

# Fideicomiso, metamorfosis proteica de un instituto jurídico. Una mirada diacrónica<sup>112</sup>

Néstor U. Careaga

## Resumen

*El fideicomiso, producto de una larga evolución en el derecho anglosajón, aparece en algunos ordenamientos de la familia jurídica romano-germánica en función de las necesidades de la vida económica. El trust originario se transforma y adapta, en una verdadera metamorfosis. La recepción del instituto por la legislación oriental sigue el mismo patrón de respuesta a la coyuntura.*

## Sumario

1. INTRODUCCIÓN. 2. ORÍGENES. 3. METAMORFOSIS JURÍDICA.
4. LA RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ORIENTAL.
5. DISCUSIÓN. 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

El fideicomiso, fenómeno de escisión patrimonial canalizado por esquemas jurídicos, es en principio ajeno a nuestro ordenamiento y en general a los sistemas de cuño romanista. Su recepción en el derecho positivo oriental ha sido tardía; la disposición legal que lo introduce y reglamenta data del año 2003.

Es característico del derecho anglosajón y en él confluyen los principales componentes de este: el *Common Law* y la *Equity* (FUENZALIDA, 1963: 3, 5).

112 Trabajo presentado a la LVI Jornada Notarial Uruguaya, «Esc. Ana Olano Füllgraff», Carmelo, 7 al 9 de octubre de 2016.

El derecho romano desconocía en sus orígenes la institución del fideicomiso; «[...] no existiendo sino ciertas figuras que se encuadran dentro del concepto fiduciario [...]» (TERRAZAS PONCE, 1998: 940).

El acercamiento y la intersección de institutos propios de la familia jurídica anglosajona a los ordenamientos de derecho romano-germánico merced a la acción de las fuerzas económicas se ha registrado también en nuestro país; baste pensar en la legislación sobre fundaciones, amén de formas contractuales foráneas de frecuente empleo.

La presente contribución tiene por objeto examinar el instituto del fideicomiso en perspectiva temporal y mostrar cómo una matriz remota de raíces románicas enmarca una forma jurídica de otro sistema.

Así el fideicomiso, que en sus orígenes anglosajones servía a un propósito acotado, reaparece y se transforma —como Proteo— para devenir funcional a las necesidades materiales. En el caso de la familia del derecho romano-germánico, el fideicomiso sufre una metamorfosis y se superpone y eventualmente desplaza a otros institutos, en virtud de su ductilidad.

## 2. ORÍGENES

### Roma

El derecho romano en sus comienzos lo desconoce. Pueden rastrearse figuras que se le aproximan en sede de sucesiones. La *mancipatio familiae*, acto entre vivos que permite proyectar disposiciones de contenido patrimonial para después de la muerte, transfiere propiedad del *mancipium dans* a un individuo, el *familiae emptor*, a quien se instruía respecto del destino de los bienes. De esa manera se logró sortear el carácter arcaico y público del *testamentum*, fuertemente cargado de aspectos religiosos, y disponer de un instrumento estrictamente patrimonial y privado (TERRAZAS PONCE, 1998: 941-942). Se trataba de un negocio de confianza; la voluntad del disponente quedaba librada a la *fides* del *familiae emptor*.<sup>113</sup> Este sería el titular y distribuidor del patrimonio transferido; no era heredero, pero quedaba *in heredis loco*, en lugar del heredero, para cumplir las instrucciones del *mancipium dans* (TERRAZAS PONCE, 1998: 943).

El acto en cuestión contenía pedidos —*rogationes*— al adquirente respecto del destino de los bienes; se encomendaba a la *fides* de un tercero la ejecución de la última voluntad, *fidei committere* (TERRAZAS PONCE, 1998: 948). Esta institución de confianza, mero deber moral, llegó a tener carácter jurídicamente vinculante en tiempo de Augusto (TERRAZAS PONCE, 1998: 950).

113 Este personaje es en rigor el comprador del patrimonio. *Familia* en la antigua Roma era el patrimonio, dado que los individuos sujetos a la potestad del *pater* eran también de su propiedad.

Apareció una acción legal para respaldarla: la *actio fiduciae* (MOLINA SANDOVAL, 2009: 9).

