

Perspectivas jurídicas romanas de *Cy-près*
en la órbita del *stare decisis* del *Common Law*
Angloamericano

Juridical roman perspectives of *Cy-près*
in the orbit of the *stare decisis* of the Common
Anglo-American law

RESUMEN

El trabajo de investigación pretende hacer un análisis de las raíces y las perspectivas romanas de Cy-près, así como su proyección al ámbito histórico y jurídico procesal de Equity y el Common Law angloamericano actual.

PALABRAS CLAVE

Cy-près, Derecho Romano, Equity, Stare decisis, Common Law.

ABSTRACT

The research tries to do an analysis of Cy-près's Roman roots and his projection to the procedural historical and juridical area of the Equity and the Anglo-American current Common Law.

KEYWORDS

Cy-près, Roman Law, Equity, Stare decisis, Common Law.

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1 *Cy-près*. 2. Perspectiva de los antecedentes históricos y jurídicos procesales de *Cy-près* en Inglaterra. 3. Perspectiva de los antecedentes históricos y jurídicos procesales de *Cy-près* en los Estados Unidos. 3.1 *Cy-près* como doctrina legislativa civil codificada: el caso especial de Puerto Rico. 4. Raíces romanas de *Cy-près* (Introducción). 4.1 Soportes históricos y jurídicos romanos clásicos de *Cy-près*. 4.1.1 Actividades jurídicas fundacionales clásicas con fines filantrópicos privados. 4.1.2 Actividades jurídicas fundacionales privadas clásicas con fines filantrópicos públicos, soportes de *Cy-près*. 4.2 Evolución de la filantropía clásica hacia el nuevo mundo de la caridad cristiana. 4.3 Sustratos históricos y jurídicos romanos posclásicos y justinianos de *Cy-près*. 5. Consideraciones finales.

SUMMARY: 1. Introduction. 1.1 *Cy-près*. 2. Historical perspective of procedural and legal history of *Cy-près* in England. 3. Historical perspective of procedural and legal history of *Cy-près* in the United States. 3.1 *Cy-près* doctrine as codified civil legislation: the special case of Puerto Rico. 4. Roman roots *cy-près* (Introduction). 4.1 Historical and legal Roman classics *Cy-près* 4.1.1 Legal activities foundational classic private philanthropic purposes 4.1.2 Private foundation classical legal activities with public philanthropic purposes, supports *Cy-près*. 4.2 Evolution of classical philanthropy to the new world of Christian charity. 4.3 Historical and post-classical Roman legal substrates and *Cy-près* Justinian. 5. Final considerations.

1. INTRODUCCIÓN

Las inquietudes filantrópicas del hombre son muy antiguas. En la civilización griega y, posteriormente, en la civilización romana son constatables numerosas actividades fundacionales públicas y privadas. El amor a los hombres es un sentimiento que ha guiado el corazón y la mente de muchas personas. La necesidad, connatural al ser humano, de perpetuarse en una vida ultraterrena, el deseo de la consecución de una gloria inmortal e, incluso, de una fama perenne, llevaron a muchos hombres y mujeres a desprenderse de parte de sus patrimonios privados y a entregarlos, mediante un testamento, una donación, un legado, o bien un fideicomiso a grupos o colectivos variados de personas para el cumplimiento perpetuo de fines unilaterales filantrópicos, bien civiles, bien religiosos, bien de caridad públicos, sin ánimo de lucro. Sin embargo, en algunas ocasiones, el fin fundacional primigenio establecido por los instituyentes podía frustrarse por defectos jurídicos iniciales que hubiesen repercutido en los títulos civiles que posibilitaban la liberalidad. En otras ocasiones, una insuficiencia patrimonial podía hacer impracticable el fin primigenio. Incluso una mala administración de los gestores de la fundación podía hacer antieconómico el

cumplimiento de la ley filantrópica establecida. Además, la voluntad inicial del fundador podía frustrarse por inconveniencia, imposibilidad, así como por una posible indeterminación, o falta de concreción efectiva de los objetivos de la fundación.

Para evitar la falta de equidad que supondría no respetar ni cumplir las voluntades unilaterales fundacionales de los instituyentes, la jurisprudencia clásica romana estableció la posibilidad de hallar soluciones jurídicas para revitalizar las fundaciones filantrópicas colectivas que corrían el riesgo de fenecer. Posibilidad que, en el siglo IV d. C., con la irrupción del Cristianismo como religión oficial del Imperio (Edicto de Milán 313 d. C.), será adoptada por el derecho postclásico del Bajo Imperio. En los siglos posteriores, fruto de la actividad legislativa del emperador Justiniano, «*cy-près* romana» será ampliada a diversos supuestos y quedará definitivamente establecida. Así, en el contexto histórico del siglo VI d. C., los juristas bizantinos acogieron, por causas de equidad jurídica cristiana, algunas medidas restauradoras de las fundaciones. El emperador Justiniano, mediante algunas constituciones legislativas, permitió que los administradores de los patrimonios fundacionales y los tribunales pudiesen reescribir y dar una nueva vida a algunas liberalidades y voluntades unilaterales, siempre que estas últimas hubiesen sido establecidas por los ciudadanos para el beneficio de fines filantrópicos colectivos perpetuos, o de causas pías. Algunos siglos después, estas soluciones jurídicas fueron ligadas, «por el pie del Lord Chancellor,» a las entrañas *the cy-près-charity trust*, en la sede de *Court of Equity*.

