

SUSY INÉS BELLO KNOLL

susybelloknoll@gmail.com

EL FIDEICOMISO PÚBLICO

Prólogo de
Ricardo Rivero Ortega

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11

PRIMERA PARTE EL FIDEICOMISO

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PANORÁMICA GENERAL

1.1. NORMATIVA SOBRE FIDUCIA EN EL DERECHO ROMANO	22
1.1.1. <i>Fideicommissum</i>	22
1.1.2. La fiducia.....	28
1.1.3. <i>Pactum fiduciae</i>	32
1.2. ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL <i>TRUST</i>	33
1.2.1. El <i>trust</i> en el Derecho anglosajón.....	33
1.2.2. El <i>trust</i> angloamericano	41
1.2.3. Legislaciones civiles continentales frente al <i>trust</i>	44
1.2.4. Convenio de La Haya de 1985 sobre ley aplicable al <i>trust</i>	54
1.2.5. El fideicomiso en la legislación latinoamericana.....	56
1.3. EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	58

CAPÍTULO 2

CONCEPTO DE FIDEICOMISO Y CARACTERES

2.1. NOCIÓN GENERAL.....	71
2.2. ELEMENTOS ESENCIALES	74

	Pág.
2.2.1. Sujetos.....	74
2.2.1.1. El fiduciante.....	76
2.2.1.2. El fiduciario	78
2.2.1.2.1. Obligaciones del fiduciario	82
2.2.1.2.2. Derechos del fiduciario	87
2.2.1.3. Beneficiarios.....	87
2.2.2. Objeto y patrimonio fideicomitado.....	89
2.2.3. Fin.....	93
2.2.4. Forma	94
2.3. FINALIZACIÓN DEL FIDEICOMISO.....	96

CAPÍTULO 3

FIGURAS JURÍDICAS SIMILARES AL FIDEICOMISO

3.1. EL CONTRATO	99
3.2. LA FUNDACIÓN.....	101
3.3. EL MANDATO	105
3.4. ESTIPULACIÓN A FAVOR DE UN TERCERO	107
3.5. EL NEGOCIO SIMULADO	108
3.6. EL NEGOCIO FIDUCIARIO	110

CAPÍTULO 4

DISTINTOS TIPOS DE FIDEICOMISOS

4.1. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN.....	117
4.2. FIDEICOMISOS EN GARANTÍA O DE GARANTÍA	120
4.3. FIDEICOMISO FINANCIERO	126

SEGUNDA PARTE

EL FIDEICOMISO PÚBLICO

CAPÍTULO 5

EL ESTADO Y EL FIDEICOMISO: EXPERIENCIAS EN EL MUNDO

5.1. ANTECEDENTES	135
-------------------------	-----

	Pág.
5.2. ALGUNAS EXPERIENCIAS EN EL MUNDO DE APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO PÚBLICO.....	137
5.2.1. México.....	140
5.2.2. Colombia.....	147
5.2.3. Argentina.....	151
5.2.4. Uruguay.....	162

CAPÍTULO 6
NATURALEZA JURÍDICA

6.1. DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA.....	169
6.2. ELEMENTOS ESENCIALES	182
6.2.1. Elementos personales.....	182
6.2.1.1. El Estado como fiduciante o fideicomitente.....	182
6.2.1.2. El fiduciario	186
6.2.1.3. Los beneficiarios.....	193
6.2.2. Elementos reales.....	195
6.2.3. El fin perseguido	202

CAPÍTULO 7
DIFERENCIACIÓN DEL FIDEICOMISO PÚBLICO CON FIGURAS AFINES DEL DERECHO PÚBLICO

7.1. DELEGACIONES.....	209
7.2. LA GESTIÓN INTERESADA.....	215
7.3. LAS PERSONIFICACIONES	221
7.4. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	227

CAPÍTULO 8
RÉGIMEN JURÍDICO

8.1. LA CONSTITUCIÓN DE FIDEICOMISOS PÚBLICOS COMO MANIFESTACIÓN DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA.....	238
8.2. ORGANIZACIÓN INSTRUMENTAL PRIVADA A TRAVÉS DEL FIDEICOMISO PÚBLICO.....	247
8.3. ASPECTOS ESTATUTARIOS.....	254
8.4. EL ENCARGO FIDUCIARIO EN EL FIDEICOMISO-PÚBLICO.....	266

	<u>Pág.</u>
8.5. OBLIGACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE NORMAS DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	274

CAPÍTULO 9

FUNCIONAMIENTO Y CONTROLES DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS

9.1. REVISIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS.....	281
9.2. VENTAJAS Y RIESGOS DE LA UTILIZACIÓN DE ESTA FIGURA....	288
9.3. NECESIDAD DE CONTROL ESPECÍFICO.....	292
CONCLUSIONES	307

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS	315
MONOGRAFÍAS.....	318
PONENCIAS Y REPORTES	319
ARTÍCULOS DE REVISTAS JURÍDICAS.....	320
PRENSA.....	327

PRÓLOGO

El relativo binomio Derecho público-Derecho privado sintetiza las muchas razones de esta obra, tesis de Derecho administrativo escrita y defendida en la Universidad de Salamanca (España) por una mercantilista consagrada en la Universidad Austral (Argentina). Paradójica circunstancia ésta que confirma su triple acierto: el Derecho privado también puede servir para realizar intereses públicos, los mercantilistas necesitan bien conocer el Derecho administrativo y España sigue siendo tan importante para Argentina como la República Austral lo es para la Madre Patria.

Susy Bello Knoll se decidió a ofrecer un tratamiento de la institución del Fideicomiso, ajena a nuestra propia tradición y experiencia normativa, consciente de su importancia y de la necesidad de prevenir algunos excesos. La globalización explica, entre otros fenómenos, la importación de soluciones normativas comparadas, a veces distantes en su razón de ser y tan peligrosas como las especies exóticas trasplantadas que acaban con las autóctonas, devastando ecosistemas hasta su completa adaptación al nuevo entorno natural.

Cuando la Administración abdica de sus propias formas, molesta por ciertas incomodidades, también parece rendirse al novedoso encanto de lo ajeno y cae en la tentación de renunciar a su naturaleza, pagando después las consecuencias los ciudadanos y contribuyentes con sus impuestos. Sobradamente conocidos en Argentina y España son los abusos cometidos por políticos insuficientemente controlados en sus decisiones de gasto público, así como la tendencia a patrimonializar el interés general confundiénolo con el de la familia.

¿Es aceptable el recurso al fideicomiso por el poder público? Podría serlo si, como sucede con la sociedad mercantil o la fundación, se reúne de las debidas garantías, construyéndose normativamente una categoría adecuada con su marco de necesarios controles, precisamente la propuesta planteada y diseñada por Bello Knoll en este trabajo, muestra ejemplar de la preocupación por prevenir los riesgos, probablemente explicable desde su directo conocimiento, toda vez que la realidad argentina actual es un buen campo de pruebas.

No es esta tesis ni la primera ni la última por mí dirigida que aborda directamente problemas de la ingeniería jurídica potencialmente patológica en América. Son ya cerca de veinte, tantas como años de vinculación investigadora constante con

universidades del común Espacio Iberoamericano del Conocimiento. Desde el alma mater a orillas del Tormes no puedo dejar de destacar este dato, difícil de esgrimir en cualquier otra institución sin la proyección de la primera Universidad española.

En ningún caso es mérito mío tal resultado. Que la ya Doctora Bello mantuviera contra todas las dificultades su determinación de graduarse en la Universidad de Salamanca es una expresión mayúscula de su voluntad y confianza —presupuestos ambos tanto del Derecho público como del privado—. Hizo lo que dijo que pensaba hacer —fides, bona fides— y como acompañante suyo en este proceso me siento muy orgulloso del resultado.

Ricardo RIVERO ORTEGA

Catedrático de Derecho Administrativo.
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Salamanca

INTRODUCCIÓN

*La luna ignora que es tranquila y clara
y ni siquiera sabe que es la luna;
la arena que es la arena. No habrá una
cosa que sepa que su forma es rara.*

Jorge Luis BORGES¹

Podemos decir que el fideicomiso es una de las formas más raras del Derecho de todos los tiempos y que a pesar de ello goza de enorme éxito tanto en los países anglosajones a través del *trust* como en los países de tradición civilista² a través de las distintas formas de fiducia y bajo su nombre propio en América Latina.

