

SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS: EL TRUST INGLÉS Y EL FIDEICOMMISSUM ROMANO

María Elisabet Barreiro Morales

Universidad de Vigo (UVigo), Espanha

elisabetbarreiro@gmail.com

Resumen: El objeto del presente trabajo es analizar la institución del *trust*, así como del fideicomiso romano, por ser una pieza clave en la creación y evolución de la figura de derecho anglosajón. En concreto, analizaremos los orígenes del *trust*, su naturaleza y funcionamiento tomando como punto de partida el fideicomiso romano. Posteriormente, realizaremos un pequeño análisis acerca de las semejanzas y diferencias entre ambas figuras. Se concluye que el fideicommissum y el *trust* son institutos que sirven al mismo fin, pero el *trust* moderno adquirió una multitud de peculiaridades propias, alejándose de la figura romana, pero conservando la misma estructura y función: la transmisión de un bien, con base en fides, a un tercero para que la gestione en beneficio de otros.

Palabras clave: Trust. *Fideicommissum*. *Common Law*. Civil Law. Equity.

Compared legal systems: the English trust and the Roman fideicommissum

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the institution of the trust, as well as the Roman trust, for being a key piece in the creation and evolution of the figure of Common Law. Specifically, we will analyze the origins of the trust, its nature and how it works, taking the Roman trust as its basis. Later, we will carry out a small analysis about the similarities and differences between both figures. It concludes that the *fideicommissum* and the trust are institutes that serve the same purpose, but the modern trust acquired a multitude of its own peculiarities, moving away from the Roman figure, but preserving the same structure and function: the transmission of an asset, based on fides, to a third party to manage it for the benefit of others.

Keywords: Trust. *Fideicommissum*. *Common Law*. Civil Law. Equity.

Sistemas jurídicos comparados: o trust inglês e o fideicommissum romano

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar a instituição do *trust*, bem como o fideicomisso romano, por ser peça chave na criação e evolução da figura do *Common Law*. Concretamente, analisaremos as origens do *trust*, sua natureza e seu funcionamento, tomando como base o fideicomisso romano. Posteriormente, faremos uma pequena análise sobre as semelhanças e diferenças entre ambas as figuras. Conclui que o *fideicommissum* e o *trust* são institutos que servem ao mesmo fim, mas o *trust* moderno adquiriu uma multiplicidade de peculiaridades próprias, afastando-se da figura romana, mas preservando a mesma estrutura e função: a transmissão de um bem, com base de acordo com a Fides, a um terceiro para gerenciá-lo em benefício de outros.

Palavras-chave: Trust. *Fideicommissum*. *Common Law*. Civil Law. Equity.

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos del derecho anglosajón, no debemos dejar de mencionar una de las figuras más importantes que se ha utilizado dentro de su actividad jurídica. Esta figura es el *trust*¹. Se ha utilizado en muchos ámbitos, sobre todo en el ámbito patrimonial con diversos fines, hasta tal punto que hoy en día no solo se utiliza en casi todo el Reino Unido, sino que se ha extendido a nivel mundial. Se trata de una institución legal, secular, que se ha ido configurando y perfilando a través de los tiempos, no solo a través de la doctrina sino también por el propio sistema jurídico del *Common Law*².

El *trust* es la figura jurídica que mejor representa las características propias del sistema jurídico inglés. En lo que respecta a su origen, podríamos situarla en torno a la *Equity Law*. El *trust* es una institución fruto de la evolución jurídica y de la propia jurisdicción del *Court of Chancery* que, a su vez, convivió con los *Common Law Courts* formando, todo ello, una jurisdicción diferente, desde el s. XIV hasta casi finales del s. XIX. Como situamos el origen del *trust* en la *Equity Law*, esta última figura, a su vez, tuvo una enorme influencia del *ius commune* produciéndose así una enorme recepción del derecho romano y, sobre todo, del canónico³. Se trata de una institución única que, además, ha sido desarrollada por los tribunales de equidad en aquellos países cuyo sistema jurídico es el *Common Law*. Sin embargo, resulta una figura un tanto desconocida para el derecho español, así como para la mayoría de sistemas jurídicos basados en un derecho continental, cuyos sistemas tienen una base fuertemente codificadora, a diferencia del *Common Law*.

Como ya dijimos, se trata de una institución que nace y evoluciona dentro del *Common Law* cuya base es la *Equity*. No obstante, también resulta importante la forma de interpretar el derecho de propiedad del jurista anglosajón, es decir, la manera en la que el *Common Law* interpreta el derecho de propiedad puesto que reconoce, hasta dos formas de ejercerla e, incluso, permite una fragmentación en las facultades inherentes a ese derecho.

El *trust* ha sido recibido en países que no pertenecen al *Common Law*, sin embargo, algunos estados europeos solo se han comprometido a reconocer la figura del *trust* para resolver conflictos en sus tribunales, mediante la ratificación del Convenio de la Haya. Es decir, mientras unos países la han incorporado a sus propios sistemas jurídicos mediante la creación de figuras análogas al *trust*, otros países solo se han limitado a su mero reconocimiento⁴. En muchos estados, como el español, no se reconoce la figura del *trust* puesto que en nuestro sistema jurídico el derecho de propiedad no se interpreta con una doble vertiente, como en el *Common Law*, sino que se entiende como un conjunto indivisible.

¹ GRETTON, G.L., "Trusts without *Equity*", en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, Nº 3, 2000, p. 600: "The second reason why trusts have proved so problematic for the comparatist is that there is a widespread belief that they are a special product of the *Common Law* tradition and, in particular, of its law/*Equity* duality, and thus intrinsically mysterious to the civilian tradition. Trusts are supposed to be an Athanasian mystery. [...] The trust is unique because it is founded on the division between law and *Equity* and the consequent division of property rights into legal and equitable".

² DE ARESPOCHAGA, J. , *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, 2000, p. 29.

³ CHECA, M., *El trust angloamericano en el derecho español*, Madrid, 1998, pp. 1-2

⁴ MARTÍN, S., "La figura del trust en los Estados Unidos de América", *Revista para el análisis del derecho*, 2008, p. 4.

1. EL TRUST INGLÉS

1.1. Origen y evolución histórica del *trust*

Cuando hablamos del origen de la figura del *trust* no podemos dejar de mencionar la institución del *fideicommissum* romano⁵, puesto que ambas instituciones tienen un principio en común: la confianza. Esta institución romana se parece en muchos aspectos al *trust* puesto que ambas permiten que una persona de confianza administre, todo o parte de un patrimonio, en favor de otra persona⁶.

El *fideicommissum* fue con toda probabilidad, la principal fuente de inspiración para la creación del *trust* no solo por su origen anterior, sino porque debido a diferentes situaciones históricas muchos elementos del derecho romano se fueron acuñando en el día a día del derecho anglosajón y, por consiguiente, en la formación del *Common Law*⁷.

El origen del *trust* ha sido objeto de estudio por numerosos juristas ingleses, así como de otras partes del mundo. Aunque debido a su nomenclatura, se sitúa su origen en el derecho inglés, sin embargo, la influencia del derecho romano ha estado presente en lo que respecta a su regulación.

En lo que respecta a sus orígenes, hay diversos estudios que afirman que el *trust* no solo tiene influencia del *fideicommissum* romano⁸, sino que también lo tiene de otras figuras externas al derecho inglés, como puede ser el *salman* o *salmannus* y *treuhand* del derecho medieval germano o, incluso, del *wakf* o *waqf* del derecho islámico⁹.

⁵ BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, 1953, reimp. 1991, p. 470 y ss.: “*Fideicommissum*: Originally a request addressed by the testator to his heir (“te rogo,” “peto a te”) to carry out a certain performance (payment of a sum of money, transfer of property) to the benefit of a third person. It created only a moral (not legal) duty. Augustus rendered the *fideicommissum* obligatory to the heir and made it enforceable by a new procedure (*cognitio extra ordinem*) before a special magistrate created for the purpose, the *praetor fideicommissarius*. *Fideicommissum* was formless and this advantage over legacies in the form of *legata* furthered its development. Anybody who received a gift mortis causa (not only an heir) might be charged with a *fideicommissum*. Not even a testament. without which a legacy could not be bequeathed, was necessary since a *fideicommissum* could be imposed on an heir at intestacy. The differences between *fideicommissa* and *legata* gradually disappeared and under Justinian both institutions were considered equal”.

⁶ VAN RHEE, C.H., “Trusts, trust-like Concepts and *Ius Commune*”, en *European Review of Private Law*, 3/2000, p. 456.

⁷ Vid. al respecto, MENDOZA POPOCA, O. A., “Fideicomiso romano y trust anglosajón. La semejanza de su desarrollo”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 67, N° 268, 2017, p. 595 y ss.; CLARRY, D., “Fiduciary ownership and trusts in a comparative perspective”, en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, N°4, 2014, p. 901 y ss; ZARTALOUDIS, T., “Theories of origin as to the progenitor of the trust”, en *Divus Thomas*, Vol. 115, N° 2, 2012, pp. 167-228.

⁸ BRUGI, B., *Fedecommesso*, en *Digesto Italiano*, XI, Torino, 1895, p. 589: “Con la parola *fideicommissum* si indicano in diritto romano due concetti: l’uno d’importanza storica se, come è naturale per noi, esponiamo il diritto giustiniano, l’altro d’importanza pratica e dogmatica, accolto e in parte modificato dal diritto comune, servi di base ad un istituto giuridico abolito da alcuni, ma non da tutti i moderni codici. Ciò non toglie che anche in quei paesi ove tale abolizione avvenne si presentino controversie, le quali, conforme al diritto transitorio, debbono esser decise secondo i principi del diritto romano e comune sul fedecommesso universale. Del fedecommesso singolare, assimilato da Giustiniano al legato, si deve più specialmente far parola nella teoria dei legati; tuttavia lo svolgi—mento storico del fedecommesso singolare e del- l’ universale e uno per i due istituti e le massime introdotte pel primo valgono in larga parte anche pel secondo”.

⁹ FRATCHER, W. F., “Trust”, en *International Encyclopedia of comparative Law. Vol. VI. Property and Trust*, Frederick H. Lawson (Chief Editor). Tübingen-Mouton-The Hague-Paris, 1973, pp. 8-9; RODRÍGUEZ AZUERO, S., *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. Bogotá-México-Buenos Aires-Caracas-Lima-Santiago,

Mediante este estudio, analizaremos esta institución no solo en lo que respecta a su origen, sobre todo nos centraremos en la influencia que tuvo el derecho romano en ella, sino también en lo que respecta a su composición y funcionamiento.

El *trust*¹⁰, tal y como se conoce actualmente, nace de la figura del *use* de la época medieval. Esta figura medieval nace, según MAITLAND¹¹, de las reglas relativas al mandato existentes dentro del *Common Law*, aplicándose en un primer lugar para los bienes muebles y extendiéndose, posteriormente a los inmuebles. Se trataba de un mandato sin formalidad alguna. Para este autor, el término *use* no deriva del latín *usus*, sino de “*ad opus*” que se empleaba en latín vulgar, ya desde los siglos VII y VIII para transmitir la idea de “en su representación”. Esto nos lleva a pensar que hacía referencia a una especie de mandato, es decir, al encargo de una acción por parte de otra persona.