## Derecho anglosajón

De una realidad económica diferente, apareció un instituto que sería la matriz del *trust*, el fideicomiso actual.

En la Inglaterra medieval surgió la práctica de transferencia del dominio por parte del propietario de una tierra a otra persona que se denominaba *feoffee to use*. Las partes convenían que, si bien el cesionario sería el dueño legítimo del raíz, un tercero, que recibía la denominación de *cestui que use*, tendría el derecho de gozar de las prerrogativas de un *verus dominus* (FUENZALIDA, 1963: 17).

El instituto del *use* pronto mostró utilidad para soslayar una prohibición legal. La acumulación de tierras por corporaciones eclesiásticas llevaba a la inmovilización de la propiedad —mano muerta—, por lo cual se aprobaron leyes —los *statutes of mortmain*— que declaraban nulas las enajenaciones a aquellas corporaciones.

Se diseñó entonces un dispositivo de evasión mediante el *use*. La propiedad se traspasaba a un tercero, el *feoffee to use*, en exclusivo beneficio de la Iglesia, que devenía *cestui que use*; en términos actuales, el beneficiario.

Con el fin de combatir esta evasión, el rey Enrique IV promulgó una ley por cuyo ministerio el beneficiario se consideraba propietario. Ergo, las iglesias que intervenían en el negocio estaban alcanzadas por la nulidad (FUENZALIDA, 1963: 18, 19).

Un aspecto que debe tenerse en vista al examinar el origen es el hecho de que el derecho anglosajón, por razones históricas cuyo análisis está fuera de los límites de esta contribución, tiene dos componentes, a saber: el *Common Law* y la *Equity*. Estos componentes aparecen en el instituto. El fideicomisario, *trustee*, proviene del *Common Law*, y el beneficiario, en un momento denominado *cestui qui trust*,<sup>114</sup> de la *Equity* (FERNÁNDEZ FORMIGO, 2008: 13). Es este uno de los puntos que provocan dificultades en la comprensión y eventual recepción del fideicomiso en los ordenamientos del derecho romano-germánico: «...el desdoblamiento de la propiedad entre la *Legal Property* del *Trustee* y la *Equitable Property* del *Beneficiary*» (FELIÚ REY, 2014: 228; cursivas del autor).

### 3. METAMORFOSIS JURÍDICA

Los efectos de la Revolución industrial desplegaron nuevas fuerzas económicas, marcaron notoriamente la evolución histórica del Reino Unido y de

114 La mixtura del francés normando y de la lengua sajona local producida luego de la invasión de Guillermo el Conquistador informa hasta hoy la lengua inglesa y muy particularmente el inglés jurídico.

los Estados Unidos de América y generaron condiciones materiales en las cuales el *trust* se revelaba funcional a una dinámica de los negocios que implicaba el empleo de importantes dotaciones de capital.

El antiguo *trust* se transformó; en realidad, sufrió una verdadera metamorfosis de la cual emergió el llamado *business trust*, presente en los desarrollos jurisprudenciales inglés y estadounidense (FELIÚ REY, 2014: 209).

En un escenario de progresiva penetración de los esquemas del *Common Law* en los ordenamientos del derecho romano-germánico, no podía pasar inadvertida la utilidad del *trust* como instrumento jurídico idóneo para la dinámica de negocios impulsada por el desarrollo de las fuerzas productivas.

Así se verifica una asimilación *de iure* del instituto a los ordenamientos jurídicos nacionales, adaptada a sus particularidades y, además, una asimilación *de facto* con la aparición «de estructuras jurídicas asimiladas» (FELIÚ REY, 2014: 215).

La idoneidad instrumental del instituto llamó la atención de los juristas iberoamericanos en forma relativamente temprana y hubo una primera aproximación a su recepción legislativa (FUENZALIDA, 1963: 4).

Si bien no era posible su trasposición *in toto*, se evidenció la tendencia a crear en el derecho positivo una figura nueva encuadrada en el sistema romanista. Así se registran las primeras apariciones de especies semejantes: una ley de 1925 en Panamá; México recoge disposiciones análogas en 1926, Puerto Rico en 1928, El Salvador en 1937, Venezuela en 1956, entre otros (FUENZALIDA, 1963: 111, 112).