Esta figura, el fideicomiso, será el objeto de nuestro estudio en este trabajo. Nos proponemos ahondar en él como instrumento del Derecho público. Esa rareza que hemos enunciado nos mueve al análisis particular para encontrar su esencia y utilidad en el ámbito estatal; ya que profusamente ha sido aplicada con éxito en el sector privado y comienza a expandirse la idea de su necesidad en la Administración pública. Sin embargo, advertimos que LUIPOI decía que «un jurista del sistema civilístico que quiera entender los *trusts* debe intentar sumergirse en ellos más de lo que es normalmente necesario de acuerdo a los criterios actuales del Derecho comparado. Debe también realizar esfuerzos inusuales para evitar hacer inmediatas y casi intuitivas comparaciones con instituciones del sistema legal con el cual está familiarizado»³. No nos conmueve saber que deberá ser

¹ J. L. BORGES, de la poesía «De que nada se sabe», *La rosa profunda*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1975.

² J.-Ph. DUNAND, Universidad de Neuchâtel y Lausana, «La fiducia o las fiducias en Derecho suizo: una protección desigual y lagunosa de los patrimonios fiduciarios», en E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El trust en el Derecho civil*, con la colaboración de la Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia; Departamento d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Bosch, Barcelona, 2007, p. 245.

³ J. E. AYUSO y J. M. LEMMA, «El private *trust* angloamericano visto desde el Derecho argentino. Las lecciones de “De Luca” y “Eurnekian”», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2005-C, p. 1131.

grande el esfuerzo para poder contribuir en este aspecto a la ciencia conciliadora del Derecho comparado y particularmente en un área tan sensible de la organización social de una comunidad como es el Derecho administrativo. Ello supone que deberemos necesariamente utilizar la metodología de análisis especializado de los ordenamientos jurídicos donde se ha desarrollado, así como la doctrina y jurisprudencia vinculadas.

Nos ha parecido oportuno y desafiante estudiar una figura desconocida en el Derecho español para el ámbito público, y conscientemente ignorada en el ámbito privado, tan sobrecargada de rémoras históricas que la hacen aparecer como un mecanismo de fraude sucesorio, de inmovilización de patrimonios o perjuicio a terceros. Entendemos que hay que atreverse, como lo hemos hecho, con valentía, a mirar la realidad desde ángulos impensados y hasta inverosímiles, porque resulta la única manera de crecer y de probar que en el Derecho queda espacio para gestar nuevos sueños. La hipótesis inicial de que es posible en el Derecho español reflexionar sobre esta figura sin más límite que la Constitución, que da la pauta del Estado de Derecho querido por la sociedad hispana, nos ha llevado a confirmar ese planteo tal como surge a lo largo del trabajo. Llama la atención que Latinoamérica haya desarrollado tanto la institución en el esquema público sin que España haya tenido demasiado que ver en ello, cuando en realidad la mayoría de la legislación vigente en esos países se ha nutrido de la raíz de las normas forjadas con tesón en los siglos de lucha interior en la península por el reinado de la justicia y la libertad. El atrevimiento de que el Derecho público de las jóvenes naciones americanas llame a la reflexión en España dentro del marco de este instrumento nos ha subyugado. Como MARÍAS, creemos «que España consiste en un riquísimo repertorio de posibilidades, apoyadas en uno de los pasados más interesantes y creadores de la historia»⁴, por lo que estamos convencidos de que nuestras consideraciones no serán despreciadas aunque más no sea para dar nacimiento a nuevos pensamientos. Para ello hemos analizado distintas normativas latinoamericanas que son las más ricas en regulaciones del fideicomiso público, pero, además, en implementación del mismo para distintos propósitos, particularmente en cuestiones financieras y de infraestructura. No hay desarrollo de normativa específica de fideicomiso público en Europa en general, aunque existe en referencia al fideicomiso privado o a la fiducia, como se verá, en varios países de la Unión. Los países anglosajones, con el particular perfil práctico que han desarrollado en sus jurisdicciones, presentan fundamentalmente estructuras privadas fiduciarias y aisladamente públicas, pero sin embargo nos han ayudado a comprender la dinámica de la implementación de la herramienta jurídica en ambos sectores.

Comenzaremos con el estudio del fideicomiso en general, si bien nuestro objeto de estudio será específicamente el *fideicomiso público*, como hemos enunciado. Para llegar a él debemos hacerlo por el atajo de la figura del Derecho privado

⁴ J. MARÍAS, *Tratado sobre la convivencia. Concordancia sin acuerdo*, Martínez Roca, Barcelona, 2000, p. 55.

que ha nutrido al instituto que se yergue en el Derecho público, con presencia incipiente y apenas definida pero con voluntad de mostrar su utilidad y sus diferencias frente a otros institutos más antiguos y probados en el mundo de la Administración pública. Muchas han sido las figuras que desde el Derecho privado se construyeron en el Derecho público casi como propias o por lo menos con características diferenciales que hacen poco reconocible la base original.

El desarrollo de la materia fiduciaria particularmente en el Derecho mercantil ha sido abundante, como también profuso en el Derecho sucesorio, por lo que haremos una tarea de síntesis clara para que la introducción a esta figura no resulte distractiva del objeto del trabajo, pero sí efectiva a los fines de su comprensión.

Especialmente, el análisis de la jurisprudencia de distintos países con relación a estas materias civiles y mercantiles apoyará el esfuerzo de comprensión de la figura base en esta primera parte y ayudará a resolver algunos planteos prácticos. A esta altura ya es indispensable advertir que la teoría iusprivatista no se puede aplicar directamente y sin poner un previo tamiz a la figura utilizada en el ámbito público, pero servirá de guía para su desarrollo, como así para marcar las diferencias que impone como instrumento de política pública.

Haremos las precisiones necesarias para la diferenciación conceptual de los términos *trust*, fiducia y fideicomiso, para concluir que la esencia funcional de todos ellos es similar, lo que nos habilitará a usar estos términos de manera indistinta a los fines del presente trabajo con independencia de las estrictas puntualizaciones que fueren necesarias en cada caso en particular. Por ejemplo, en Québec y Francia se utiliza la expresión *fiducie* en lugar de *trust*, que se usa en los países anglosajones, y en los países latinoamericanos se utiliza la palabra *fideicomiso*, que para los españoles puede ser equívoca, visto que la relacionan con el Derecho sucesorio. Todos estos términos designan un instituto con idéntica estructura e iguales funciones⁵. Recordemos aquí que ya se ha dicho que «la traducción de *trust* por fideicomiso es generalmente aproximativa, ya que en muchas situaciones esos conceptos responden a realidades jurídicas del idioma del que se traduce, que no existen en el sistema jurídico del idioma al que se traduce (...) en síntesis: no nos parece igualmente lícito traducir *data bank* por “banco de datos” que *trusts* por “fideicomisos”, por lo menos hasta que el entorno jurídico de España y América Latina haya modificado radicalmente la institución del fideicomiso»⁶. Los caracteres de esta figura debieron ser analizados en esta primera etapa, como hemos anticipado, desde el ámbito del Derecho privado, donde ha tenido su nacimiento y también fue necesaria la comparación del fideicomiso con otros institutos simi-

⁵ E. ARROYO I AMAYUELAS, «¿Y si universalizamos el *trust*, también en Cataluña?», en E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El trust en el Derecho civil*, con la colaboración de la Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia; Departamento d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Bosch, Barcelona, 2007, p. 461.

⁶ Citando a D. J. DEFERRARI, J. E. AYUSO y J. M. LEMMA, «El private *trust* angloamericano visto desde el Derecho argentino. Las lecciones de “De Luca” y “Eurnekian”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2005-C, p. 1131.

lares para acercar claridad a la comprensión de este fenómeno tanto en el área privada como en la pública.