1.2. La institución del *trust*

Teniendo en cuenta todas las tesis históricas que han tratado de explicar la figura del *use* como antecedente del *trust*, nos parece importante resaltar que el término *ad opus* no tenía la connotación de defensa de un patrimonio inmobiliario a la hora de utilizarlo. No obstante, el término *use of land* se utilizaba para defender y conservar un patrimonio matriz en beneficio de terceros, es por ello que *use* no se relaciona estrechamente con el término *ad opus*. Por ello, y debido a que la finalidad de *ad opus* era totalmente distinta a la del término *trust*, pensamos que el término *use* está relacionado con la voz latina vulgar de *usus*. Esta etimología hace referencia a un uso, empleo, modo de usar, y, además, a prestar garantía, posesión, confianza e, incluso, *possessio ad usucapionem*¹², incorporándose así en los textos jurídicos de la Inglaterra feudal eclesiástica a través de su forma en latín vulgar. Todo ello confirma la influencia del *fideicommissum* romano en la naturaleza propia del *use* y, posteriormente, del *trust*. El *use*, con toda probabilidad, fue el fruto de la propia evolución del fideicomiso romano en manos de los canonistas

2005, pp. 18-19, nota 31: “La teoría romana concibió al *fideicommissum*, como un instrumento que permitía al testador disponer su propiedad hacia un beneficiario legalmente incompetente, mediante la transmisión de la propiedad a un legatario capaz. Esta institución fue introducida en Inglaterra por los eclesiásticos buscando evadir las restricciones gubernamentales a la propiedad sobre inmuebles”.

¹⁰ HANBURY, H. G.; MARTIN, E. M., *Modern Equity*, London, 2015, p. 46: “A trust is a relationship recognized 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 laws”; TOMAS, G., and HUDSON, A., *The Law of Trusts*, 2004, pr. 1. 01, pp. 1 – 26: “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 favor of any person (the beneficiary) who has a beneficial interest recognized by Equity in the property. The trustee is said to hold the property on trust for the beneficiary”.

¹¹ MAITLAND, F. W., *Equity also the forms of action of Common Law; two courses of lectures*, Cambridge, 1910, pp. 24-25.

¹² BUTERA, A., *Usucapione, en Il Digesto Italiano*, XXIV, Torino, 1914—1921, p.115: “L’usucapione è un modo di acquistare la proprietà civile mediante il possesso continuato per tutto il tempo stabilito dalla legge. Nell’antichissimo diritto romano tale istituto s’incontra sotto il nome di *usus, usus auctoritas, usucapio*. Per la legge delle XII Tavole, chi possedeva con giusto titolo e buona fede una cosa mobile per lo spazio di un anno e una cosa immobile per lo spazio di due anni, ne acquistava il dominio. Un simile effetto non poteva averarsi se non col concorso di determinate condizioni: a) L’acquirente doveva essere cittadino romano ed avere almeno il *ius commercii*. Conseguentemente, di tale istituto non potevano giovare i peregrini, b) La cosa doveva essere suscettibile di usucapione. Se ne eccettuavano: le cose fuori di commercio, *res publicae, universalis, sacrae, religiosae, gli uomini liberi* e i fondi provinciali”; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid, 1986, p. 357 y ss.

de Occidente a las escuelas catedralicias y a los tribunales de la iglesia de Inglaterra que, con toda seguridad, influyó directamente en la figura del *use* en la época medieval¹³.

Existen otras posiciones, acerca del origen del *trust* y que nosotros rechazamos, que alejan el origen de dicha institución del derecho romano. Así debemos mencionar a BOGERT que afirma que esta figura fue introducida en el s. XI, tiempo después de la conquista normanda¹⁴. HAYTON, sin embargo, sitúa el origen del *use* más tarde, en concreto durante la época de las Cruzadas, en los siglos XII y XIII, afirmando que esta figura fue creada en Inglaterra por el *Court of Chancery*¹⁵.

Por lo que se refiere al origen de la regulación del *use*, esta se sitúa en la *Equity* puesto que en ella descansa tanto la naturaleza como el funcionamiento del *use*. Por todo ello, el *trust* es el fruto de una jurisdicción peculiar, diferenciada hasta finales del s. XIX, es decir, una jurisdicción creada por el *Court of Chancery* que, sin embargo, convivió junto con los *Common Law Courts*. El *use* nace como un instrumento que dé respuesta a las necesidades del ser humano¹⁶.

1.3. Evolución histórica del *use*

En lo que respecta a la evolución histórica del *use*, podemos distinguir cuatro etapas: la primera de ellas abarcaría desde los orígenes del *trust* hasta la intervención del canciller; una segunda etapa desde principios del s. XV hasta la aprobación del *Statute of Uses* en 1536; la tercera de ellas desde la aprobación del *Statute of Uses* hasta los siglos XVII y XVIII, cuando se empieza a desarrollar el *trust* moderno y, por último, la última de ellas que conlleva el desarrollo y evolución del *trust* moderno hasta la actualidad.

En un primer momento, los *uses* fueron creados con carácter temporal y tenían, como única finalidad, el llevar a cabo negocios sobre la tierra que no estaban permitidos por el sistema de propiedad que estaba en vigor en la época, en el que el vendedor entregaba sus tierras (propiedad del señor feudal) para el uso de un comprador a quien el *lord* habría de entregarle con carácter inmediato.

¹³ BLACKSTONE, W., *Commentaries of the laws of England in Four Books*, Vol. II, Oxford, 1768, p. 328 quien, a su vez, afirma que el fideicomiso se introdujo en Inglaterra a través de los eclesiásticos extranjeros, durante el reinado de Eduardo III.

¹⁴ BOGERT, G. G., *Handbook of the law of trusts*, St. Paul, 1922, p. 7.

¹⁵ HAYTON, D. J., *The Law of Trusts (Fundamental Principles of Law)*, London, 1998, pp. 1- 2.

¹⁶ WOLFF, J., *Trust, Fiducia and Fiduziarische Treuhand. Historisch-rechtsvergleichende Untersuchung mit einer Darstellung des Trust in Schottland sowie des römischen und österreichischen Fideikommiss*. Peter Lang AG, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxells, New York, Oxford, Wien, 2005, p. 13.

Con el inicio de la conquista normanda, se comenzaron a emplear *uses* más duraderos y permanentes.

En la primera etapa podemos encontrar alguna vinculación entre el *use* y las iglesias y monasterios desde el siglo IX. El *use* se torna más común desde la llegada de la orden de los franciscanos a Inglaterra en el siglo XIII, ya que dicha orden religiosa promulgaba una regla que prohibía la adquisición de propiedades a los frailes que, necesitando de propiedades para poder realizar su labor, se vieron en la necesidad de transferir terrenos a corporaciones municipales mediante *use*. Esta prohibición se había establecido con los *Statutes of Mortmain*¹⁷. Con la figura del *use*, los frailes les permitió obtener todos los medios necesarios para poder sobrevivir y así garantizar su tarea evangelizadora¹⁸. Por todo ello, ya a principios del s. XV era común que la tierra se empezase a transferir en *use*.

Durante esa época, los tribunales no apoyaban la figura del *use* y estos se limitaban a ser figuras de los actos de buena fe. El *use* se basaba, por aquel entonces, en una serie de obligaciones honorarias contraídas por el *feoffee (trustee)*

¹⁷ OOSTERHOFF, A.H., "The Law of Mortmain: An Historical and Comparative Review", en *The University of Toronto Law Journal*, 1977, Vol. 27, N°3, p. 276: "The sole religious purpose referred to in the preamble is the repair of churches. Other religious purposes, such as the supply of preachers or chaplains and of prayer books, were not regarded as being for the advancement of religion. The reason was that some of these purposes might be potentially superstitious depending upon the religious adherence of the monarch for the time being, and the legislators were not desirous of a return to an all-powerful established church. Hence the restriction to secular charities. Hence also the odd result that a trust for the relief of maimed soldiers was charitable, but one to teach them divinity was not; 'the statute was intended to relieve men's bodies, not their souls.'¹³³ This is not to say that trusts for religious purposes were not made or were not valid. They were if they were for the benefit of the established church, and many uses or trusts were upheld, for example, to find and support chaplains or preachers to celebrate divine services".

¹⁸ SCOTT, A. W., "The trust as an instrument of law reform", en *Yale Law Journal*, Vol. XXXI, n° 5 1922, pp. 458-464." Yet even in this period Parliament had to interfere in order to prevent the employment of uses to accomplish purposes which were too obviously opposed to the prevalent conceptions of public policy. In 1376 conveyances for the use of the transferor made for the purpose of defrauding his creditors, were condemned.- In 1377 a statute was passed, characteristic of that turbulent time, providing that if a disseisor convey to "lords or other great men" or to persons unknown, to the use of the disseisor, in order to render it difficult if not impossible for the disseisee to recover the land, the conveyance should be void and the disseisee might sue the disseisor in possession, the "pernor of profits," and recover the land".

basadas en su buena fe. El *cestui que use*¹⁹, que equivaldría a nuestro fideicomisario, *no* tenía ninguna serie de derechos legales y, además, estaba exento de cualquier carga, a diferencia de los propietarios²⁰.

Durante esta primera etapa, además, el parlamento inglés comenzó a intervenir para garantizar el uso correcto del *use*. De este modo, por ejemplo, se condenaban las transferencias cuando el transferente quería emplear un *use* para así defraudar a los acreedores²¹.

Existe un pensamiento general que afirma que los *cestui que use* estaban desprotegidos por los tribunales de la época puesto que no tenían el beneficio de las acciones posesorias²². Sin embargo, se han encontrado pruebas acerca de la existencia de apoyo, para el cumplimiento de los *uses*, por parte de los tribunales eclesiásticos. Estos tribunales acogían las peticiones de los *cestui que use* para que se cumpliese la obligación moral del *feoffee*, es decir, el *trustee* o beneficiario, frente al *feoffor*, también conocido como *settlor* o constituyente del fideicomiso. A pesar de que los tribunales eclesiásticos no podían intervenir en ningún tipo de asunto que involucrase a propietarios, se han encontrado pruebas de que intervenían en casos de *uses* desde finales del s. XIV hasta mediados del s. XV por parte de los tribunales diocesanos de Canterbury y Rochester²³.

¹⁹ RODRÍGUEZ AZUERO, S., *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*, *op. cit.*, p. 17, nota 27, en donde nos indica que es una abreviación de “cestui a qui use le feoffement fut fait”.

²⁰ SCOTT, A. W., “The trust as an instrument of law reform”, *op. cit.*, p. 459: “The *cestui que use* in these cases had no enforceable interest in the property conveyed, but the danger that the feoffee would carry out his moral obligation was so great, and the result of his so doing was regarded as so subversive of public policy, that Parliament felt impelled to interpose”.

²¹ SCOTT, A. W. and FRATCHER, W. F., *The Law of Trust*, Vol. I, Boston – Toronto, 1987, p.13.

²² AMES, J. B., “The origin of uses and trusts”, en *Harvard Law Review*, Vol. 21, Nº4, 1908, p. 263.

