Modern Equity"**, London, 1993.

HUDSON, A. **Equity&Trusts**, 1999, fourth editon 2005.

HAYTON and MARSHALL, **"Cases and Commentary on The Law of Trusts"**, 1ª ed. 1939, 9ª edition by D. Hayton, London (1991).

JENKS, E., **"El Derecho Inglés"**, Madrid, 1930.

JOHNSTON, D. **"The Roman Law of Trusts"**, Clarendon Press – Oxford, 1988.

MURGA GENER, J.L. "El Testamento en favor de Jesucristo y de los Santos en el Derecho Romano Postclásico y Justiniano", en **AHDE**. nº 35 (1965).

MAITLAND, F., **"Selected Essays"**, Cambridge, 1936, n. 29.

STEPKOWSKY, A., **"L'institution du trust dan le systeme mixte du droit prive écosais"**, Varsovie, 2005.

ROUNDS C.E., Jr. & ROUNDS C.E., III, **"Loring and Rounds: A Trustee 's Handbook"**, 7ª ed. New York, 2016.

SCHMIDT A.J., **"How Christianity Changed the World"**, Michigan, 2009.

TOMAS and HUDSON, **"The Law of Trusts"**, 2004, pr. 1. 01.

VOCI, P., **"Fedecommeso (dir rom.)"**, en ED. vol 17 (1968).

*Trabalho enviado em 13 de fevereiro de 2017.*

*Aceito em 16 de abril de 2017.*