Uno de los desafíos que enfrentan quienes se atreven a asumir la gestión de la cosa pública es la elección de los instrumentos eficaces para lograr los altos niveles de satisfacción del interés general a los que todos los administradores estatales están llamados. El fideicomiso, con su insólita estructura, resulta ser una herramienta de gestión adecuada y dinámica en el marco de la organización de la Administración pública, para algunas situaciones especiales donde ninguna figura como ella puede otorgar una solución adecuada. Debe valorarse su entidad en un sentido dinámico y como el medio flexible para la instrumentación de una amplia gama de posibilidades de organización y gestión⁷.

La intención de este trabajo es brindar un panorama histórico, teórico y práctico del fideicomiso en el área tanto privada como pública y poner el acento en el análisis de esta última. Dividiremos la tarea en dos grandes espacios. En uno se describirá el instituto en el ámbito privado, como se ha dicho, y en el otro dentro del ámbito público. En la primera parte de esta labor se ha utilizado la técnica de investigación jurídica descriptiva⁸, respetando la secuencia histórica con un foco sobre los elementos relevantes diferenciadores y evolutivos de los distintos regímenes jurídicos detallados. En la segunda parte la metodología de la investigación ha sido realista al partir del análisis de la normativa vigente en distintas jurisdicciones y de su aplicación, así como la existencia de la figura del fideicomiso público de hecho, sin que exista ley alguna que lo autorice expresamente o que delimite las bases de su régimen jurídico o de su aplicación. Hemos tenido en cuenta en esta segunda parte que no basta la presencia de la Administración en cualquier instancia de la generación u operación de un artificio instrumental independiente de ella, como el fideicomiso, para que se produzca la aplicación directa y sin más del Derecho administrativo, aunque la Administración actúe en el ejercicio de sus funciones substanciales, y reclamando además la aplicación del Derecho público que es el que resulta específico de ella. Entendemos que cuando se trata de la actuación de entes distintos de la Administración, pero creados por ella para un fin determinado bajo normas que tienen su génesis en el sector privado, se les aplica el Derecho privado porque es el que regula las relaciones entre los particulares, aunque la Administración pública no será nunca jamás uno de esos sujetos⁹. Este fenómeno es indiscutido cuando además dichas entidades se desprenden jurídicamente de la Administración y habremos de suponer que lo mismo sucedería con el fideicomiso. Ya debemos reconocer que es sumamente difícil establecer un criterio general que determine el régimen jurídico aplicable

⁷ F. JUNYENT BAS y C. A. MOLINA SANDOVAL, «Bases para una reforma del régimen del fideicomiso a propósito de la necesidad de su inscripción», *Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina*, t. 2007-C, pp. 782-790.

⁸ J. P. BOHOSLAVSKY, *Créditos abusivos*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 42.

⁹ M. REBOLLO PUIG, «Derecho de la Administración pública y Derecho Administrativo», *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 2, 2000, p. 249.

en estos casos, especialmente si no se encuentran involucradas potestades públicas y sólo se perciben a priori datos concretos de la realidad que podrían hacer suponer cuestiones públicas. Aquí entendemos que el poder público no sólo debe limitarse a aplicar las normas jurídicas de Derecho público o privado para las que entiende se encuentra habilitado, sino que debe además analizar los efectos de la aplicación de algunas de estas reglas que podrían resultar ilícitas¹⁰, excesivas o inapropiadas en ciertas circunstancias y que llevarían a la distorsión de la base legítima del fideicomiso como instituto jurídico. Las conclusiones nos llevarán a desarrollar un esquema específico del fideicomiso público utilizado por la Administración, fundado en nociones iusprivatistas que se reconvierten para crear una categoría distinta del fideicomiso sólo aplicable en el espacio público.

Se advierte que a través del tiempo se han rechazado nuevas figuras que originadas en el Derecho privado luego se aplican al Derecho público por la simple razón de que lo que no se conoce genera una natural desconfianza. De allí que su rechazo prematuro no es más que lógico por ello mismo y trataremos aquí de vencerlo. «Hay que estar persuadido de que no se tiene nunca toda la razón, de que los demás tienen alguna, y hay que dársela; pero no hay que darles la que no tienen»¹¹. Siempre existió el paradigma de la contraposición de intereses para la construcción de las instituciones jurídicas, tanto en el Derecho público como en el Derecho privado. Precisamente de esta contraposición ha resultado una jerarquización rigurosa que conlleva una dificultad de entendimiento y adaptación de instituciones jurídicas cuando ellas han nacido en el seno de un Derecho, como sucede en este caso el Derecho privado, para luego desplazarse hacia otro, como en este caso hacia el Derecho administrativo¹². Esta estricta categorización no ha contribuido a validar conceptos en otras cuestiones y menos en el tema que nos ocupa. Por ello, en la primera parte nos remontaremos a sus orígenes romanos y luego recalaremos en el *trust* anglosajón para analizar las influencias de estos antecedentes en las legislaciones continentales y latinoamericanas. Sabemos que el Derecho romano tiene una historia de desarrollo de más de doce siglos¹³, por lo que ese largo proceso de evolución nos permitirá fijar las bases para el análisis de esta figura jurídica que, en Roma, tomaba la forma de un fenómeno social basado en la lealtad de la palabra empeñada¹⁴. Así fue receptada por los distintos sistemas legales y, en particular, en Inglaterra con el aporte sustancial de la *Court*

¹⁰ A. NIETO, «La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo», *RAP, Revista de Administración pública*, núm. 76, 1976, p. 18.

¹¹ J. MARÍAS, *Tratado sobre la convivencia. Concordancia sin acuerdo*, Martínez Roca, Barcelona, 2000, p. 98.

¹² L. MORELL OCAÑA y A. RUIZ OJEDA, Capítulo séptimo: «La técnica fundaciones como instrumento de gestión administrativa en el Derecho público», en A. RUIZ OJEDA (coord.), *Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal, contable, con Anexo de legislación estatal y autonómica*, Civitas, Madrid, 1999, p. 231.

¹³ S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 2.

¹⁴ S. CÁMARA LAPUENTE, «Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXV, septiembre-octubre 1999, núm. 654, p. 1767.

of *Chancery of England*, que desarrolló la figura durante cinco centurias (1386-1882)¹⁵, por lo que resulta importante su estudio considerando que el *trust* forma parte de la vida común de un ciudadano inglés en la actualidad, en sus distintos CAMPOS de aplicación como la planificación del patrimonio familiar, la beneficencia, el estímulo de las ciencias y las artes, el apoyo de las decisiones de las cortes y los negocios, entre otros¹⁶. La figura del fideicomiso ha acompañado al hombre jurídico siempre como elemento de solución de cuestiones cotidianas, tanto simples como complejas, y así lo veremos.

Como hemos dicho, nos valdremos del estudio comparativo de diversas legislaciones, pero fundamentalmente de institutos similares al fideicomiso; y a pesar de que estamos convencidos de que cuando se comparan distintas figuras jurídicas se rechaza inmediatamente su equiparación¹⁷, superaremos esta circunstancia para destacar los rasgos esenciales del instituto, que nos habrá de conducir a describir su contenido sustancial y así arribar a su concepción propia en el sector público, que es el central objeto de estudio en este trabajo. Además, con la conceptualización y deslinde del instituto en la primera parte podremos determinar los distintos tipos, clases o modalidades de fideicomisos que se deducen de sus distintas aplicaciones en la práctica negocial y por ende aplicables en algunos casos en el ámbito de la Administración pública y su actuación en el mercado.

En la segunda parte centraremos nuestra referencia al fideicomiso en su desarrollo en el ámbito público, que es el corazón de nuestra investigación. En esta sección es donde más profunda se ha hecho la reflexión para que el aporte científico sea válido. Nos hemos encontrado aquí con encrucijadas interesantes, donde los caminos concurrentes nos han obligado a tomar uno y defenderlo como el más apto para una propuesta armónica. El esfuerzo se ha centrado en tutelar la correcta aplicación de la figura de modo de contribuir a garantizar la confianza en las herramientas públicas¹⁸.