²³ HELMHOLZ, R. H., “The Early Enforcement of Use”, en *Columbia Law Review*, Vol. 79:1503, 1979, p. 1504 y ss.: “From the last quarter of the 14th century, when the earliest surviving Canterbury Act books begin, up through the middle of the 15th century, cases involving uses appear as regular parts of the business of the diocesan courts there and at Rochester. The records leave little doubt that quite ordinary feoffments to uses were involved. For example, in 1375 the feoffees to uses of a certain John Roger were cited to appear before the court at Canterbury for violating the directions given to them by their feoffor. [...] Seventy-five years later, at Rochester, the feoffees to uses appointed by Robert Wode appeared as defendants before the consistory court. Wode had declared in his nuncupative will that he wished his feoffees to hold his lands and tenements for the use of his son until the son reached the age of 21, then to convey to the son. If the son died before that age they were to sell the land and to apply a designated part of the proceeds to his widow and the rest “in the best manner to benefit the health of [Wode's] soul and to please God”. Remainders, even contingent remainders, were no strangers to the ecclesiastical officials when created in connection with a use. The *cestui que use* who held such an interest evidently had a right in the Church courts to enforce it against the feoffees”.

Con el paso del tiempo, los *uses* siguieron evolucionando y para aquel entonces, los tribunales eclesiásticos ya no eran aptos para lidiar con ellos. por esta razón, los cancilleres se encargaron de transmitir y reforzar los principios que sus predecesores se habían enfocado en hacer cumplir en los tribunales de equidad²⁴. A partir del segundo tercio del s. XV, los casos referentes a *use* o *feoffment to use* dejaron de estar presentes en los tribunales eclesiásticos, estableciéndose así la jurisdicción del Canciller sobre este tipo de asuntos²⁵.

De este modo, los *cestui que use* se encontraban en una situación de desprotección frente a los fiduciarios, quienes eran amparados por los tribunales del *Common Law* y, además, podían disponer del patrimonio del que gozaban mediante un *use* cuando ellos quisieran. Ante esta situación de desigualdad y para defender una equidad entre todas las partes²⁶, el Court of Chancery ordenó a algunos de los fiduciarios que actuaran y administraran esos patrimonios siempre en beneficios de terceros. Mediante este procedimiento se perseguía una mayor equidad, viéndose protegidos, caso por caso, cada uno de los demandantes, corrigiendo así una situación de derecho del *Common Law* que, de oficio, sería perjudicial para alguna de las partes.

Esta segunda etapa se inicia en el s. XV, cuando el Canciller se comprometió a hacer cumplir los *uses* y finaliza con la promulgación del *Statute of uses*, en el año 1536. Durante esa época los *uses* estaban sujetos a la jurisdicción de la *Equity* y no estaban sometidos al *Common Law*. Si esto llegase a pasar, podrían verse afectados e incluso verse declarada la invalidez de los mismos puesto que

²⁴ AMES, J. B., "The origin of uses and trusts", *op. cit.*, p. 263

²⁵ HELMHOLZ, R. H., "The Early Enforcement of Uses", *op. cit.*, p. 1511 y ss.: "In the eyes of most contemporaries, the end of ecclesiastical intervention against feoffees to uses and the rise of the enforcement of uses by Chancery must have seemed a natural development. Although in form the Church courts merely exercised *in personam* jurisdiction over feoffees, title to freehold land was ultimately at issue, and the royal courts had long since declared a special interest in all disputes over freehold. 8 Extension of protection to a previously unprotected aspect of the devolution of land was therefore a natural result both of this principle and of the medieval notion that the King had a residual responsibility to do justice. The Chancery in the late Middle Ages was the court where this responsibility took concrete shape".

²⁶ MACNAIR, M., "Equity and Conscience", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, Nº. 4, 2007, pp. 659-681.

el sistema de *Common Law* era muy rígido durante esa época. Los *uses* vieron en la jurisdicción de la *Equity* su tabla de salvación, al tratarse esta última de una jurisdicción mucho más liberal donde los cancilleres adoptaron esa posición no tan rígida²⁷.

Durante este período, los tribunales que conformaban la jurisdicción del *Common Law* eran muy complejos e inflexibles, debido, en gran parte, al sistema de *writs*. Durante aquella época, los ciudadanos que quisiesen exigir justicia por algún asunto en concreto, podían gozar del privilegio de acudir a un Tribunal Real. Para ello, la persona perjudicada debía acudir al Canciller para que éste le expidiera un *writ*. Sin ese *writ* no podía acudir a los Tribunales Reales para buscar una solución a su conflicto. El perjudicado debía de realizar la petición y esta debía coincidir por completo con el tipo de *writ*, si no era el caso, no había solución posible al caso. Con todo este sistema, se estableció el principio de “No writ, no remedy”²⁸.

Por todo ello, las cuestiones que no tenían solución mediante el sistema del *Common Law*, fueron llevadas junto al Canciller que, a su vez, dejaba sin

²⁷ SCOTT, A. W., “The trust as an instrument of law reform”, *op.cit.*, p. 459: “The *Common Law* was at this time most inflexible and most complex. The common-law judges would have stunted uses by forcing them into the categories of conditions or covenants; and at the same time doubtless would have held many of the purposes for which uses were commonly employed invalid as against the policy of the law. Fortunately however during this highly critical stage of their development uses were subject to the exclusive jurisdiction of *Equity*; and fortunately the Chancellors adopted them in a liberal spirit”.

²⁸ Vid. al respecto, JENKS, E; “The prerogative writs in English Law”, en *Yale Law Journal*, Vol. 32, N° 6, 1923, p. 523: “As is well known, the breve, or “writ,” was originally a short written command issued by a person in authority, and “tested” or sealed by him in proof of its genuineness. In the days when writing was a rare art, the fact that a command was written was in itself a feature which distinguished a “writ” from a mere hasty spoken command, the receipt of which, or its terms, could be denied or questioned. By a process familiar in other branches of social economy-coinage, measures of weight and distance, the maintenance of “the peace,” the organization of offices, and the like-the King’s writ, soon after the Norman Conquest and the establishment of a strong, centralized monarchy, swallowed up, as it were, all the rival and inferior writs; and when people spoke of a “writ” they soon thought exclusively of the King’s writ, just as a “shilling” came to mean exclusively a King’s shilling, and a “chancellor” or “judge” (though other authorities had chancellors and judges) meant, unless the contrary was stated, the King’s Chancellor, or one of his judges. But even with this restriction, the “writ” took many forms. It was used to summon the feudal array, to assess taxes, to commence” an action at law, to summon jurors, to ennoble a commoner, to levy fines and purveyance, to appoint a chief justice, to authorize a sheriff to seize the goods of a debtor, and so on. The writs of most interest to lawyers are naturally those which were used in the course of legal proceedings. Some of the “writs original,” which were, after the twelfth century, the normal method of commencing a civil action in the King’s courts, soon became de *cursu*, or, as it was sometimes put, “ministerial,” that is, they could be obtained’ by anyone who chose to pay the appropriate fee”; WHALEY, M.S., “*Common Law Writs*”, en *South Carolina Law Review*, Vol. 11, Issue 5, 1959.

efectos la posible sentencia que hubiese dictado dentro de la jurisdicción el *Common Law*. De esta forma, la persona favorecida por la sentencia dictada por los tribunales del *Common Law*, debía de abstenerse de ejecutar su sentencia y así ejercitar su derecho o, de lo contrario, podría ir a prisión si así lo hacía puesto que el Canciller ya había dejado sin efecto esa sentencia. Estos efectos se fueron extendiendo a casos similares, creando así un precedente. La jurisdicción el canciller tuvo que contar con la ayuda de su curia, debido al aumento de casos que buscaban una mayor equidad frente al sistema del *Common Law*. Así fue surgiendo la jurisdicción del canciller, con un funcionamiento paralelo y soluciones complementarias al *Common Law*. Ambas jurisdicciones se complementaban entre sí²⁹. Esa dualidad de jurisdicciones desaparece con la supresión de los *Equity Courts* en la Supreme Court of Judicature Act, en el año 1873, la cual establecía la fusión entre *Common Law* y *Equity*, pero prevaleciendo la *Equity* sobre la otra jurisdicción³⁰. A partir de ese momento, los tribunales pertenecientes al *Common Law* comenzarán a aplicar el derecho establecido en los tribunales de la *Equity*³¹.

²⁹ AKEHURST, M., "Equity and General Principles of Law", en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 25, Nº 4, 1976, pp. 801-802: Equity can perform three functions-it can be used to adapt the law to the facts of individual cases (equity *infra legem*); it can be used to fill gaps in the law (equity *praeter legem*); and it can be used as a reason for refusing to apply unjust laws (equity *contra legem*). [...] These functions merge into one another to some extent; in particular, equity *infra legem* can be used in a wide number of situations, ranging from cases which differ only slightly from a strict application of the letter of the law, through cases where the spirit of the law is made to prevail over its letter, to cases where equitable exceptions are inferred into a rule of law".

³⁰ HEPBURN, S. "Principles of Equity and Trusts", en Annandale, N.S.W.: The Federation Press, 2020, p. 34; WHEELER COOK, W., "The Powers of Courts of Equity. I. "In Rem" and "In Personam", en *Columbia Law Review*, Vol. 15, Nº 1, 1915, p. 37 y ss.: "Generally, if not universally, equity jurisdiction is exercised in personam, and not in rem, and depends upon the control of the court over the parties, by reason of their presence or residence, and not upon the place where the land lies in regard to which relief is sought. Upon a bill for the removal of a cloud upon title, as upon a bill for the specific performance of an agreement to convey, the decree, unless otherwise expressly provided by statute, is clearly not a judgment in rem, establishing a title in land, but operates *in personam* only, by restraining the defendant from asserting his claim, and directing him to deliver up his deed to be cancelled, or to execute a release to the plaintiff".

³¹ BLACKHAWK, M., "Equity Outside the courts", en *Columbia Law Review*, Vol. 120, Nº 8, 2020, pp. 2037-2128; POUND, R.; "The Decadence of Equity", en *Columbia Law Review*, Vol. 5, Nº 1, 1905, p.22: "Equity, then, started as a towards justice without law and in its -development became a system wherein the element of judicial discretion was given greater play, and the circumstances of particular cases were more attended to than the fixity of legal would permit. But as soon as it began to be a system, the reasons already indicated, the scope of discretion to narrow. A good view of this process may be comparing the results reached by various writers who essayed to define equity, all of whom are in a right, for they have merely seized on different stages the bases of their definitions";

La *Equity* continuaba siendo la jurisdicción exclusiva del *use* puesto que el *Common Law* no protegía el derecho de los *cestui* obligando a estos a acudir a la jurisdicción paralela. Por ello, el canciller sancionaba todo comportamiento contrario a la equidad y contrario a la fe y confianza que requería un *trust*. De esta forma, no solo los *trust* se vieron reforzados y protegidos, sino que el advenimiento de la *Equity* también permitió que dicha figura jurídica continuase su desarrollo hasta la actualidad³².

Como la jurisdicción de *Equity* era la encargada de regular los *uses*, el feudalismo que se aplicaba hasta entonces no se extendía a los *uses*. Estos últimos se podían crear sin formalidad de entrega de la posesión, así como otras formalidades necesarias para la creación de los *legal estates*. Debido a su simplicidad con respecto a estos últimos, los *uses* se comenzaron a emplear con mayor frecuencia durante este período por parte de los *tenants*. Fue tal la expansión de los *uses* que durante la Guerra de las Dos Rosas³³, la mayor parte de Inglaterra se encontraba bajo la influencia de los *uses*³⁴. Para evitar, en muchos casos, las disposiciones referentes a las transferencias de tierras, así como la aplicación de muchas normas establecidas por la ley, se empleaban los *uses*. Estos últimos se empezaron a utilizar para la constitución de legados testamentarios en los que se transmitían tierras³⁵.