1.1 *CY-PRÈS*

Como punto de partida, ¿qué es *Cy-près*?

Desde su óptica etimológica, que surge del francés normando medieval, *Cy-près* es una expresión que significa «*cy pres comme possible*¹», «as near as possible²», «lo más próximo a³», o bien «lo más cercano como sea posible⁴».

Desde su óptica jurídica, *Cy-près* es un «poder restaurador de una corte judicial». En algunas ocasiones y por algunas causas, esta potestad permite a un tribunal reescribir una voluntad, e incluso crear un nuevo fin filantrópico fundacional público, o de caridad colectiva, lo más cercano posible a la intención original del instituyente. Así, por ejemplo, en el año 2002, la Corte de Apelación del Octavo Circuito de los Estados Unidos aplicó *Cy-près*, en un proceso

¹ GERONIME, L. J., «The Cy Pres Doctrine in Wisconsin», en *Marquette Law Review*, n. 49. (1965), pp. 397-388.

² *Airline Ticket Commission Antitrust Litigation* (U. S. Court of Appeals, Eighth Circuit), *Travel Network (others), Plaintiff/Appellee, American Society of Travel Agents, Plaintiff/Appellant, National Association for Public Interest Law, Intervenor on Appeal, v. United Airlines; American Airlines, Inc, Continental Airlines, Inc; (others), Defendants*, 02-1639. Decided: October 4, 2002.

³ REDISH M. H., JULIAN P. y ZYONTZ S. «Cy Pres Relief and The Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis», en *Florida Law Review*, n. 62, 2010, p. 624.

⁴ REDISH M. H., JULIAN P. y ZYONTZ S. «*Cy Pres Relief and The Pathologies of the Modern Class Action ...*». *cit.*, p. 624.

surgido por el ejercicio de una Class Action, a un supuesto donde «testamentary charitable gifts that would otherwise fail». *Cy-près* es para la Corte de Apelación un remedio judicial (*Cy-près* remedy). Según aquélla, si se constituyeron y existen fondos de caridad en beneficio de un colectivo determinado de personas, y aquéllos no han sido reclamados (unclaimed funds) se debe restaurar la voluntad del fundador: «under *Cy-près*, if the testator had a general charitable intent, the court will look for an alternate recipient (...)»⁵. Este nuevo recipiente (*Cy-près*) debe servir para cumplir un nuevo fin perpetuo de caridad, que debe beneficiar a un colectivo y, además, debe ser lo más cercano posible y acorde con la voluntad inicial del instituyente (fundador primigenio de los fondos de caridad): «will best serve the gift's original purpose»⁶. Para cumplir tal fin, el Alto Tribunal es competente, además, para seleccionar a los beneficiarios y para distribuir la cuantía de los fondos.

De acuerdo con estas premisas jurídicas, *Cy-près* ofrece la posibilidad de gozar de una nueva vida a las fundaciones de caridad o de liberalidad pública colectiva, siempre que por alguna causa no prevista por sus instituyentes, corran el grave peligro de fallar o extinguirse. Así, verbigracia, si un testador ha dejado un legado de cien millones de euros para un Departamento de Derecho Romano de una universidad (X), y esta última no tiene esta área de conocimiento en el momento de la ejecución de la liberalidad fundacional, los tribunales podrían decidir que se transfiriesen esos fondos a otra disciplina jurídica, e incluso a otra universidad que sí la tuviese. Es por ello, que en esta dirección, A. Hudson sostiene que «the *Cy-près* doctrine gives the courts a power to reconstitute the settlor's charitable intentions so as benefit charity if the original purposes cannot be achieved, for whatever reason»⁷. *Cy-près* otorga facultad a los tribunales para reconstituir las intenciones de caridad públicas de los instituyentes de liberalidades de caridad, siempre que sus propósitos originales no puedan ser alcanzados. También, en esta dirección, J. E. Sullivan sostiene que *Cy-près* es una doctrina de preservación del beneficio público⁸. De esta forma, como regla general, una vez que ha sido constituido un *charity trust*, (llamado en algunas ocasiones, según sostienen G. Brown y S. Miers, *public trust*⁹), si se produce un cambio de condiciones que impiden su eficacia y, en consecuencia, el cumplimiento de sus fines unilaterales, el tribunal puede hacer frente a su administración y a la posibilidad de su restauración. Actividades que, en todo caso,