En los países de tradición civilista donde se ha desarrollado la figura del fideicomiso público, se ha adoptado básicamente un instituto alejado del concepto del *trust* y de la fiducia que conserva algunas de sus características y esencias pero más cercanas conceptualmente al fideicomiso de Derecho privado de los países latinoamericanos. En esta segunda parte determinaremos su naturaleza jurídica, las reglas específicas que deben regirlo y su diferencia con otras figuras afines del ámbito público, para determinar la propia utilidad del fideicomiso en

¹⁵ Material del Curso de la Prof. L. S. MCGOUGH, *The American Law Of Trusts*, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University, LSU, cursado en abril-mayo 2005.

¹⁶ S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 23.

¹⁷ Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Trust y Derecho de Sucesiones», en E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El trust en el Derecho civil*, con la colaboración de la Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia; Departamento d'Innovació, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Bosch, Barcelona, 2007, p. 74.

¹⁸ T. CHIMINAZZO, *Etica ed Economia: L'utopia deviene realtà*, FrancoAngeli, Milano, Italia, 2002, p. 113.

el seno de la Administración. Esta utilidad no será despreciable, como veremos, y como todos sabemos no será tampoco la primera vez que se produce un trasvasamiento desde el Derecho privado para que el nacimiento de reglas públicas que hagan más ágil y eficiente la gestión del Estado en favor de los ciudadanos. Para determinar el régimen jurídico del fideicomiso público se hace necesario el estudio del mismo como manifestación de la potestad organizatoria y en ese contexto como un instrumento privado apto para su fin específico de bien común. Aquí no entraremos en el debate profundo de la opción institucional, que no es sólo organizativa, pero tendremos en mira que la potestad organizativa no sólo se ejerce creando órganos, sino que apostaremos a un criterio más amplio que incluya una perspectiva superadora. En suma, un instrumento para lograr el interés general que se suma a muchos otros ya experimentados en la gestión de la cosa pública. Por último, luego de las experiencias habidas en el mundo, se abordará un capítulo referido al funcionamiento y control del fideicomiso público donde primeramente se establecerá la necesidad de la fiscalización, la obligación del cumplimiento de las normas de procedimiento administrativo y la sujeción a controles específicos. Luego de analizar las ventajas y desventajas de esta figura en el ámbito estatal y determinar la necesidad de su constitución, en algunos casos nos detendremos para darle a este trabajo un espacio de reflexión, dejando otros temas para las próximas investigaciones que nos esperan. Recordamos que Miguel DE UNAMUNO nos decía «mira que es largo el camino y corto, muy corto, el tiempo, parar en cada posada, no podemos»¹⁹. Advertiremos que el análisis de algunas cuestiones tendrá el mérito innegable de ayudar a tomar conciencia de la necesidad de producir una teoría clara sobre el fideicomiso público, que pueda contribuir a mejorar la normativa existente en distintas jurisdicciones y a los legisladores de aquellas latitudes que no se han atrevido a incorporar el fideicomiso a su plexo legal, pueden así advertir su utilidad desde la experiencia recogida en la aldea global, especialmente en los momentos de crisis económicas y financieras como los que hoy atraviesa Europa y España en particular²⁰. La Exposición de Motivos de la ley de fideicomiso francesa del 19 de febrero de 2007 manifiesta la necesidad de responder al hecho de la generalización de este instrumento jurídico, que desde China a Uruguay, pasando por Japón, Filipinas y quince países latinoamericanos²¹, han regulado por ley o incorporado por vía jurisprudencial²². Llegaremos así a las conclusiones que intentan ser un aporte válido especialmente para los países donde el instituto del fideicomiso no se conoce, no se aplica o es ignorado como en el caso de España. Nos hacemos responsables de los errores que podamos haber cometido en el afán de encontrar una respuesta a cada pregunta y en el atrevimiento quizás temerario de ensayar definiciones y teorías sobre

¹⁹ M. DE UNAMUNO, *Poesías escogidas*, Losada, Buenos Aires, 2ª ed., 1972.

²⁰ S. LISOPRAWSKI y J. M. DEL SEL, «Responsabilidad del Developer en el fideicomiso inmobiliario», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, pp. 652-667.

²¹ Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Uruguay, Perú y Venezuela.

²² C. M. KIPER y S. LISOPRAWSKI, «La ley francesa de fideicomiso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2007-F, p. 984.

las distintas cuestiones analizadas. «El mar es muy grande y el bote es pequeño y difícil de ver», le hacía decir HEMINGWAY²³ al viejo mientras éste notaba lo agradable que era tener a alguien con quien hablar en vez de hablar sólo consigo mismo y con el mar. Para nosotros éste ha sido un largo camino de conversaciones con los directores del trabajo, el entorno académico y conmigo misma que pretende arribar a una sincera contribución científica que siembre una semilla de reflexión, otorgue una nueva mirada o un nuevo significado²⁴ para la comunidad jurídica acerca de un instrumento que sintetiza un binomio público y privado tal como algunos conceptos novedosos en el Derecho europeo, como las colaboraciones público-privadas (CPP)²⁵, aún poco desarrolladas pero que despiertan expectativas y entusiasmos a veces desmedidos²⁶.

Sólo nos queda apelar a la doctora de la Iglesia, SANTA TERESA, para que la lectura de este trabajo no os turbe u os espante y que con paciencia alcancéis amablemente el final del texto²⁷.

²³ E. HEMINGWAY, *El viejo y el mar*, traducción de Lino Novas Calvo autorizada por el autor, Colección Literaria Universal, Editores Mexicanos Unidos, México, 1976, p. 121.

²⁴ T. CHIMINAZZO, *Ética ed Economía: L'utopia deviene realtà*, FrancoAngeli, Milano, Italia, 2002, p. 119.

²⁵ A. M^a JUAN LOZANO y J. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídicos-financieros*, prólogo de Ignacio Bayón Maríné, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, p. 10.

²⁶ S. LISOPRAWSKI y E. E. MARTORELL, *El fideicomiso financiero —a la argentina— ante el «chubasco» nacional e internacional (validez del famoso cuento de «El Rey desnudo»)*, El Derecho, Buenos Aires, Argentina, miércoles 27 de mayo de 2009, p. 6.

²⁷ SANTA TERESA, *Obras completas*, preparada por T. Álvarez, 7^a ed., Monte Carmelo, Burgos, 1994, p. 1994, donde se recuerda que esta letrilla denominada «Nada te turbe» la llevaba la Santa consigo en su breviario al morir en Alba de Tormes en el año 1582, doce años después de su llegada a Salamanca para la fundación del monasterio de San José el 31 de octubre de 1570 (p. 950 de la obra citada). Existe una extensa glosa poética de esta letrilla y no hay indicios de que también esa glosa encontrada sea de la Santa.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PANORÁMICA GENERAL

SUMARIO: 1.1. NORMATIVA SOBRE FIDUCIA EN EL DERECHO ROMANO: 1.1.1. Fideicommissum. 1.1.2. La fiducia. 1.1.3. *Pactum fiduciae*.—1.2. ANÁLISIS DE LA FIGURA DEL TRUST: 1.2.1. El trust en el Derecho anglosajón. 1.2.2. El trust angloamericano. 1.2.3. Legislaciones civiles continentales frente al trust. 1.2.4. Convenio de La Haya de 1985 sobre ley aplicable al trust. 1.2.5. El fideicomiso en la legislación latinoamericana.—1.3. EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Realizaremos aquí un somero análisis del fideicomiso, a través del tiempo, en el pensamiento jurídico y en las distintas legislaciones. Cada paso nos irá ampliando la visión de esta figura jurídica que ha sido utilizada y abandonada con frecuencia en la historia del Derecho por distintos pueblos, como hemos podido apreciar en la investigación.

Consideramos que el análisis de la utilización de la figura en la práctica, las discusiones doctrinarias y principalmente el intercambio de opiniones que se produce cuando se realiza el procedimiento necesario para la aprobación de nuevas legislaciones o sus modificaciones ayudan a entender las aristas de las instituciones jurídicas empleadas en cada circunstancia histórica y la razón que les anima. Recurriremos en muchos casos a estas útiles herramientas para ahondar en cada uno de los puntos a tratar.