Los *uses* fueron los que originaron la institución del *trust* tal y como hoy en día lo conocemos, contando siempre con la protección de la *Equity*. La concepción romanista de negocio fiduciario se concentraba en un pacto de fiducia, mediante el cual, una persona adquiere la titularidad de una cosa para administrarla o para garantizar algo. Es decir, supone un desdoblamiento en dos negocios jurídicos.

³² CHECA, M., *El trust angloamericano en el derecho español*, *op. cit.*, p. 2 y ss.

³³ Vid. al respecto, BARROSO GARÉS, F.J.; “Los reyes británicos, La Guerra de las Dos Rosas”, en Clío: Revista de Historia, N° 184, 2017, pp. 68-77; HAIGH, P.A., *The Military Campaigns of the Wars of the Roses*, 1995.

³⁴ SCOTT, A. W. and FRATCHER, W. F., *The Law of Trust*, *op. cit.*, pp. 14- 16.

³⁵ SCOTT, A. W., “The trust as an instrument of law reform”, *op. cit.*, p. 460.

El *trust*, aunque en un primer momento sienta sus bases sobre la concepción romanista de *fideicommissum*, poco a poco se irá alejando de esta y se irá acercando a la concepción germanista. Esta última es más amplia y extensa que la concepción romana obligando, de alguna forma, a que el derecho adquirido por el fiduciario se someta a una condición resolutoria garantizando así que, si el fiduciario hace un mal uso del fideicomiso, este puede regresar al fiduciante o, incluso, a sus herederos. Todo ello se verá consolidado en la Edad Media con la ruptura que iniciará el derecho germánico feudal entre el *dominium legitimum* y el *dominium naturale*³⁶, que solo estará vigente dentro del *Common Law* a través de la figura del *trust*³⁷.

La tercera etapa comienza con la promulgación del *Statute of Uses*, en el año 1536³⁸. Hasta aquel entonces, los *uses* se habían empleado para muchas causas, desde desheredar a alguien hasta privar al Rey de sus reclamaciones. Debido a la gran utilización de esta figura, dentro de la Corona se produjo una situación de enorme inquietud, que conllevó a dejar sin efecto los *trust*, de tal forma que solo se reconocía al beneficiario o al *cestui que use* como único propietario.

El *Statute of Uses* tenía, como principal objetivo, la abolición de los *uses*. Mediante la promulgación de ese estatuto, con la creación del *use*, se transmitía de forma inmediata el *legal title* al *cestui que use*, en vez de esperar a que este

³⁶ Vid. al respecto, BONFANTE, P., "Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana", en *Scritti* 2, Turín, 1918, pp. 2-3: "Era serbato al secolo XIX di rinnovare con altro concetto quell'antica tradizione o intuizione naturalistica e trasformarla in una vera teoria storica e giuridica. In base alle notizie di antichi scrittori sullo stato della proprietà presso le popolazioni barbare dell'Evo Antico, in base alle ricerche sulle memorie più antiche delle società civili, e a un esame largo, positivo di vari diritti primitivi, oggi la dottrina comune è giunta a queste conclusioni. In primo luogo che la signoria individuale sulla cosa non è l'unica forma di proprietà, ma esiste pure una forma collettiva, comunque debba essere concepita nella sua costruzione giuridica. In secondo luogo che la proprietà collettiva ha preceduto storicamente la proprietà individuale: onde tutta la storia della proprietà primitiva sarebbe storia di proprietà collettiva; da questa si sarebbe sviluppata la proprietà individuale per via di una lenta, graduale evoluzione"; *Ibid.*, *Corso di Diritto Romano*, 2, *La proprietà*, 2 Vols., Roma, 1925-1928; LOZANO CORBI, E.A.; "Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones", en *Proyecto Social: Revista de Relaciones Laborales*, N° 2, 1994, p. 86: "El primer término no sólo designaba el derecho de propiedad, sino que era una noción de señoría. Este término *-dominium-* fue utilizado por la jurisprudencia clásica con gran vigor".

³⁷ DE ARESACOCHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*, op. cit., Madrid, 2000, p. 31.

³⁸ IVES, E.W., "The Genesis of the Statute of Uses", en *The English Historical Review*, Oxford, 1967, pp. 673-697; HOLDSWORTH, W., "The Political Causes which shaped the Statute of Uses", en *Harvard Law Review*, Vol. 26, N° 2, Harvard, 1912, pp. 108-127;

último se lo requiriera al *trustee*. Con esta conversión instantánea de la propiedad en el *use* se perseguía que se diesen por finalizados todo tipo de intereses propietarios y que así, todos los *estates in land* fuesen objeto de las mismas cargas y gravámenes. Todo esto estaría en vigor hasta la abolición del *Statute of Uses*, en el año 1925, a través de una reforma legal. Sin embargo, y a pesar de que fue derogado, se ha podido llevar a cabo una enorme interpretación del mismo, lo que ha permitido que la figura del *uses* permaneciese en uso hasta ahora a través de los *trusts*³⁹.

Esta cuarta y última etapa, comenzó en el s. XVII cuando el *use* se convirtió en un *passive trust*. Tras la promulgación del *Statute of Uses*, estos comenzaron a utilizarse cada vez menos⁴⁰. En algunos casos podía configurarse un *active trusts*, pero se basaban en simples acuerdos de acción. Sí que hubo *trusts*, pero no los creados mediante el *use*, puesto que se consideraban inválidos y nullos.

Más tarde, todo esto cambió con el caso *Tyrrell* y así, los tribunales declararon que ese tipo de *trusts* eran válidos y puesto que no habían sido sancionados por los estatutos⁴¹.

³⁹ SCOTT, A. W., “The trust as an instrument of law reform”, *op. cit.*, p. 462 y ss. “When by virtue of the Statute of Uses the courts of *Common Law* were driven to take cognizance of uses, they evolved a more definite though more intricate philosophy of the law of uses. The use was regarded as a concrete thing which had certain inherent properties essential to its nature. These properties were not adduced merely by analogy to the technical rules of the *Common Law*, nor yet were they based altogether upon any consciously accepted principles of public policy”.

⁴⁰ TURNER, C.W., “Uses before the Statute of Uses” en *Virginia Law Review*, Virginia, 1916, pp. 439-444; MEGARY, R., “The Statute of Uses and the Power to Devise”, en *Cambridge Law Journal*, Cambridge, Vol. 7, Issue 3, 1941, pp. 354-360.

⁴¹ SCOTT, A. W., “The trust as an instrument of law reform”, *op. cit.*, p. 464: “Naturally therefore in *Tyrrell's Case* the courts of law held that such a use was not executed by the statutes; and when *Equity* reversed its former view, rejected the metaphysical idea of repugnancy, sought to carry out the intention of the parties, and held that such a use is valid, it was too late for the law courts to overrule the decision in *Tyrrell's Case*, for to do so would have a disastrous effect upon purchasers who had relied upon that decision. This, as Professor Ames discovered, is the explanation of the origin of the modern passive trust. When this passive trust arose in the 17th century the broad principle was accepted, receiving its impetus mainly from Lord Nottingham, Chancellor from 1673 to 1682, that *Equity* should follow the law. As a result of this doctrine the use of trusts was systematized, and it became increasingly difficult to evade or improve the law by means of the trust device. It became necessary for courts of *Equity* to determine how far the doctrines of the law expressed a real and living policy and ought therefore to be followed in *Equity*, and how far on the other hand they were based upon some technical rule of law or upon some outworn conception of public policy. The necessary resulting inquiry into the fundamental principles of the law is one of the great contributions made by the law of trusts to Anglo-American law”.

Durante esta etapa el canciller desarrolla su antiguo concepto de *use* del s. XV y, además, va más allá, dando lugar a una nueva idea y concepto de *trust* basado, esta vez, en la naturaleza real del derecho. Todo ello nos lleva a la concepción que tenemos en la actualidad de la institución del *trust*.

En Inglaterra se han promulgado varias leyes relativas al *trust*: Mortmain and Charities Act de 1736⁴², The Trust Act de 1893, Judicial Trustee Act de 1925, Recreational and Charities de 1958, Charities Act de 1960, Trustee Investment Act de 1961, Perpetuities and Accumulation Act de 1964 y la Trust Act del 2000⁴³.

La Ley sobre Organización Judicial de 1873 (*Judicature Acts*) estableció que en caso de conflicto entre las normas de *Common Law* y las de *Equity* prevalecerían las de equidad. A pesar de que en algunos casos los sistemas entre ambas jurisdicciones se han fusionado, los problemas de la institución del *trust* se resuelven en una sala especial del High Court of Justice (Chancery Division) que fue creada para tal efecto⁴⁴.

1.4. El *trust* inglés: naturaleza y funcionamiento de la institución

El *trust* es una institución propia del sistema de *Common Law* que, con el paso del tiempo, cada vez está más presente en otros sistemas jurídicos. Consiste en un negocio jurídico en el cual una persona, denominada *settlor*, deja de ser propietaria de un bien que, a su vez es objeto de administración, transfiriendo de este modo, la titularidad nominal a unan persona, denominada *trustee*, y la titularidad real a una tercera persona conocida como *beneficial poner*. Se trata de un patrimonio autónomo y separado que es regulado mediante un documento o estructura fundacional. El *settlor* o constituyente cede ese patrimonio a los *trustee* o fiduciarios para que sea admi-

⁴² OOESTERHOFF, A.H., "The Law of Mortmain: An Historical and Comparative Review", en *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 27, Nº 3, 1977, pp. 257-334.

⁴³ MURPHY, W.T., FLESSAS, T., ROBERTS, S., *Understanding Property Law*, London, 2003, p. 25 y ss.; HARPUM, C., BRIDGE, S. & DIXON, M., *Megarry & Wade: The Law of Real Property*, 2008, p. 63 y ss.; MEADWAY, S., "Perpetuities and Accumulations Act 2009", en *Trusts & Trustees*, Vol. 16, Issue 4, 2010, Pages 240-246.

⁴⁴ SCOTT, A. W. and FRATCHER, W. F., *The Law of Trust*, *op. cit.*, p. 21 y ss., ADAMS, J., RALSTON, R. *The doctrine of Equity: a commentary on the law as administered by the Court of chancery*, 1855, p. 55 y ss.; MARSH, A.H., *History of the Court of Chancery and of the rise and development of the doctrines of Equity*, 1890, pp. 37-48; TUCKER, P., "The Early History of the Court of Chancery: A Comparative Study", en *English Historical Review*, Oxford, 2000, pp. 791-811; WEICHTMAN, H., "Supreme Court of Judicature. Court of Appeal. The Queen v. Orton", en *The American Law Register*, Vol. 28, Nº 10, 1880, pp. 637-647.

nistrado siguiendo las instrucciones del *settlor* y a favor de una o varias terceras personas beneficiarias, es decir, los *beneficial owners* quienes, además, son poseedores de un título legal de ese patrimonio⁴⁵.