#### 4. LA RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ORIENTAL

Nuestro derecho recoge la figura mediante la ley 17703, de 27 de octubre de 2003. Parece importante detenerse en el año de promulgación, en virtud de las razones coyunturales que incidieron en este desarrollo legislativo. El país estaba saliendo de grave crisis financiera; era menester recuperar la confianza y reactivar la inversión (ALTERWAIN BLUMENFELD, 2004: 2).

El análisis de las disposiciones legales es ajeno a los objetivos de este trabajo. Corresponde sí mencionar la matriz normativa del instituto en la variante que adopta en nuestro ordenamiento. Así, el art. 1.º de la ley citada reza:

El fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario.

El artículo que define al instituto es contentivo de multiplicidad de aplicaciones que muestran su versatilidad.

La metodología empleada en la incorporación de la figura a nuestro derecho sigue el camino de la adaptación, utilizando herramientas del derecho continental. No se llega a la conformación de dos derechos de dominio sobre el mismo bien, de fuente diferente y con sujeto diferente. Se llega a una suerte de síntesis, con la idea de patrimonio de afectación con propósito específico (AYUL TOMA, 2015: 15).

De ahí que no sea descaminado adscribir al fideicomiso un carácter proteico, dado que a partir de una definición legal genérica puede adaptarse a numerosos objetivos negociales, demostrando su funcionalidad. En este sentido depone lo expresado por CAFFERA (2003: 36), en cuanto la ley recurre al concepto genérico de negocio jurídico para «lograr un punto de apoyo único desde donde construir toda la regulación del fideicomiso». El autor referido agrega que el fideicomiso «puede ser inter vivos, contrato o mortis causa y negocio no contractual unilateral Fideicomiso Financiero de Oferta Pública».

La mencionada expresión empleada por la ley es un indicador de naturaleza multiforme. No es ajena a esta última característica la raíz doble del fideicomiso, y doblemente doble, si se permite esta expresión peregrina. El *trust* anglosajón reconoce la génesis dual en el *Common Law* y en la *Equity*, y el derecho romano también contemplaba el *dominium ex iure quiritium*, esto es, el dominio con arreglo al derecho originario de la antigua Roma y la *propiedad bonitaria* o pretoriana (FERNÁNDEZ FORMIGO, 2008: 37). Esta se originaba en el derecho creado por los edictos del pretor, que mitigaban el rigor de la antigua normativa a fin de facilitar las transacciones requeridas por la vida económica. El empleo de las formas solemnes de enajenación se constituía en traba para el comercio, que comenzó a desplazar a la vida agrícola primitiva (HUVELIN, 1973: 208, 211).

## 5. DISCUSIÓN

Criatura bifronte, como el dios Jano, el fideicomiso emerge de la intersección de dos familias jurídicas diferentes y con modalidades también diversas. Esa aparición no es azarosa o fruto de capricho legislativo.

Es la dinámica de la actividad económica o, en otros términos, son las condiciones materiales las que determinan la aparición y en algunos casos la mutación o incluso la extinción de las entidades jurídicas. Es importante a este respecto la visión diacrónica, que permite apreciar cómo la evolución de aquellas condiciones materiales hace a su vez evolucionar a los ordenamientos jurídicos.

De lo expresado fluye que *la regulación jurídica es función de la evolución de la realidad económica y acompaña sus transformaciones*.

Articulando esto último con la concepción aristotélica de materia y forma, la *materia* está constituida por los hechos de producción y distribución de bienes y servicios, en tanto que la *forma* consiste en las construcciones jurídicas que los recogen y convierten en elementos operativos. En nues-

tro caso se verificó realmente una *metamorfosis*: un antiguo instituto se transformó y devino adaptado a otras condiciones del entorno, tal como sucede con numerosas especies animales.

El fenómeno de la creciente interdependencia del mundo, designado con el trillado término *globalización*, muestra la difusión de formas contractuales propias de los ordenamientos de países del *Common Law*: *franchising*, *leasing*, *factoring*, *i.a.* (GROISMAN, 2001: 208). Estas figuras responden a las necesidades de los centros principales de comercio y, a medida que su actividad se expande, han menester los carriles jurídicos por los que aquella discurre.