Entendemos necesario este recorrido en el tiempo y en el espacio como un mecanismo vital para obtener conclusiones razonables. Como se observará, diversas son las denominaciones adoptadas, distintas las definiciones y los usos de la figura del fideicomiso, por lo que se hace indispensable bucear en las aguas profundas de este incógnito mar. Sin duda a través de los fundamentos históricos se comprenderá su esencia¹, que se proyectará en su aplicación efectiva.

Hemos apreciado a lo largo de este estudio que se trata de una institución controvertida, mas no abandonada sino recreada en distintas circunstancias para

¹ J. BARBIERI, «El fideicomiso desde sus orígenes hasta el Derecho actual», *Revista Impuestos*, Buenos Aires, t. 2000-A, p. 1350.

traer soluciones y certezas a problemas de implementación de negocios jurídicos².

1.1. NORMATIVA SOBRE FIDUCIA EN EL DERECHO ROMANO

Pareciera que la figura ha surgido por primera vez en Roma en el período arcaico de la monarquía absoluta que concluye con la publicación de las XII Tablas, alrededor del año 450 a. C., y se continuó usando en la República hasta la fundación del Imperio con Augusto en el año 27 a. C. con franca evolución hasta la muerte de Justiniano en el año 565 d. C.³. En la época post clásica no tiene ya aplicación; y los compiladores sustituyen sistemáticamente este contrato por la prenda o hipoteca o por el depósito o el comodato como veremos más adelante⁴.

En el Derecho romano se reconocían dos formas básicas relacionadas con el tema: el fideicomiso y la fiducia. El primero era de fuente testamentaria⁵ y el segundo era de fuente contractual, pudiendo tratarse en este caso de una fiducia *cum amico* o de una fiducia *cum creditore*⁶. La fiducia *cum amico* es más antigua que la fiducia *cum creditore*⁷. La primera también se denominaba fiducia pura o fiducia-gestión y la segunda fiducia-garantía⁸. Nos detendremos ahora en la profundización de estas formas básicas.

1.1.1. FIDEICOMMISSUM

El *fideicommissum* es un encargo que se hace a una persona en virtud de la confianza o fe que se tiene en ella y que en ese acto se deposita; es, luego, un encargo de fe. En suma, una petición de confianza que el testador encomendaba

² J. M. VILLAGORDOA LOZANO, *Doctrina General del Fideicomiso*, 4ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 103.

³ S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 4.

⁴ M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, 2ª ed., revisada, Dykinson, Madrid, 1984, p. 361.

⁵ *Vid.* 1.1.2.

⁶ C. RAISBERG, «El fideicomiso en garantía frente al concurso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2006-C, pp. 1242-1245.

⁷ M. LÓPEZ PARDIÑAS, en L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (dir. y coord.), «Homenaje a Don Antonio Hernández Gil», vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001. *Trust y Derecho civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*, p. 1548.

⁸ J.-Ph. DUNAND, Universidad de Neuchatel y Lausana, «La fiducia o las fiducias en Derecho suizo: una protección desigual y lagunosa de los patrimonios fiduciarios», en E. ARROYO I AMAYUELAS (dir.), *El trust en el Derecho civil*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia; Departament d'Innovació, Universitat i Empresa, Registradors de Catalunya y Col·legi de Notaris de Catalunya, Bosch, Barcelona, 2007, p. 230.

para después de su muerte a la fidelidad del heredero (*fidei alicuius committere*)⁹. *Fides* alude a «compromiso solemne», «garantía dada», «juramento»; *bona fides* significa «bajo buena garantía». De la misma raíz es el verbo *fido*, *-is*, *-sus*, *-sum*, *-dere*, que significa «confiar», «tener confianza de, o en»; del cual deriva fiducia: «confianza». *Commisum* es sustantivo neutro, que puede traducirse por «empresa», «encargo», «encomienda», y también «cosa confiada» o «secreto». Deriva en forma directa del verbo *committo*, *-mittis*, *-misi*, *-issum*, *-mittere*, que significa «emprender», «encargar», o bien «dar encargo», «entregar». A su vez *committo* es un derivado del verbo *mando*, *-as*, *-aui*, *-atum*, *-are*. *Mandare*, literalmente, significa «poner en mano» (*in manus dare*); también, «confiar», «recomendar», «encomendar», «dar mandato a alguien», «encargar a alguien de anunciar» y «hacer saber algo». Significa, en suma, «a la conciencia fiel»¹⁰. El *fideicommissum* nació como un encargo de liberalidad *mortis causa* sin sanción jurídica y tuvo su origen en las múltiples incapacidades de heredar que consagraba el Derecho romano¹¹ como ser esclavo, soltero o casado sin hijos¹². En el legado el pedido era formal y debía ser hecho con palabras imperativas; mientras que en el fideicomiso era informal e involucraba palabras rogativas: «Te ruego, confío en que, te pido»¹³. Se denominaba *fideicommissum hereditatis*¹⁴ o *universitatis* y tenía por objeto una herencia entera o una cuotaparte de ella¹⁵. Se encomendaba mediante un simple ruego con palabras precativas¹⁶ a la persona que debía recoger los bienes hereditarios para que diera a éstos un destino determinado o ejecutase cualquier otra disposición

⁹ P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, p. 521.

¹⁰ F. R. LENARDON, *Fideicomiso gubernamental*, Osmar D. Buyatti Librería Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 25.

¹¹ S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 11.

¹² C. A. LEMOS POSSO y J. F. MESA SARMIENTO, *Sobre la fiducia*, tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, DC, República de Colombia, 1991, p. 1.

¹³ M. A. AMÉNDOLA, «Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, pp. 952-958.

¹⁴ Según ULPIANO: «*Fideicommissariis hereditatibus: Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fideicommittebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vei quia per ipsius salutem rogatus qui diceretur, aut ob insignem quorurundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere*» («Ha de saberse que en los primeros tiempos eran nulos todos los fideicomisos, porque nadie estaba obligado contra su voluntad a cumplir aquello que se le había rogado; pues los que dejaban herencia o legados a quienes no podían —legalmente— dejárselos, se los confiaba a la lealtad de los que podían recibir por testamento; y por eso se llamaban fideicomisos, porque no llevaban en sí vinculo alguno de derecho, sino únicamente la honradez de aquellos que eran rogados. Después, el divino Augusto fue el primero que movido alguna que otra vez por consideración a las personas, o porque alguien se dijese rogado por la salud del mismo (Augusto), o movido por la gran perfidia de algunos, mandó a los cónsules que interpusiesen su autoridad»), conforme indica L. C. ROSENFELD, «Antecedentes históricos del Fideicomiso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1194.

¹⁵ L. C. ROSENFELD, «Antecedentes históricos del Fideicomiso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191.

¹⁶ P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, p. 521.

indicada por el causante. El fideicomiso en ningún caso operaba la transmisión de la propiedad de la cosa dada¹⁷. Entonces, la debilidad jurídica del instituto, proveniente de la falta de acción para exigir su cumplimiento, era superada por las ventajas que concedía su utilización, que principalmente eran dos: 1) la carencia de toda formalidad legal, y 2) la posibilidad de recurrir a este medio para alcanzar fines que de otro modo no se podían obtener¹⁸. Podían ser beneficiarios de un fideicomiso los *peregrini*, hasta que una *oratio* de Adriano lo prohibió y se confiscaron los fideicomisos dejados a extranjeros y a las *personae incertae*¹⁹. Hasta allí podían ser beneficiadas las *personae incertae*, que eran beneficiadas en la aplicación del fideicomiso público. El auge de la figura se debió a la posibilidad de burlar por medio de ella las leyes limitadoras de la capacidad para adquirir por testamento o legado, como era el caso de la prohibición de la *Lex Voconia*²⁰, que impedía a la mujer recibir herencias de personas de la primera clase del censo, o la prohibición de manumitir e instituir heredero al esclavo menor de treinta años^{21, 22}.