Al tratarse de un concepto creado y desarrollado desde un punto de vista empírico, cuyo engranaje se ha ido perfilando y perfeccionando por la jurisprudencia, como fuente de derecho propia del *Common Law*, no es posible encontrarnos con una definición legal exacta del término tal y como podríamos encontrar en el caso de otra figura jurídica en nuestro derecho continental. Podemos configurar una explicación exacta de lo que supone esta institución, teniendo en cuenta su mecanismo de funcionamiento, al decir que es una institución jurídica en la cual el *settlor* transfiere una propiedad al *trustee* para que la administre en nombre de un *beneficiary*. Su particularidad radica en que el *trustee* mantiene un título legal mientras que el *beneficiary* mantendrá un título en equidad, es decir, se produce una dualidad en la titularidad del bien objeto a administrar⁴⁶.

Al hablar de los elementos que conforman la institución del *trust*, no debemos dejar de mencionar el Convenio de la Haya de uno de julio de 1985, sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento, debido a su valor comparativo que puede llevar a tener entre diferentes familias jurídicas. En su artículo 2, señala que la figura de *trust* hace referencia a las relaciones creadas por el constituyente cuando en virtud de un acto, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, tras-pasa bienes en beneficio de una tercera persona o con un fin determinado, para que los administre el *trustee*. En dicho artículo también se enumeran las características del *trust* y son las siguientes⁴⁷:

- Los bienes del *trust* conforman un fondo separado y no forman parte del *trustee*;
- El título de los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o bien en nombre de otra persona por cuenta del *trustee*;
- El trustee no solo tiene la facultad, sino que también se obliga a rendir cuentas, administrar, gestionar o bien disponer de los bienes, según las condiciones estipuladas en el *trust*, así como las obligaciones que estipule la ley.

⁴⁵ DE CASTRO, F., *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1985, pp. 405 y ss.; KEETON, G. W.; SHERIDAN, L. A., *The Law of Trusts*, London, 1993, p.3; DE ARESPACOCCHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*, op. cit., pp. 32-33.

⁴⁶ VIRGÓS SORIANO, M., *El trust y el derecho español*, Madrid, 2006, p. 13 y ss.; MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del "trust" en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de "civil law"*, Navarra, 2005, p. 80.

⁴⁷ Convenio de la Haya de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento. En línea, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59>, [Fecha de consulta: 13 abril 2022]; GOICOE-CHEA, I.; "Los instrumentos de la conferencia de La Haya de derecho internacional privado que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones", en Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, Vol. 3, N° 5, 2015, p. 53 y ss.: "La figura del "trust" se utiliza con frecuencia como vehículo jurídico en inversiones y negocios internacionales. Esta figura de origen anglosajón pone a prueba a los ordenamientos jurídicos de Derecho civil cuando tienen que reconocerla en el marco de algún negocio internacional, pues más allá de que se puedan encontrar similitudes entre algunos tipos de trusts con algunos tipos de fideicomisos originados en el derecho civil, en líneas generales podemos decir que el trust anglosajón es ajeno a los sistemas del Derecho civil. Una de las consecuencias naturales del desconocimiento de la figura del trust en el Derecho civil es su "no reconocimiento" cuando este pretende realizar actos jurídicos en una jurisdicción del Derecho civil. Ello obviamente limita considerablemente el uso de esta valiosa figura en negocios internacionales que se desarrollen en jurisdicciones del Derecho civil, privando a estas últimas de numerosas oportunidades de negocios a través de trusts que seguramente se inclinarán por jurisdicciones del Common Law, dónde tengan la seguridad de que serán reconocidos tal como fueron concebidos. A fin de atender al problema señalado, la Conferencia de La Haya, desarrolló el Convenio sobre Trust. Este Convenio tiene como principal objetivo lograr que los trusts sean comprendidos y reconocidos en los países del derecho civil"; CHECA, M., *El trust angloamericano en el derecho español*, op. cit., pp. 3-4.

Conforme a la literatura angloamericana, existen otros elementos que completarían la definición de *trust* que recoge el Convenio de La Haya de 1985 y que exponemos a continuación⁴⁸:

- El *trustee* es un fiduciario que ostenta la titularidad de los fondos administrados. En defecto de instrucciones del constituyente (*letter of wishes*) en el documento constitutivo se le confieren normalmente poderes muy amplios.
- Esa propiedad no responde frente a los acreedores personales del *trustee*.
- El beneficiario tiene un derecho real sobre los fondos del *trust*. El beneficiario ostenta un derecho frente a terceros a los que se transfieran bienes en violación de las reglas del *trust*.
- El fiduciario está libre de las instrucciones del fundador sobre cómo cumplir sus obligaciones una vez constituido el *trust*.
- El fiduciario está libre de instrucciones de los beneficiarios sobre el modo de cumplir sus obligaciones.

Siguiendo a VILLCA⁴⁹, y en relación con las obligaciones a las que estarían sometidas cada una de las partes, podemos decir que el *trustee* tiene una *fiduciary duty* frente al beneficiario. En virtud de ella, tiene la obligación de comportarse como lo haría un diligente *paterfamilias* respecto de sus propios bienes y los de su familia⁵⁰, además de respetar una lealtad hacia el *beneficiary* puesto que ha de actuar en beneficio de este último. El beneficiario en relación con el *trustee* sólo puede exigirle que se sujete a lo pactado en el instrumento del *trust* y a las normas legales aplicables, pero no puede darle instrucciones o sugerencias incurriría en *breach of trust*⁵¹.

El núcleo principal de esta institución radica en la existencia de una división o dualidad de ella, es decir, se produce una escisión de la propiedad⁵². Por un lado, se sitúa la propiedad legal que la ostenta el *trustee*, mientras que la *equity ownership* recae en manos del beneficiario. Esta dualidad deriva del concepto anglosajón que tienen de la propiedad puesto que la consideran como un conjunto de derechos o intereses sobre la propiedad muy lejano del concepto absoluto de propiedad propio del derecho civil, protegido a través de su eficacia *erga omnes*. Los fondos de propiedad no entran en su herencia ni en concurso de acreedores en caso de insolvencia del *trustee*. Los fondos del *trust* no sólo comprenden los bienes originarios y los que se añadan después, sino también los bienes que reemplacen esos bienes (subrogación real). El *trustee* dispone de los bienes, pero el producto de esa disposición siempre pasa a los fondos del *trust*⁵³.

En lo que respecta a su constitución, conlleva una serie de formalidades que se han de cumplir. Por ejemplo, en algunos casos, para su constitución, se exige la forma escrita. Así se

⁴⁸ VIRGÓS SORIANO, M., *El trust y el derecho español*, op. cit., pp. 16-23.

⁴⁹ VILCA POZO, M., “El contrato fideicomiso: una visión histórica de sus antecedentes y evolución normativa”, en *Revista Derechos Fundamentales & Democracia*, Nº 23, pp. 46-47.

⁵⁰ Vid. al respecto, MARTÍN SANTIESTEBAN, S. (2019). “El family trust. Reflexiones acerca de una posible regulación en derecho español”, en *Personalidades jurídicas difusas y artificiales*, Nº 4, 2019, pp. 12-27.

⁵¹ WEBB, C., AKKOUH, T., *Trusts Law*, Palgrave, 2008, p. 75 y ss.; JENKS, E., “El Derecho Inglés”, Madrid, 1930, p. 55 y ss.; BUCKLAND, W.W y MCNAIR, “*Derecho Romano y Common Law*”, Madrid, 1994, p. 103 y ss.

⁵² GRETTON, G.L., “Trusts without Equity”, en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, Nº 3, 2000, p.612 y ss.: “With the explanation of trust as patrimony everything falls into place. The rights of beneficiaries are personal rights.⁶⁴ They are personal rights against the trustee,⁶⁵ enforceable against the special patrimony. (And sometimes, depending on the legal system and the circumstances of the case, against the general patrimony also). Conversely, personal rights enforceable against the trustee in his personal capacity (general) enforceable against the same way “trumping” the rights trustee in his personal capacity. There is no need to ownership. Instead of duality of ownership, there is duality As for the fact that a trust estate is a “fund” the constituent may change without changing the identity of the essence of the idea of a patrimony”.

⁵³ CHECA, M., *El trust angloamericano en el derecho español*, op. cit., p. 8 y ss.

estipula en la sección 53.1 (b) de la *Law of Property Act* de 1925⁵⁴, cuando se habla de que la constitución de un *trust* que tenga por objeto bienes inmuebles o derechos sobre los mismos deberá tener constancia escrita y aparecer suscrito por persona capaz de crearlo (salvo que los mismos puedan ser creados verbalmente y los *resulting trusts* o *constructive trusts*). En lo que respecta a los *trust* creados *mortis causa*, es decir, a través de un testamento, también se exige su forma escrita, tal y como se recoge en la sección 9 de la *Wills Act* de 1837⁵⁵.

En lo que respecta a su creación, no se trata de un procedimiento formulario, puesto que es suficiente con que quede clara la manifestación de su creación, así como la intención de su constitución. Para ello, es necesario identificar de forma clara a las partes, los bienes objetos de *trust*, su finalidad y, por último, el funcionamiento del mismo.

En todos esos casos, todo aquel *trust* en el que no se estipule de forma clara lo anteriormente expuesto, así como en aquellos casos en los que se haga y dichas estipulaciones sean contrarias a la ley o al orden público, no será válido. Si en ocasiones, la falta de validez solo afecta a una parte no esencial del mismo, el *trust* conservará su constitución como tal en el resto de estipulaciones que sí estén sujetas a derecho⁵⁶.

El *trust* supone un contrato entre dos partes, en virtud del cual, la propiedad de un bien se transmite a otra persona, en beneficio de una tercera. Teniendo en cuenta las características principales del mismo, así como su forma de funcionamiento, resulta evidente que en él conviven tres sujetos bien diferenciados e independientes.

El primero de ellos es el *settlor* que, como ya dijimos con anterioridad, es la persona que transfiere sus activos para la creación del *trust*. Ha de tratarse de una persona física con plena capacidad jurídica y de obrar. Los menores e incapacitados puede, no obstante, constituir *trusts* bajo determinadas condiciones. Una persona jurídica también puede constituir un *trust* siempre que en sus normas de constitución o estatutos así se prevea. Una vez creado el *trust* el constituyente deja de ser propietario de los bienes puestos a disposición de aquél. Así, es apartado de la órbita de su responsabilidad personal con las consecuencias que de ello se derivan para terceros, sin perjuicio de las disposiciones preventivas en relación a la utilización de esta institución con fines fraudulentos y en perjuicio de terceros.

En segundo lugar, debemos hablar de la persona que ostenta la administración del patrimonio cedido, es decir, el *trustee*⁵⁷. Es la persona a la que le son cedidos los activos con la

⁵⁴ BAILEY, S.J., “The Law of Property Act, 1925”, en *The Cambridge Law Journal*, Vol. 6, Nº 1, 1936, pp. 67-82.