⁵ Airline Ticket Commission Antitrust Litigation (U. S. Court of Appeals, Eighth Circuit), Travel Network (others), Plaintiff/Appellee, American Society of Travel Agents, Plaintiff/Appellant, National Association for Public Interest Law, Intervenor on Appeal, v. United Airlines; American Airlines, Inc, Continental Airlines, Inc; (others), Defendants, 02-1639. Decided: October 4, 2002.

⁶ Airline Ticket Commission Antitrust Litigation (U. S. Court of Appeals, Eighth Circuit), Travel Network (others), Plaintiff/Appellee, American Society of Travel Agents, Plaintiff/Appellant, National Association for Public Interest Law, Intervenor on Appeal, v. United Airlines; American Airlines, Inc, Continental Airlines, Inc; (others), Defendants, 02-1639. Decided: October 4, 2002.

⁷ HUDSON A., «*Equity & Trust*», 1999, 4.ª ed. 2007, London, p. 892.

⁸ SULLIVAN J. E., «*Cy Pres Doctrine in Ohio*», en *Ohio State Law Journal*, vol. 18, n. 2 (1957), p. 196.

⁹ BROWN G., MYERS S., «*Administration of Wills, Trust and States*», Fifth edition, New York 2013, p. 247.

deben estar en sintonía con la voluntad primigenia del instituyente. Es por ello que, *Cy-près* ha sido calificada por algunos juristas del *Common Law* como «doctrined of changed circumstances¹⁰».

2. PERSPECTIVA DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y JURÍDICOS PROCESALES DE *CY-PRÈS* EN INGLATERRA

Los investigadores del Derecho ligan frecuentemente el nacimiento y la formación de *Cy-près* a la jurisdicción medieval del Tribunal de la *Equity*. En concreto, a la actividad jurisdiccional del Lord Chancellor, juez competente para conocer de todos los asuntos eclesiásticos relacionados con *the charity trust*. Aunque, según cree G. Jones, *Cy-près* tiene orígenes oscuros¹¹, es probable que aquella (de raíces jurídicas romanas) comenzase a gestarse durante la Edad Media en Inglaterra, tal vez, como fruto de varias órdenes y disposiciones normativas promulgadas por Guillermo, «el Conquistador¹²». Este monarca favoreció con diversas medidas a los tribunales eclesiásticos, que permitieron su establecimiento definitivo en Inglaterra. Estas cortes canónicas fueron concedoras primigenias de las trazas del Derecho romano cristiano del Bajo imperio¹³ y del Derecho Justiniano, y las primeras jurisdicciones competentes para la resolución de conflictos no sólo en materia criminal (por ejemplo, delitos cometidos frente a los obispos) sino también civil, como asuntos de matrimonio, familia, testamentos y liberalidades jurídicas cristianas constituidas por causas pías *charity-trust*¹⁴.

De esta forma, el poder jurisdiccional de la Iglesia Cristiana se asienta en la Inglaterra de la Alta Edad Media (gracias a los continuos privilegios reales en favor de aquella) y actúa de puente jurídico entre las fundaciones cristianas de la civilización romana postclásica y las liberalidades medievales de caridad de Inglaterra. Esta actividad será fortalecida con la concesión de prebendas que sigue la Corona en la Baja Edad Media. Así, en el siglo XII florecieron los órdenes procedimentales del procedimiento romano canónico que fueron aplicados por los

¹⁰ SARE J., BELKNAP W., LLP T., «Changing Donor-Imposed Restrictions: *Cy Près* and Equitable Deviation», en *Professional Tax & Estate Planning Notes*, (NYCT), New York, June 2013, p. 1.

¹¹ JONES G., «*History of the Law of Charity 1532-1827*», London, 1969, p. 73: «Its origins are obscure».

¹² JENKS E., «*El Derecho Inglés*», trad, 3 ed., Madrid, 1930 pp. 40-43.

¹³ JONES G., «*History of the Law of Charity ...*», *cit.*, pp. 51-59.