Para ULPIANO: *Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur, nec ex rigore iuris civiles proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis* «Fideicomiso es lo dejado, no con las palabras que determina el *ius civile*, sino rogando, y no tiene su origen en el rigor del *ius civile*, sino que es dado por la voluntad del que lo deja»²³.

El *fideicommissum* era utilizado para actos *mortis causa*; en cambio la fiducia para actos entre vivos. El causante realizaba un determinado acto jurídico, sin estar previsto ello en su testamento para eludir las múltiples incapacidades hereditarias que contenía el Derecho romano, como hemos indicado. Este acto se denominaba *codicilo* y era un instrumento desprovisto de formalidades que podía redactarse al margen del testamento y que tenía por objeto añadirle ciertas disposiciones particulares²⁴. Se podía hallar contenido en cualquier palabra incluso en griego y hasta podía ser constituido, en cualquiera de sus formas, mediante un simple gesto o indicación²⁵. Por ese acto jurídico el causante disponía la entrega de un bien a un tercero, para que éste lo entregara al verdadero destinatario. Este acto estaba fuera de la tutela legal, depositándose toda la confianza en la buena fe de la persona designada para cumplir el encargo. A este tipo de disposición se la denominaba

¹⁷ L. C. ROSENFELD, «Antecedentes históricos del Fideicomiso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1192.

¹⁸ Mencionando a ERNOUT y MEILLET, *Dictionnaire Etymologique de la langue latine (Histoires des mots)*, Klincksieck, Paris; J. BARBIERI, «El fideicomiso desde sus orígenes hasta el Derecho actual», *Revista Impuestos*, Buenos Aires, t. 2000-A, p. 1350.

¹⁹ P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, p. 523.

²⁰ GAYO, II, 226.

²¹ GAYO, II, 276.

²² P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, pp. 522 y 523.

²³ L. C. ROSENFELD, «Antecedentes históricos del Fideicomiso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191.

²⁴ L. C. ROSENFELD, «Antecedentes históricos del Fideicomiso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1192.

²⁵ P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, p. 521.

fideicommissum, al encargado de confianza *fiduciarius* y al beneficiario *fideicommissarius*²⁶. En la época de Augusto el *fideicommissum* no era exigible, porque no nacía de una *obligatio* y por ello no poseía la pertinente *actio*; y precisamente por eso el propio Augusto encomienda a los cónsules intervenir en los litigios relativos a estas figuras para obligar a que se cumplan las promesas²⁷ y entonces el incumplimiento del *pactum fiduciae* se sancionaba como un acto doloso de infidelidad mediante la *actio fiduciae*, cuya condena se refería a todo lo que la *bona fides* negocial exigía e incluso esta condena tenía efecto público infamante y se trataba no de una acción contractual, sino análoga a las *actiones penales in factum*²⁸.

Se conocieron distintas formas de *fideicommissum*, como la pura o simple, la condicional, la particular, la universal y la gradual; aunque se entiende que estas categorías fueron establecidas por los intérpretes del Derecho romano, ya que la única distinción que se encuentra en los textos romanos originales es entre *fideicommissaria haereditas*, que se refería a todo o parte de la herencia, y *fideicommissum singulae rei*, que era aquel en que se dejaban cosas determinadas²⁹. Cuando el encargo o ruego del testador consiste en pedir al heredero que manumitiera a un esclavo, nos encontramos ante el *fideicommissum libertatis*. Así el heredero queda obligado a otorgar la libertad, aunque el esclavo no puede exigir su propia libertad con arreglo al *ius civile*, porque carece de capacidad, pero sí puede hacerlo mediante *cognitio extraordinem* pidiendo al pretor que coaccione al heredero al cumplimiento del fideicomiso. El heredero gravado con el fideicomiso no debe enajenar dicho esclavo, pero si lo hiciera, transmite la obligación de manumitir al adquirente³⁰.

En el último grado de evolución del Derecho romano aparecen las sustituciones fideicomisarias³¹, como la disposición por la cual el autor de la sucesión encarga a su sucesor conservar durante toda su vida los bienes, para transmitirlos al morir a una segunda persona que designa y tuvo su origen en el denominado *fideicommissum* gradual, que se limitó en la época de Justiniano hasta el cuarto grado de sucesión³². La sustitución traducía el deseo del testador de disponer no

²⁶ M. A. CAMERINI, «El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2007-F, p. 998.

²⁷ P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, p. 522. En igual sentido M. LÓPEZ PARDIÑAS, en L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (dir. y coord.), «Homenaje a Don Antonio Hernández Gil», vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001. *Trust y Derecho civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*, p. 1548.

²⁸ C. FUENTESECA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, prólogo de M. ALBALADEJO GARCÍA, 1ª ed., José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 229.

²⁹ S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 13.

³⁰ P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, p. 521 citando el Digesto 30,1: *per omnia exaequa sunt legata fideicommissis*, p. 530.

³¹ Aceptan en su legislación la sustitución fideicomisaria Austria, Suiza, España, Alemania, Francia, Italia, Holanda y Portugal. En el Derecho americano Brasil, Chile, Argentina, Venezuela y Ecuador.

³² S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 13.

solamente su propia sucesión, sino también la de sus sucesores, a veces en una forma indefinida, de generación en generación³³. La sustitución tiene lugar cuando el causante coloca en situación de preferencia a un heredero por sobre otro que legalmente debía ser llamado primero³⁴. Así el fideicomiso testamentario era un medio para realizar un fin ulterior en el cual la transmisión se hace poniendo en cabeza del fiduciario la obligación de cumplir una prestación en beneficio de alguien, previéndose a su término la obligación del fiduciario de transmitir el dominio de los bienes, mientras que la sustitución fideicomisaria era un fideicomiso vinculado con el destino de los bienes al acaecer la muerte del fiduciario gravado, y lo típico es que impone al fiduciario un sucesor³⁵. A las sustituciones fideicomisarias se las denominó fideicomiso de familia, porque se debía conservar la herencia en favor de un miembro de la familia. Cuando el encargo hecho al heredero fiduciario es que éste restituya lo que quede de la herencia, nos hallamos ante el fideicomiso de residuo³⁶.

El *legatum* era distinto que el *fideicommissum*, porque se constituía con expresiones imperativas y dotadas de eficacia civil (*civilia verba*). La diferencia teórica entre ambas figuras subsistió en la época clásica, aunque la pérdida de formalismo de los legados los llevó a un acercamiento a los fideicomisos³⁷. El legado era una disposición formal del testador, ordenada en testamento o codicilo mediante el que se le atribuye a una persona, a cargo del patrimonio hereditario o del propio heredero, un determinado bien, con lo que resultaba ser una sucesión a título singular³⁸.

Como ya indicamos hacia el final de la República romana y comienzos del Imperio se acrecentaron los actos de mala fe y deslealtad de los fiduciarios, y por ello el emperador Augusto sometió el fideicomiso al control jurisdiccional de los cónsules a través de un recurso administrativo^{39/40} por la inexistencia de *actio*, y más tarde a unos pretores especiales (*praetor fideicommissarius*⁴¹) sólo para

³³ L. B. HERNÁNDEZ y S. GARCÍA DE GHIGLINO, «La sustitución fideicomisaria y el fideicomiso testamentario (El Código Civil y la Ley 24.441)», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1997-A, pp. 953-963.

³⁴ M. A. AMÉNDOLA, «Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, p. 952-958.

³⁵ M. A. AMÉNDOLA, «Fideicomiso testamentario: cuestiones controvertidas», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, pp. 952-958.

³⁶ P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, p. 529.

³⁷ P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, p. 521.

³⁸ J. A. TAMAYO ERRASQUIN, *Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, 2007, p. 103.

³⁹ M. A. CAMERINI, «El fideicomiso civil y el fideicomiso financiero», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2007-F, p. 998.

⁴⁰ En el ámbito de una *cognitio* extraordinaria, al margen del *ordo indiciorum*, se daba la *persecutio fideicommissi*, según P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, p. 523.