⁵⁵ STONE, O.M., “Contracts to Make Wills, and the Scope of Section 24, Wills Act, 1837”, en *The Modern Law Review*, Vol. 20, Nº5, 1957, pp. 511-513: “The main consideration for this decision of Upjohn J. was that, by section 24 of the Wills Act, 1837, a will is deemed to speak from date of death, and that therefore the testatrix must be deemed to have intended, at the time of her death, that the house should be considered as part of her residuary property, for division among seven persons; the sister had elected against the will, and could not claim also her seventh share in the residue of the testatrix's property. Similarly, the principal ground on which the decision was reversed in the Court of Appeal was that the court was not bound, by virtue of section 24 of the Wills Act, 1837, to read the will of the testatrix simply with reference to the facts as they existed at the date of the death; regard must also be had to any disposition of the property effected after the making of the will”; ORTH, J.V.; “Wills act formalities: How much compliance is enough?”, en *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, Vol. 43, Nº 1, 2008, pp. 73-81; VIRGÓS SORIANO, M., *El trust y el derecho español*, op. cit., p. 23 y ss.

⁵⁶ DE ARESPOCHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*, op. cit., p. 38 y ss.

⁵⁷ RUCE, P.J.; “The trustee and the remainderman: the trustee's duty to inform”, en *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, Vol. 46, Nº 1, 2011, p. 177: “Rather, the trustee's function is to ensure the safety of the assets and to use them for the benefit of the beneficiaries as the trust document directs; the actual benefits of ownership are split amongst the various beneficiaries. The interests of the grantor and the interests of the beneficiaries generally are well aligned. The grantor desires for the trust to benefit the beneficiaries, and the beneficiaries wish to benefit from the trust. But what about the interests of the trustee versus the interests of the beneficiaries? Some obvious issues arise where the person or entity managing the assets is different from those who wish to derive benefits from the assets. Agency cost is the

obligación de administrarlos en la forma establecida por el constituyente en el contrato origen del *trust*. A su disposición se ponen los bienes, y en calidad de “propietario legal” (propiedad aparente), se le atribuye la *legal ownership* en el sentido del *Common Law*. Se trata de una propiedad limitada, ya que el *trustee* no puede sustraerse de las instrucciones recibidas por el *settlor* y debe administrar los bienes a favor de los beneficiarios en cumplimiento del contenido de aquellas. Los bienes que se le entregan al *trustee* tienen un fin de administración, y las facultades que se le atribuyen son fundamentalmente de gestión, por eso señalamos que la propiedad legal es aparente.

Por último y no por ello menos importante, está la figura del *beneficiary*, es decir, el *beneficiary owner* que es la persona o personas a cuyo favor se administran los activos y que se beneficiarán de las futuras atribuciones de los activos, de sus frutos o de ambos a la vez. Es designada para percibir los rendimientos obtenidos por el *trust* o a la que se le transmiten los bienes del *trust* a la terminación del mismo. Cualquiera puede ser beneficiario de un *trust*, incluidos los menores e incapaces y concebidos no nacidos. También las personas jurídicas, siempre que en sus estatutos no exista ningún impedimento legal. Recaltar nuevamente que el *settlor* puede ser también beneficiario, como también el *trustee*, aunque en este caso no puede ser el único *trustee* o el único beneficiario, ya que podría dar lugar a supuestos asimilables a la autocontratación⁵⁸.

La suma de estos tres elementos subjetivos, unido a las estipulaciones recogidas en el contrato, dan lugar a la institución del *trust*, configurándose, así como un ente sujeto de derechos y obligaciones⁵⁹.

2. EL FIDEICOMMISSUM ROMANO: NATURALEZA Y FUNCIONAMIENTO DE LA INSTITUCIÓN

Existen ciertas perspectivas históricas, jurídicas y procesales que fluctuaron sobre el fideicomiso romano clásico que, de forma paralela, se volvieron a generar con el *trust* en la Inglaterra medieval. El fideicomiso romano fue amparado procesalmente y sancionado como institución por los cónsules, por orden taxativa de Augusto. A partir de este auxilio de *imperium*⁶⁰, los

loss suffered by a principal when the interests of the principal and agent are not aligned.¹⁴ In the case of a trustee-beneficiary relationship, the wealth and livelihood of the beneficiary (the principal)¹⁵ is at stake; not so for the trustee (the agent).¹⁶ This relationship theoretically results in a trustee not working as hard to manage the assets of the trust as the trustee might if the trustee's assets were at stake rather than those of the beneficiary. The losses resulting from these misaligned incentives are the agency costs associated with the trustee-beneficiary relationship”.

⁵⁸ Vid. al respecto, LEPAULLE, P. “La naturaleza del trust”, trad. Español MACEDO, P; en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 3, 1932, p. 36 y ss; *Ibid.*; “Civil Law Substitutes for Trust” en *The Yale Law Journal*, Vol. 36, Nº 8, 1927, pp. 1132 y ss.: “In some trusts the aim is to assure to the beneficiary a maximum of efficiency in the management of the property given to him. Indeed, as a general rule, the owner is in the best position to provide for the management of his own property. As the old proverb puts it: no one is better served than by himself! But it happens not infrequently that the donor does not think highly of the beneficiary's capacity. He thinks he is below the standard, and he creates a trust because he does not trust the beneficiary! Now, if the latter is really below the standard, it must be because of congenital deficiency, or lack of experience, or because other circumstances render the beneficiary”; *Ibid.*, “Trusts and the Civil Law”, en *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 1933, Vol. 15, Nº 1, 1933, pp. 18-34.

⁵⁹ DE ARESPACOCCHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*, op. cit., p. 59- 64.

⁶⁰ BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, op. cit., p. 493: “*Imperium*: An order, command. A legal norm is called *imperium legis* when referring to a statute. *Imperium* means also the right to give orders (*ius imperrandi*), the power over a smaller group such as a family (hence *imperium domesticum* is the *imperium* of the head of the family, *pater familias*). The supreme power of the Roman people, its sovereignty = *imperium populi Romani*. In a technical sense *imperium* = the official power of the higher Magistrates (*magistratus maiores*) under the Republic, and of the

fideicomisarios fueron protegidos, además por los pretores, en concreto los pretores *fideicommissarii*, en sus tribunales, a través de un procedimiento judicial nuevo, conocido como *cognitio extra ordinem*⁶¹. De esa forma, se hacía frente al rigor del derecho civil testamentario que concedía la propiedad de los bienes del fideicomiso al heredero fiduciario, el cual podía disponer libremente del patrimonio y negarse así a sustituir la herencia al beneficiario. El *ius fiduciarum* solo podía hacerse efectivo mediante su correspondiente *petitio*⁶². De una forma paralela, sucedió casi lo mismo con el *trust* medieval en Inglaterra, puesto que el *cestui que trust* se encontraba en una situación de inferioridad y de precariedad frente al *trustee*, pudiendo aquel hacer efectivo el *trust* a su favor, mediante la correspondiente *petitio* dirigida al tribunal de Lord Chancellor.

Tanto el fideicomiso como el *trust* responden a la necesidad de poner ciertos bienes a nombre de otra persona. En Roma, el acreedor de una *fiducia cum creditore* se hacía poner a su nombre ciertos bienes que le servirían de garantía de un préstamo. Sin embargo, en la *fiducia cum amico* el fiduciante ponía alguno de sus bienes a nombre de una persona de su confianza para evitar, ya fuese una persecución de sus acreedores o bien para superar una prohibición de la ley que declaraba incapaz de adquirir al destinatario final de esos bienes.

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. Este último, a su vez, recibía la propiedad de los bienes (*mortis causa*), ya fuese para para gestionarlos, administrarlos o restituirlos de acuerdo con las instrucciones establecidas en beneficio de los terceros fideicomisarios. 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* y *beneficiary*. El *settlor* establecía las instrucciones para proteger su patrimonio inmobiliario, que encomendaba a un *trustee*. A su vez, éste recibía la propiedad de los bienes inmuebles (*inter vivos* o *mortis causa*) y debía gestionarlos, administrarlos y restituirlos de acuerdo con la ley del *trust* en beneficio de un tercero.

En el derecho romano encontramos dos instituciones que por la similitud de sus finalidades pueden considerarse como antecedentes al fideicomiso actual, y ambas tenían su fundamentación en la *fides*. Por un lado, nos encontramos la *fiducia* derivada de un acto *inter vivos*, y por otro el *fideicommissum*, que surgía de una relación *mortis causa* como disposición de última voluntad de la persona ya fallecida⁶³.

El derecho romano desconoce originariamente la institución del fideicomiso, no existiendo sino ciertas figuras que se encuadran dentro del concepto fiduciario. Se trata, por lo tanto, de determinar qué figuras conforman el origen del fideicomiso⁶⁴.

emperor under the Empire. The magisterial *imperium* embraced various domains of administration, legislative initiative through proposals made before the popular assemblies (*ius agenda cum populo*), and military command. With regard to the administration of justice, *imperium* is sometimes opposed to, and distinguished from, *iurisdictio* sometimes coherently connected with it. The juristic sources do not agree as to the attribution of certain magisterial acts of jurisdictional character (*restitutio in integrum*, *missiones*, appointment of guardians) to *imperium* or *iurisdictio*. The confusion is doubtless the result of alterations of the texts or misunderstanding on the part of Justinian compilers for whom older distinctions lost their practical significance. Finally *imperium* means the territory of the state”.

⁶¹ SOLAZZI, S., *Istituzioni di Diritto Romano*, Tomo II, Roma, 2002, p. 704 y ss.

⁶² *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, trad. esp. I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Digesto, tomo II*, Barcelona, 1892, p. 686, D.34.3.28.10: “Scaevola libro 16 digestorum: “Eum, qui tutelam ipsius administraverat, et fratrem suum et alios quosdam scripsit heredes et tutores 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”.

⁶³ FLORIS MARGADANT, G. *Panorama de la historia universal del Derecho*, México, 2002, p. 48.

⁶⁴ TERRAZAS PONCE, J.D., “Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso”, en *Revista Chilena de Derecho*, 1998, p. 940 y ss.

El primer antecedente de una figura fideicomisaria la encontramos en la *mancipatio familiae*. GAYO reporta que ya en los primeros tiempos en Roma, un ciudadano podía transmitir el poder jurídico 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 instituciones de fiducia establecidas por el constituyente y transmitente (*nuncupatio*) en beneficio de uno o varios terceros (herederos beneficiarios de la *mancipatio familiae*). Esta antiquísima *mancipatio familiae* constituye el primer triángulo mágico de confianza del derecho civil romano que uno por sus tres vértices a tres personas, ciudadanos romanos. Los sujetos que intervienen en la *mancipatio familiae* son titulares de intereses y relaciones fiduciarias, aunque se sitúan en distinta posición respecto al mismo *mancipium*. El ciudadano transmitía *inter vivos* un poder absoluto e irrevocable de sometimiento sobre sus bienes y su familia a un tercero –*familiae emptor*–, ciudadano romano, quien se hacía con la potestad y el dominio de lo conferido, ocupando además la posición y el lugar de un heredero (aunque no tenía el título civil de heredero). Éste, como nuevo titular, debía gestionar y repartir el patrimonio en interés de la familia después de la muerte del transmitente, de acuerdo con las instrucciones que fueran dictadas por aquél en el momento de la celebración de la *mancipatio familiae*. El *familiae emptor* se presentaría como una especie de *trustee* u hombre de confianza que quedaba sujeto moralmente a las instrucciones fiduciarias dictadas unilateralmente por el instituyente⁶⁵.

En efecto, se tomaría la *mancipatio* desde el ámbito netamente patrimonial y se le daría una finalidad testamentaria. La transformación de la *mancipatio familiae* en una figura testamentaria se debe a la interpretación jurisprudencial que, apoyada en el texto decenviral, otorga plena eficacia a las declaraciones formuladas en la *mancipatio* “*mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*”.