El escribano *qua* principal operador jurídico —nada menos que el agente que da forma a las expresiones de voluntad de los actores económicos y los cubre con la seguridad jurídica proveniente de la fe pública de la que está investido— dispone de un instrumental conceptual que le permite aprehender las entidades que aparecen como resultado de una realidad en rápido cambio y reconducirlas al sistema jurídico en el que se espera que produzcan sus efectos.

El fideicomiso es una de estas entidades y, más allá de cuestionamientos doctrinarios, parece importante destacar lo afirmado por AYUL TOMA (2015: 15):

La experiencia ha revelado que el fideicomiso representa un extraordinario mecanismo de reasignación de los riesgos del mercado, permitiendo blindar determinados bienes y derechos, a los efectos de aplicarlos a una finalidad negocial específica.

En una coyuntura signada por creciente incertidumbre y por incremento de los riesgos, el fideicomiso se muestra como instrumento útil en la perpetua búsqueda de seguridad. Una vez más, la figura del escribano cobra innegable trascendencia social en este escenario.

## 6. CONCLUSIONES

1. El fideicomiso es en principio ajeno a la familia del derecho romano-germánico y fue desconocido en las primeras etapas del desarrollo jurídico romano, si bien pueden rastrearse figuras semejantes en sede de sucesiones.
2. En el derecho anglosajón, producto de circunstancias económicas diferentes, surgió un instituto que sería la matriz del actual *trust*.
3. Dicho instituto muestra origen doble, idiosincrásico del desarrollo jurídico inglés. Por un lado el *Common Law* y por otro la *Equity*. Esa naturaleza dual generó un fenómeno de desdoblamiento de la propiedad, con las especies *Legal property* y *Equitable property*, que marcaría la evolución del instituto.
4. El desarrollo de las fuerzas productivas emanado de la Revolución industrial, con primera incidencia en el Reino Unido y en los Esta-

- dos Unidos de América, tuvo entre sus consecuencias la necesidad de importantes dotaciones de capital y la figura del *trust* se reveló funcional a ese objetivo.
5. Esa idoneidad instrumental lo hizo visible entre los juristas iberoamericanos y se dio una recepción relativamente temprana en algunos ordenamientos.
  6. La aparición del fideicomiso en Uruguay se produjo en 2003 y no es ajena a la grave crisis financiera que el país había sufrido a comienzos del tercer milenio.
  7. La idoneidad del fideicomiso se revela en un escenario de creciente incertidumbre e incremento del riesgo.
  8. En este escenario, la figura del escribano como dador de seguridad jurídica cobra indudable trascendencia social.

## **Bibliografía**

- ALTERWAIN BLUMENFELD, S. (2004). «Fideicomiso». VII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur. Montevideo, 5 al 7 de agosto de 2004.
- AYUL TOMA, Z. (2015). «La ley uruguaya de fideicomiso. Una herramienta jurídica valiosa». En Miguel TOMÉ (coord.). *El derecho entre dos siglos. Estudios conmemorativos de los 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. T. II, pp. 13-31.
- CAFFERA, G. (2003). *El contrato de fideicomiso, análisis de la ley uruguaya 17703*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.
- FELIÚ REY, M. (2014). «La penetración del trust en el sector económico y sus consecuencias». *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 11, pp. 203-233.
- FERNÁNDEZ FORMIGO, G. (2008). *Estudio sobre el fideicomiso*. 2.ª ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- FUENZALIDA, S. (1963). *El trust o fideicomiso angloamericano y sus adaptaciones latinoamericanas*. Valparaíso: Escuela de Derecho de Valparaíso.
- GROISMAN, C. (2001). «Economía y derecho». *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*. T. 87 (7-12), pp. 207-209.
- HUVELIN, P. (1973). *Derecho romano* (trad. de Mireya Argelarguet Nunes). Tomo II. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, reimpr.
- MOLINA SANDOVAL, C. (con la colaboración de Verónica MARLA) (2009). *El fideicomiso en la dinámica mercantil*. Buenos Aires: Euros.
- TERRAZAS PONCE, J. (1998). «Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso». *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25, n.º 4, pp. 939-952.