⁴¹ En la época de Claudio se crearon estos dos pretores especiales, siempre *extraordinem* según L. C. ROSENFELD, «Antecedentes históricos del Fideicomiso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191. En igual sentido, C. A. LEMOS POSSO y J. F. MESA SARMIENTO, *Sobre la fiducia*, tesis

las causas fideicomisarias. Posteriormente la materia vinculada a los fideicomisos se ventilaba ante el prefecto del pretorio y en las provincias ante el gobernador provincial (*praeses provinciae*)⁴².

El senado-consulta Trebeliano⁴³ del 56 d. C. de época de Nerón, estableció la posibilidad del traspaso en bloque del patrimonio de parte del heredero fiduciario al fideicomisario en un acto único de transmisión, por efecto del cual las acciones pasan como útiles al fideicomisario convirtiéndose en acreedor y deudor en sustitución del heredero, y además estableció la eximición de responsabilidad del fiduciario por las deudas de los bienes fideicomitados. Por medio del senado-consulta Pegasiano⁴⁴, de la época de Vespasiano (69 d. C.) mediante la extensión al fideicomiso de la ley Falcidia se acordó como retribución al fiduciario-heredero el cuarto de la herencia^{45, 46}. Este senado consulta, junto con el senado-consulta Trebeliano antes mencionado, permitieron abrir una brecha en el modo rigorista y formal romano para darle al fideicomiso mayor informalidad (siglo I d. C.)⁴⁷. Recordemos aquí que el fideicomiso era un instituto plenamente libre de formas pero, como sucedió con otras figuras, una vez acogida en el seno del ordenamiento por concesión de Augusto, en tiempos de la República, sufrió el acoso por parte de la jurisprudencia a través del tratamiento *extra ordinem* para que se sujetara a determinadas formalidades como el resto de los institutos⁴⁸.

Justiniano⁴⁹ dictó dos constituciones en los años 529 y 531 d. C. que fusionaron el fideicomiso con el instituto del legado, estableciendo expresamente que las

de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, DC, República de Colombia, 1991, p. 1.

⁴² P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, p. 523.

⁴³ El senado-consulta Trebeliano actuó en la época de Nerón y ha dictado estas disposiciones entre los años 56 o 57 d.C., conforme indica L. C. ROSENFELD, «Antecedentes históricos del Fideicomiso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191.

⁴⁴ S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 12.

⁴⁵ A. D'ORS, «Sobre el fideicomiso bancario», *La Ley*, Buenos Aires, t. 1982-A, p. 961 indicado por J. BARBIERI, «El fideicomiso desde sus orígenes hasta el Derecho actual», *Revista Impuestos*, Buenos Aires, t. 2000-A, p. 1350.

⁴⁶ P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, p. 525, indicando que se trata de la *cuarta Pegasiana* que concede al heredero gravado con un fideicomiso la facultad de retener una cuarta parte del patrimonio hereditario que no es más que la extensión del sentido de la *cuarta Falcidia* de los legados a los fideicomisos.

⁴⁷ J. Á. TAMAYO ERRASQUIN, *Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, 2007, p. 99.

⁴⁸ J. Á. TAMAYO ERRASQUIN, *Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Responsa de Q. Cervidius Scaevola*, Universidad del País Vasco, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Vitoria, Gasteiz, 2007, p. 98.

⁴⁹ El Derecho justinianeo que establece los siguientes principios: a) las acciones hereditarias se transfieren al fideicomisario de acuerdo con las normas del senado-consulta Trebeliano y en consecuencia se suprimen las estipulaciones. b) El heredero fiduciario tiene siempre derecho a la cuarta llamada Falcidia, Trebeliana o Pegasiana. c) El fiduciario puede ser obligado judicialmente a aceptar el fideicomiso según L. C. ROSENFELD, «Antecedentes históricos del Fideicomiso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191.

disposiciones de ambos institutos se aplicaran indistintamente, con la salvedad de que si existieran preceptos contradictorios, debían prevalecer las normas del fideicomiso por ser consideradas más humanas y moderadas que las del legado⁵⁰. Esto explica, para algunos autores, que los tratadistas estudiosos del Derecho romano, partiendo del *Corpus Iuris Civilis* sólo se refieran a la aplicación en el ámbito sucesorio del fideicomiso y no a los pactos *cum creditore* y *cum amico* que fueron ignorados en ese cuerpo⁵¹.

Como para buena parte de los institutos del Derecho que hoy conocemos, Roma ha sido la cuna donde se conocieron los primeros arrullos del instituto del fideicomiso y allí ha dejado huellas ciertas de su uso efectivo que ha llegado hasta nuestros días, para servirnos de ejemplo y guía en el estudio jurídico del tema. Debemos recordar aquí el papel central de la doctrina y la literatura jurídica en la Baja Edad Media y en la Edad Moderna, independientemente de la legislación vigente en ese tiempo, que han dado a conocer los detalles de numerosas instituciones romanas del Derecho privado, interpretándolas y adaptándolas a las realidades sociales y económicas de cada momento dando lugar a su reconstrucción fructuosa⁵², como se verá en este capítulo.

1.1.2. LA FIDUCIA

La fiducia romana clásica era un negocio jurídico basado en la «*fides bona*» negocial⁵³. La etimología de la palabra «fiducia» es el vocablo latino *fides*, que significa «fe» o «confianza», que luego resultara el fundamento último de esta figura. Recordemos que la confianza resulta el elemento característico de negocios como el depósito, el mandato y la prenda con desplazamiento⁵⁴, todos estos negocios jurídicos conocidos en el uso cotidiano de las gentes. El incumplimiento daba lugar a una acción, la *actio fiduciae*. Para los romanos obligación y acción son conceptos y realidades inseparables y esta acción entraba en la clasificación cuatripartita de Gayo como dentro de las acciones personales (*in personam*) de buena fe⁵⁵ (*actiones bonae fidei*) que nacen particularmente en el comercio internacional para proteger los contratos del Derecho de gentes que son los tutelados por el pretor peregrino. Se trata de una acción de carácter infamante en cuya

⁵⁰ L. C. ROSENFELD, «Antecedentes históricos del Fideicomiso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191. En igual sentido P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Imprenta E. Sánchez, 1978, p. 521 citando el Digesto 30,1: *per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*.

⁵¹ S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 6.

⁵² F. CUENA BOY, «El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles», Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2004, p. 67.

⁵³ J. DE ARESPOCHAGA, *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 17.

⁵⁴ S. LISOPRAWski, «Fideicomiso: ni ángel ni demonio», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2007-E, p. 1038 y ss.

⁵⁵ Según Gayo, 4.62: «Los juicios de buena fe son éstos: ...el de fiducia...», conforme M. J. GARCÍA GARRIDO, «*Derecho privado romano*», 2ª ed., revisada, Dykinson, Madrid, 1984, p. 353.

fórmula se ordena al juez que compruebe si el demandado ha observado, en la conservación y restitución de la cosa, una conducta conforme a lo que «*entre personas honestas conviene justamente observar y sin defraudación*». El fiduciario probablemente podría servirse de la *actio fidei contraria* para el reembolso de los gastos o impensas realizadas en la cosa de acuerdo a la Sentencia 2.13.7 de Paulo de principios del siglo III⁵⁶.

En síntesis, en la fiducia romana, el «*dominus*» confiaba, es decir, entregaba en confianza, a otro sujeto distinto, un «*usus*» de un bien con un fin de garantía o de protección.

Se trataba de un acto entre vivos, por el cual la persona que transmitía a otra, por *mancipatio*⁵⁷ o por *in iure cessio*⁵⁸, la propiedad de una cosa, agregaba al acto un convenio o pacto especial por el cual el *mancipiolaccipiens* se comprometía a volver a transmitir al *mancipio dans* la cosa o a emplearla en cierto destino cuando se produjera determinada circunstancia prevista por las partes. En el pacto se concretaba el contenido del contrato y el momento y circunstancia de la obligación del fiduciario⁵⁹. A diferencia del *fideicommissum*, que consistía en una transmisión por causa de muerte, el *pactum fiduciae* implicó un acuerdo con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias⁶⁰. De acuerdo con este *pactum*, en caso de fiducia *cum creditore*, se confiaba la cosa al *fiduciarius* para que se beneficiara de ésta, utilizándola e incluso arrendándola y la devolviese al fiduciante si éste pagaba la deuda o bien la vendiese en caso contrario⁶¹.