Desde el punto de vista formal, el acto no deja de ser una *mancipatio*, pero ahora la parte esencial del mismo es la *nuncupatio* que ella misma contiene: como toda *mancipatio* se trata de una transferencia de patrimonio, pero diferida ahora al momento de la muerte del *mancipio dans*. Se trata de una enajenación *inter vivos* y no de un testamento, del que no posee la estructura ni los elementos. A pesar de no tratarse de una disposición testamentaria, la *mancipatio familiae* fue extremadamente usada en la práctica romana, ya que permitió la superación de los conceptos arcaicos y el traslado del interés público hacia el privado⁶⁶.

La antigua *mancipatio familiae*, de la que derivó el *testamentum per aes et libram*⁶⁷, convertida en testamento, dio pleno efecto jurídico a la *rogatio* en ella incluida, pero cualquier *rogatio* hecha fuera de ella suponía para el *rogatus* sólo un deber de carácter moral, y se dejaba ese encargo sujeto a la *fides* del *rogatus*. De estas *rogationes* deriva una institución nueva, el fideicomiso, con el que el disponente encomendaba a la *fides* (*fidei-committere*⁶⁸) de un tercero la ejecución de su última voluntad⁶⁹.

⁶⁵ BURDESE, A., “La menzione degli eredi nella *fiducia cum creditore*”, en *Studi in onore di Siro Solazzi*, Nápoles, 1948, pp. 324 ss.; BELLOCI, N., “La tutela della fiducia nell’epoca repubblicana”, en *Studi Senesi*, 85, 1973, pp. 321 ss.

⁶⁶ TERRAZAS PONCE, J.D., “Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso”, *op. cit.*, p. 941 y ss.

⁶⁷ CUQ, E. “Recherches historiques sur le testament “*per aes et libram*””; en *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Vol. 10, 1886, p. 535 y ss.

⁶⁸ VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, p 760 en donde nos explica la figura del fideicomiso romano: “Como resulta de la etimología del término (*fidei committere*), con *fideicommissum* indicaban los romanos la manifestación de voluntad no idónea por sí misma para producir efectos reconocidos por el *ius civile*, con la cual un testador dirigía a quien instituía heredero, o a quien de algún modo hubiera obtenido de él bienes patrimoniales *mortis causa*, como la súplica de que realizara una determinada actividad en favor de otra persona, después de la muerte del testador, confiando en su lealtad y honradez”.

⁶⁹ TERRAZAS PONCE, J.D., “Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso”, *op. cit.*, pp. 941-942.

La *mancipatio familiae* contiene esa triple estructura jurídica que es, a su vez, un antecedente directo de la triple estructura de las relaciones fiduciarias que ofrecerá la constitución del fideicomiso. 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 2. 252⁷⁰. El jurista explica que el beneficiario de una *mancipatio familiae* obtenía por actos *inter vivos* el título jurídico de comprador de una herencia, antes que la posición de heredero o legatario.

El fideicomiso posibilitaba que una persona protegiese su patrimonio *mortis causa*, ya fuese mobiliario o 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 en el beneficio de terceros (fideicomisarios). La institución carecía de formalismos civiles y, a pesar de ello, tuvo un gran éxito. Puesto que se trataba de una figura que escapaba de los formalismos y de la rigidez propia del derecho civil testamentario, se podían dejar fideicomisos de forma verbal, escrita, en testamento, codicilos o incluso *ab intestato*. Durante la primera época de gestación y creación del nuevo fideicomiso, esta figura no tuvo sanción jurídica alguna (en el sentido de compeler judicialmente al fiduciario para que cumpla su encargo), sino que estaba sustentada sólo en la obligación moral que tenían aquellos a quienes se les habían hecho las *rogationes*. Esta situación se presenta tanto en el *ius civile* como en el *ius honorarium*. La sanción jurídica sólo llega en los tiempos de Augusto y vía derecho Pretorio u Honorario⁷¹. Augusto fue el primero que amparó en su tribunal las peticiones de fideicomisarios desprotegidos y en precario. Además, por razones de humanidad, ordenó a los cónsules que presentasen su autoridad *extra ordinem* y restituyesen los intereses fiduciarios a los beneficiarios⁷².

En el Bajo Imperio, con la irrupción del cristianismo, los ciudadanos romanos comenzaron a emplear las donaciones, testamentos, legados y los fideicomisos como medios de protección privada de sus familias, así como para la constitución de causas pías. Por todo ello, era muy frecuente que los ciudadanos romanos instituyesen como heredera fiduciaria a la Iglesia (*trustee*) quien, a su vez, debía de administrar y gestionar los bienes en beneficio de terceros⁷³. Todo ello constituyó un precedente directo de los futuros *charities trusts* o *public trusts*, al ser ellos una pieza clave para la financiación de la iglesia romana y su posterior evolución en Inglaterra desde la caída del Imperio Romano de Occidente hasta la Edad Media.

⁷⁰ GAYO, *Instituciones*, edición bilingüe, trad. esp. ABELLÁN VELASCO, M.; ARIAS BONET, J. A.; IGLESIAS-REDONDO, J.; ROSET ESTEVE, J.; Madrid, 1990, p. 194, Inst. 2.252: “*Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. Tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa uenire; et quae stipulationes inter uenditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, siue quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnisset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille uero qui recipiebat hereditatem, inuicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem peruenisset, id sibi restieretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi*”.

⁷¹ TERRAZAS PONCE, J.D., “Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso”, *op. cit.*, p. 950 y ss.

⁷² *Cuerpo del Derecho Civil Romano, op. cit.*, tomo I, p. 74, Inst.2.23.1: “*Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo inuitus 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 diuus 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 conuersum est in adsiuam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant*”.

⁷³ BUCKLAND W.W y MCNAIR, “*Derecho Romano y Common Law*”, 1ª ed. 1936, Madrid, 1994, p.73.

El fideicomiso poseía una estructura simple donde aparecen involucrados tres sujetos. El fideicomitente como propietario de la cosa o bien efectuaba un encargo al fiduciario, que quedaba obligado a hacer llegar los bienes al heredero fideicomisario; y el fideicomisario recibía la cosa o bien al término establecido en el fideicomiso⁷⁴. Los fideicomisos podían hacerse en testamento, pero también en codicilo⁷⁵; por gestos, oralmente e incluso se permitían los fideicomisos implícitos. Tampoco era necesario que se empleara el latín⁷⁶.

El contenido del fideicomiso era realmente amplio. El objeto del fideicomiso podía ser o bien todo el patrimonio del difunto (patrimonio universal o herencia fideicomisaria), o bien una o varias cosas determinadas de dicho patrimonio (fideicomiso singular). Además, se puede dejar mediante fideicomiso cosas propias y ajenas como las del heredero, legatario, fideicomisario y las de cualquier otra persona. Finalmente, mediante un fideicomiso se podría conceder la libertad a un esclavo, y de esa práctica surge la figura del fideicomiso de libertad⁷⁷.

CONCLUSIONES

El fideicomiso romano y el *trust* son instituciones basadas en la confianza, y que guardan un gran parecido entre ellas, como hemos visto anteriormente. No obstante, tanto el *trust* como el viejo fideicomiso romano han seguido caminos diferentes, y mientras que la figura del fideicomiso cayó en desuso al verse jurídicamente limitada en sus aspectos esenciales, el *trust* se desarrolló en el sistema anglosajón de forma imparable, convirtiéndose en un instrumento jurídico enormemente útil para conseguir muy diversos fines.

Una de las primeras diferencias entre ambas figuras se encuentra en la naturaleza de la propiedad, y es la que más problemas plantea para los sistemas civilistas. La característica principal del *trust* respecto del fideicomiso consiste en el desdoblamiento del derecho de propiedad en una propiedad legal (propiedad aparente) que le corresponde al *trustee* y una propiedad en equidad que tendrá el *cestui que trust*⁷⁸. Este desdoblamiento no se da en los ordenamientos del *Civil Law*, ya que el titular del patrimonio lo es exclusivamente el fiduciario (unidad e indivisibilidad del patrimonio), no teniendo el fideicomisario ningún derecho respecto de los bienes, sino un derecho limitado a exigir lo dispuesto en el respectivo fideicomiso.

Así mismo, es necesario destacar que el fideicomiso romano, y las sustituciones fideicomisarias también, son una extensión del poder testamentario, y sólo tenía efecto con la muerte del fideicomisario. El modelo de *trust* anglosajón, por el contrario, en su forma originaria era una transmisión inter vivos. Podemos observar que en la actualidad hay *trust* que se constituyen mediante testamento, pero no es una institución exclusiva de derecho sucesorio.

⁷⁴ VILCA POZO, M., “El contrato fideicomiso: una visión histórica de sus antecedentes y evolución normativa”, *op. cit.*, p. 40

⁷⁵ VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, *op. cit.*, p. 765: “Con este nombre se designa un escrito cualquiera que puede ser redactado también en forma de carta) con el cual, fuera del testamento, un sujeto daba disposiciones de carácter patrimonial destinadas a tener valor después de su muerte”.

⁷⁶ CÁMARA, S., *La fiducia sucesoria secreta*, Madrid, 1996, pp. 64-65.

⁷⁷ DOMINGO AZNAR, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Madrid, 1.999, p. 18 y ss.; TERRAZAS PONCE, J.D., “Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso”, *op. cit.*, p. 045 y ss. ; TAZÓN CUBILLAS, A., “Aproximación al concepto de fideicomiso tácito en el Derecho Romano”, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 13, 2009, p. 835 y ss.

⁷⁸ Vid. al respecto, STONE, H.F.; “The Nature of the Rights of the “Cestui Que Trust”” en *Columbia Law Review*, Vol. 17, Nº 6, 1917, p. 470 y ss.; HOLDSWORTH, W., *A History of English Law*, London, 1927, pp. 410-411.

Ambas instituciones surgen por motivos similares, siendo una alternativa para superar las limitaciones que legalmente se imponían a ciertos sujetos, evitando la rigidez de las disposiciones y funcionando fuera del marco legal establecido. Tanto en la figura jurídica del *trust*, como en la del fideicomiso, se lleva a cabo un encargo de confianza a una persona para que administre un patrimonio en beneficio de otra. De este modo, los elementos personales presentes en ambas instituciones son tres. Por otra parte, se creó para las dos figuras un régimen alternativo de mayor flexibilidad. En el caso del *fideicommissum* fue con el *ius honorarium* superando los inconvenientes del *ius civile*; y en el caso del *trust* la *Equity*, que flexibiliza la rigidez del *Common Law*. Tanto en el régimen romano como en el inglés se hicieron intentos legislativos para evitar la aplicación de ambas instituciones, sin resultados positivos. En el derecho romano los intentos fueron el Senadoconsulto Trebeliano y el Senadoconsulto Pegasiano, y en el caso inglés el *Statute of Uses*.

Para las dos instituciones se presentó el problema de que los beneficiarios no podían ejercitar acciones contra los fiduciarios cuando éstos actuaban de mala fe, por lo que se designaron autoridades para resolver disputas. En ambos casos intervinieron ciertos funcionarios para atender la situación, en el derecho romano el *praetor fideicommissarii*, y en el inglés el *Court of Chancery*.

En síntesis, tanto el *fideicommissum* como el *trust* son instituciones reveladoras de que fueron instrumentos al servicio de los mismos propósitos. Ni que decir tiene que el *trust* fue objeto de un espectacular desarrollo, a diferencia del fideicomiso, que tras las numerosas restricciones terminó evolucionando hacia otras instituciones de no idéntica naturaleza. Por este motivo, el *trust* moderno ha ido adquiriendo multitud de peculiaridades propias, distanciándose de la figura romana, pero ambas figuras siguen conservando la misma estructura y función, esto es; la transmisión de un patrimonio, basada en la *fides*⁷⁹, a una tercera persona para que lo administre en beneficio de un tercero.

REFERENCIAS

- ADAMS, J., RALSTON, R. **The doctrine of Equity: a commentary on the law as administered by the Court of chancery**, 1855.
- AKEHURST, M., “Equity and General Principles of Law”, en **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 25, N° 4, 1976.
- AMES, J. B., “The origin of uses and trusts”, en **Harvard Law Review**, Vol. 21, N°4, 1908.
- BAILEY, S.J., “The Law of Property Act, 1925”, en **The Cambridge Law Journal**, Vol. 6, N° 1, 1936.
- BARROSO GARÉS, F.J.; “Los reyes británicos, La Guerra de las Dos Rosas”, en **Clío: Revista de Historia**, N° 184, 2017.
- BELLOCI, N., “La tutela della fiducia nell’epoca repubblicana”, en **Studi Senesi**, 85, 1973.
- BERGER, A., **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, Filadelfia, 1953, reimpr. 1991.

⁷⁹ BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, *op. cit.*, p. 471: “Fides. Honesty, uprightness, trustworthiness. In legal relations fides denotes honest keeping of one's promises and performing the duties assumed by agreement. On the other side fides means the confidence, trust, faith one has in another's behavior, particularly with regard to the fulfillment of his liabilities”.

BLACKHAWK, M., “Equity Outside the courts”, en **Columbia Law Review**, Vol. 120, Nº 8, 2020.

BLACKSTONE, W., **Commentaries of the laws of England in Four Books**, Vol. II, Oxford, 1768.

BOGERT, G. G., **Handbook of the law of trusts**, St. Paul, 1922.

BONFANTE, P., **Corso di Diritto Romano**, 2, **La proprietà**, 2 Vols., Roma, 1925-1928.

Ibid. “Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana”, en **Scritti** 2, Turín, 1918.

BRUCE, P.J.; “The trustee and the remainderman: the trustee's duty to inform”, en **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, Vol. 46, Nº 1, 2011.

BRUGI, B., Fedecommesso, en **Digesto Italiano**, XI, Torino, 1895.

BUCKLAND, W.W y MCNAIR, “**Derecho Romano y Common Law**”, Madrid, 1994.

BURDESE, A., “La menzione degli eredi nella **fiducia cum creditore**”, en **Studi in onore di Siro Solazzi**, Nápoles, 1948.

BUTERA, A., Usucapione, en **II Digesto Italiano**, XXIV, Torino, 1914—1921.

CÁMARA, S, **La fiducia sucesoria secreta**, , Madrid, 1996.

CHECA, M., **El trust angloamericano en el derecho español**, Madrid, 1998.

CLARRY, D., “Fiduciary ownership and trusts in a comparative perspective”, en **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 63, Nº4, 2014.

CONVENIO DE LA HAYA de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento. En línea, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59>, [Fecha de consulta: 13 abril 2022].

Cuerpo del Derecho Civil Romano, trad. esp. I. L. GARCÍA DEL CORRAL, **Digesto, tomo I y II**, Barcelona, 1889 y 1892.

CUQ, E. “ Recherches historiques sur le testament "per æs et libram" ” ; en **Nouvelle revue historique de droit français et étranger**, Vol. 10, 1886.

DE ARESPACOHAGA, J. , **El trust, la fiducia y figuras afines**, Madrid, 2000.

DE CASTRO, F., **El Negocio Jurídico**, Madrid, 1985.

DOMINGO AZNAR, **El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria**, Madrid, 1999.

FLORIS MARGADANT, G. **Panorama de la historia universal del Derecho**, México, 2002.

FRATCHER, W. F., “Trust”, en **International Encyclopedia of comparative Law. Vol. VI. Property and Trust**, Frederick H. Lawson (Chief Editor). Tübingen-Mouton-The Hague-Paris, 1973.

GAYO, **Instituciones**, edición bilingüe, trad. esp. ABELLÁN VELASCO, M.; ARIAS BONET, J. A.; IGLESIAS-REDONDO, J.; ROSET ESTEVE, J.; Madrid, 1990.

GOICOECHEA, I.; “Los instrumentos de la conferencia de La Haya .de derecho internacional privado que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones”, en **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, Vol. 3, Nº 5, 2015.

GRETTON, G.L., “Trusts without **Equity**”, en **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 49, Nº 3, 2000.

HAIGH, P.A., **The Military Campaigns of the Wars of the Roses**, 1995.

HANBURY, H. G.; MARTIN, E. M., **Modern Equity**, London, 2015.

HARPUM, C., BRIDGE, S. & DIXON, M., **Megarry & Wade: The Law of Real Property**, 2008.

HAYTON, D. J., **The Law of Trusts (Fundamental Principles of Law)**, London, 1998.

HELMHOLZ, R. H., “The Early Enforcement of Use”, en **Columbia Law Review**, 1979.

HEPBURN, S. “Principles of Equity and Trusts”, en Annandale, N.S.W.: The Federation Press, 2020.

HOLDSWORTH, W., “The Political Causes which shaped the Statute of Uses”, en **Harvard Law Review**, Vol. 26, Nº 2, Harvard, 1912.

Ibid. A History of English Law, London, 1927.

IVES, E.W., “The Genesis of the Statute of Uses”, en **The English Historical Review**, Oxford, 1967.

JENKS, E., “El Derecho Inglés”, Madrid, 1930.

Ibid. “The prerogative writs in English Law”, en **Yale Law Journal**, Vol. 32, Nº 6, 1923.

KEETON, G. W.; SHERIDAN, L. A., **The Law of Trusts**, London, 1993.

LEPAULLE, P. , “Civil Law Substitutes for Trust” en **The Yale Law Journal** , Vol. 36, Nº 8, 1927.

LEPAULLE, P. “La naturaleza del trust”, trad. Español MACEDO, P; en **Revista General de Derecho y Jurisprudencia**, Tomo 3, 1932.

Ibid. “Trusts and the Civil Law”, en **Journal of Comparative Legislation and International Law**, 1933, Vol. 15, Nº 1, 1933.

LOZANO CORBI, E.A.; “Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones”, en **Proyecto Social: Revista de Relaciones Laborales**, Nº 2, 1994.

MACNAIR, M., “**Equity** and Conscience”, en **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 27, Nº. 4, 2007.

MAITLAND, F. W., **Equity also the forms of action of Common Law; two courses of lectures**, Cambridge, 1910.

MARSH, A.H., **History of the Court of Chancery and of the rise and development of the doctrines of Equity**, 1890.

MARTÍN SANTIESTEBAN, S., “El family trust. Reflexiones acerca de una posible regulación en derecho español”, en **Personalidades jurídicas difusas y artificiales**, Nº 4, 2019.

Ibid. El instituto del “trust” en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de “civil law”, Navarra, 2005.

Ibid. . “La figura del trust en los Estados Unidos de América”, **Revista para el análisis del derecho**, 2008.

MEADWAY, S., “Perpetuities and Accumulations Act 2009”, en **Trusts & Trustees**, Vol. 16, Issue 4, 2010.

MEGARY, R., “The Statute of Uses and the Power to Devise”, en **Cambridge Law Journal**, Cambridge, Vol. 7, Issue 3, 1941.

MENDOZA POPOCA, O. A., “Fideicomiso romano y trust anglosajón. La semejanza de su desarrollo”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 67, N° 268, 2017.

MURPHY, W.T., FLESSAS, T., ROBERTS, S., **Understanding Property Law**, London, 2003.

OOESTERHOFF, A.H., “The Law of Mortmain: An Historical and Comparative Review”, en *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 27, N° 3, 1977.

ORTH, J.V.; “Wills act formalities: How much compliance is enough?”, en **Real Property, Trust and Estate Law Journal**, Vol. 43, N° 1, 2008

POUND, R.; “The Decadence of Equity”, en **Columbia Law Review**, Vol. 5, N° 1, 1905.

SCOTT, A. W. and FRATCHER, W. F., **The Law of Trust**, Vol. I, Boston – Toronto, 1987.

SCOTT, A. W., “The trust as an instrument of law reform”, en **Yale Law Journal**, Vol. XXXI, n° 5 1922.

SOLAZZI, S., **Istituzioni di Diritto Romano**, Tomo II, Roma, 2002.

STONE, H.F.; “The Nature of the Rights of the "Cestui Que Trust"” en **Columbia Law Review**, Vol. 17, N° 6, 1917.

STONE, O.M., “Contracts to Make Wills, and the Scope of Section 24, Wills Act, 1837”, en **The Modern Law Review**, Vol. 20, N°5, 1957.

TAZÓN CUBILLAS, A., “Aproximación al concepto de fideicomiso tácito en el Derecho Romano”, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 13, 2009.

TERRAZAS PONCE, J.D., “Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso”, en **Revista Chilena de Derecho**, 1998.

TOMAS, G., and HUDSON, A., **The Law of Trusts**, 2004.

TUCKER, P., “The Early History of the Court of Chancery: A Comparative Study”, en **English Historical Review**, Oxford, 2000.

TURNER, C.W., “Uses before the Statute of Uses” en **Virginia Law Review**, Virginia, 1916.

VAN RHEE, C.H., “Trusts, trust-like Concepts and *Ius Commune*”, en **European Review of Private Law**, 3/2000.

VILCA POZO, M., “El contrato fideicomiso: una visión histórica de sus antecedentes y evolución normativa”, en **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, N° 23, 2018.

VIRGÓS SORIANO, M., **El trust y el derecho español**, Madrid, 2006.

VOLTERRA, E., **Instituciones de Derecho Privado Romano**, Madrid, 1986.

WEBB, C., AKKOUH, T., **Trusts Law**, Palgrave, 2008.

WEICHTMAN, H., “Supreme Court of Judicature. Court of Appeal. The Queen v. Orton”, en **The American Law Register**, Vol. 28, N° 10, 1880.

WHALEY, M.S., “Common Law Writs”, en **South Carolina Law Review**, Vol. 11, Issue 5, 1959.

WHEELER COOK, W., “The Powers of Courts of Equity. I. "In Rem" and "**In Personam**”, en **Columbia Law Review**, Vol. 15, N° 1, 1915.

WOLFF, J., **Trust, Fiducia and Fiduziarische Treuhand. Historich-rechtsvergleichende Untersuchung mit einer Darstellung des Trust in Schottland sowi des römischen und österreichischen Fideikommiss**. Peter Lang AG, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxells, New York, Oxford, Wien, 2005.

ZARTALLOUDIS, T., “Theories of origin as to the progenitor of the trust”, en **Divus Thomas**, Vol. 115, N° 2, 2012.

Submetido em: 27 abr. 2022.

Aceito em: 27 dez. 2022.