Existían en general tres sujetos en la relación fiduciaria, aun cuando, en ciertas ocasiones, uno de ellos podía desempeñar un doble papel⁶²: el de *dominus*, receptor de la cosa y beneficiario. La fiducia era un modo de *mancipatio*, por lo

⁵⁶ M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, 2ª ed., revisada, Dykinson, Madrid, 1984, p. 360.

⁵⁷ La *mancipatio* era usada como imaginaria *venditio* y, durante el rito negocial *per aes et libram*, las partes pactaban expresamente que el acreedor (*mancipio accipiens*) volvería a transferir la cosa al deudor (*mancipio dans*) ni bien el mismo hubiese extinguido la deuda. Sólo después se comenzó a hablar por los juristas de un *pactum fiduciae* inserto en el rito negocial *per aes et libram* y, por tanto, el complejo negocio, constituido por la *mancipatio* y el *pactum*, fue llamado *mancipatio fiduciae causa*, según J. H. FACCO, «El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, pp. 609-639.

⁵⁸ La *iure in cessio* era aplicable a la *res mancipi*, pero su uso era menos frecuente que la *mancipatio* por exigir la presencia de un magistrado según S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 4 citando a E. PETIT, *Tratado elemental de Derecho romano*, Porrúa, México, 1995.

⁵⁹ M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, 2ª ed., revisada, Dykinson, Madrid, 1984, p. 359.

⁶⁰ S. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 7.

⁶¹ C. FUENTESECA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, prólogo de M. ALBALADEJO GARCÍA, 1ª ed., José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 229.

⁶² Mencionando el art. 2662 del Código Civil argentino, L. C. ROSENFELD, «Antecedentes históricos del Fideicomiso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191.

que sólo podía utilizarse para transmitir un grupo muy determinado de cosas como los fundos itálicos, los esclavos y los animales de tiro y carga, es decir las llamadas *res Mancipi*. Por lo que al desaparecer esta limitación específica de las cosas objeto de *mancipatio*, la fiducia carecía de objeto y quedó definitivamente abolida por Justiniano.

En la fiducia se producen entonces, en suma, dos negocios jurídicos distintos dentro de uno. Por un lado la obligación personal de confianza y, por otro lado, la transmisión real del bien. Así la fiducia, con estas características básicas, como negocio complejo, llega hasta nuestros días⁶³ con cambios en algunos casos sutiles y en otros muy profundos que la hacen irreconocibles frente a esta génesis romana.

GAYO, en el apartado 2.60, trata de la fiducia a propósito de la *usureceptio* o adquisición de la propiedad del fiduciante que recupera la posesión y la mantiene durante un año al decir: «Como la transmisión de garantías puede ser con un acreedor, en derecho de prenda, o con un amigo para que nuestras cosas estén seguras en su poder, en el caso que se haya acordado la transmisión de garantía con un amigo, evidentemente, la recepción por el uso compete siempre; si, en cambio, ha sido con el acreedor, compete siempre que se haya pagado el dinero; cuando no se ha pagado, compete únicamente si el deudor no la recibió del acreedor en arrendamiento ni se la pidió para poseerla en precario; sólo entonces compete la usucapción lucrativa». También el mismo autor la mencionaba al excluir el hurto en la *usureceptio* y al citar la *actio fiducie* entre las acciones infamantes en la relación de los juicios de buena fe. Los contratos de fiducia aparecen en una tablilla pompeyana del año 61 d. C. y en la llamada *Fórmula Bética* probablemente del siglo II d. C.⁶⁴

La fiducia en Roma presentaba, como ya se ha anticipado, dos modos distintos conforme el fin para el cual se constituía, a saber:

a) Fiducia *cum amico*

Esta fiducia se trataba de la gestión de cosa ajena con las características del mandato⁶⁵. Se trata de la manifestación original de la fiducia y su objeto era poner a resguardo bienes de propiedad de quien los entregara en fiducia. Se celebraba a título no oneroso, en interés del fiduciante y no del fiduciario y se utilizaba generalmente cuando alguien tenía que ausentarse por largo tiempo, sea para acudir a las guerras o permanecer en las colonias del imperio⁶⁶, y en vez de dejar los bienes en mano de un amigo a través de un contrato que le confriere sólo la

⁶³ J. DE ARESACOCHAGA, *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 18.

⁶⁴ M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, 2ª ed., revisada, Dykinson, Madrid, 1984, p. 359.

⁶⁵ M. VIRGOS SORIANO, *El trust y el Derecho español*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, p. 53.

⁶⁶ C. A. LEMOS POSSO y J. F. MESA SARMIENTO, *Sobre la fiducia*, tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Santafé de Bogotá, DC, República de Colombia, 1991, p. 2.

tenencia de los bienes, optaba por transferir los mismos en fiducia para que el amigo gozara de amplias facultades para administrarlos, celebrar contratos con relación a los mismos y defenderlos ante el ataque de terceros⁶⁷. Así tenemos que en la fiducia *cum amico* existe en general una finalidad de guarda⁶⁸. El *pater familiae* encomendaba a un amigo, el *emptor familiae*, no sólo su patrimonio sino su familia entera⁶⁹.

b) Fiducia *cum creditore*⁷⁰

Esta fiducia tenía mayor complejidad que la anterior. Fue un negocio a título o con causa onerosa y el único derecho real de garantía en la época clásica antes de la aparición de la prenda y la hipoteca⁷¹. Se suponía, en fin, el ofrecimiento de una garantía al acreedor⁷². Se trataba de la constitución de un derecho real de garantía a favor del fiduciario⁷³ a través del siguiente procedimiento: se entregaba en confianza un bien de modo que si el deudor pagaba se le restituía el mismo y, en caso contrario, se producía la venta del bien por parte del fiduciario para que el acreedor se cobrara con el producido de esa venta. En un primer momento el deudor careció de acción alguna pero con el transcurso del tiempo se tuvo en cuenta la protección del deudor y se le concedió una acción enderezada a cobrar la diferencia, si lo obtenido con la venta excedía el valor de lo adeudado; pero nunca se le concedió una acción real lo que debilitaba su posición ante el fiduciario⁷⁴.

Más tarde se creyó que la fiducia *cum creditore* había sido sustituida por el «*pignus*»; pero algunos autores han indicado que los glosadores fueron reemplazando en los textos la palabra «*fiducia*» por la palabra «*pignus*» y que esto provocó una irremediable confusión en el estudio de la figura clásica de la fiducia *cum creditore*; por no haber sido adecuada la sustitución de la palabra en la glosa. Pero, en verdad, poco a poco, la prenda y la hipoteca terminaron desplazando a la fiducia *cum creditore*; así como el depósito y el comodato a la fiducia *cum amico*⁷⁵.

⁶⁷ S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 10.

⁶⁸ J. H. FACCO, «El fideicomiso y su modalidad contractual de garantía», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 2008-A, pp. 609-639.

⁶⁹ M. LÓPEZ PARDIÑAS, en L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (dir. y coord.), «Homenaje a Don Antonio Hernández Gil», vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001. *Trust y Derecho civil. Trust y comparecencia ante notario. Bienes inmuebles del trust. Inscripción en el Registro de la Propiedad*, p. 1545.

⁷⁰ También denominada «fiducia cum creditore contracta» por L. C. ROSENFELD, «Antecedentes históricos del Fideicomiso», *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, t. 1998-E, p. 1191.

⁷¹ S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 8.

⁷² J. DE ARESPACOCCHAGA, *El «trust», la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 17.

⁷³ M. VIRGOS SORIANO, *El trust y el Derecho español*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, p. 53.

⁷⁴ S. RODRÍGUEZ AZUERO, *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores, Colombia, 2005, p. 10.

⁷⁵ J. BARBIERI, «El fideicomiso desde sus orígenes hasta el Derecho actual», *Revista Impuestos*, Buenos Aires, t. 2000-A, p. 1350.