¹⁴ RICKETT EDWIN C., «*Caritable Giving in English and Roman Law. A Comparison of Method*», en *Cambridge Law Journal*, n.38, 1 (1979) sostiene que «The ecclesiastical courts of the Middle Ages acquired considerable jurisdiction in respect of gifts and legacies *ad pias causas*». GAUDIOSI M. M. «*Comment: The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case Of Merton College*», 136, *University of Pennsylvania Law Review*. (1988) pp. 1231-1241. BLACKSTONE W. *cit.*, n.º 512. GUERIN-MACMANUS M., «*Conservation Trust Funds*», en *UCLA, Journal Law and Policy*, (2001) n. 20 (1) p. 4. STEPKOWSKY A., «*L'institution du trust dans le système mixte du droit privé écossais*», Varsovie, 2005, pp. 20 -21.

tribunales cristianos del reino anglonormando¹⁵. También en el siglo XIII d. C., el Rey Enrique III siguió favoreciendo a las jurisdicciones de la Iglesia y concedió a estas últimas el monopolio exclusivo sobre las causas testamentarias¹⁶. En este contexto, tal como ha puesto de relieve Bogert, «medieval equity law developed under ecclesiastical influence. Many of the ancient gifts for charity were donations in the aid of religion. It was natural that the clerical judges should struggle to save gifts for the benefit of the religious institutions¹⁷». La Iglesia y sus tribunales tienen el control sobre las donaciones privadas y los patrimonios filantrópicos destinados al cumplimiento de liberalidades permanentes cristianas.

En el siglo XIV y XV d. C., aquella competencia será asumida por el Tribunal Real de Equidad (*Court of Chancery*). Los Cancilleres, jueces de este último tribunal, conocen y adquieren paulatinamente jurisdicción exclusiva sobre materias y causas relacionadas con las voluntades, la administración y los fines fundacionales que surgen de *charities trusts*. En este claustro materno judicial encontrará su alumbramiento *Cy-près*.

En este contexto, se debe poner de relieve que hay varias razones históricas y jurídicas que coadyuvaron a la adopción progresiva de *charity -trust* por *Court of Chancery*:

– Los Cancilleres fueron miembros de las altas esferas de la jerarquía eclesiástica de Inglaterra y expertos juristas del Derecho Romano y del Derecho Canónico¹⁸.

– Los Cancilleres, además, de jueces supremos del Tribunal de la *Equity* (*Court of Chancery*), fueron los guardianes y los ejecutores de la conciencia del Rey en materia de justicia. Así, cuando los tribunales de la Iglesia, o los tribunales del *Common Law* no eran competentes para dar respuestas y soluciones al ciudadano, o las ofrecían de forma incierta o excesivamente rigurosas, el Rey, y, en su nombre, la jurisdicción del Canciller prestaban auxilio y corregían, con apoyo en el pilar sólido de la equidad, los excesos y los defectos de las resoluciones judiciales de aquellas cortes¹⁹. Sobre estos mimbres, el conocimiento jurisdiccional de las causas de *charity trust* por *Court of Chancery* se fortalece paulatinamente. Además, según piensa G. Jones, existió un gran malestar que atenazó a la población por la amplia corrupción que sacudía a los tribunales de la Iglesia²⁰. Es por ello que «not surprisingly complainants turned to the chancellor for help (...)»²¹.

¹⁵ STEIN P. «*El Derecho Romano en la Historia de Europa*», 1.ª edición inglesa 1999 (Cambridge University Press), 1.ª edición en castellano, Madrid, 2001. p.84.

¹⁶ *Ibid. cit.*, p. 5.

¹⁷ Bogert, «*Trust and Trustees*», &393 (2.ª ed. 1964).

¹⁸ STEIN, P., «*El Derecho Romano....*», *cit.*, p. 123.

¹⁹ *Ibid. cit.*, p. 123.

²⁰ JONES G., «*History of the Law of Charity ...*», *cit.*, pp. 5-6: «By the beginning for the fifteenth century, however, the testamentary jurisdiction of the ecclesiastical courts has become unpopular with the laity. Court fees were resented and officials were thought to be corrupt. Complaints are heard about the cost and delay of litigation and the ineffectiveness of ecclesiastical remedies; and many executors and administrators were prepared to bear ecclesiastical censured with equanimity if their dishonesty was likely to be rewarded in this life».

²¹ *Ibid. cit.*, p. 6.

Para hacer frente a estos nuevos problemas, la jurisdicción sobre *charity trust* se fue trasladando progresivamente a la *Court of Chancery*. Tribunal que finalmente pasó a ejercer un monopolio exclusivo sobre *the charity trust*. De esta forma, la jurisdicción del Canciller sobre litigios testamentarios y ejecución de los legados privados de caridad quedó totalmente establecida²².

Desde esta óptica histórica y jurídica, parecen darse ya las condiciones necesarias para que el Tribunal de la *Equity* pudiese haber comenzado las adopciones de los viejos principios jurídicos civiles de equidad romanos, clásicos y posclásicos cristianos, y su aplicación, como *Cy-près*, a algunos supuestos de riesgo que puedan haber atenazado a la vida y eficacia de *charities trusts*. Principios jurídicos de equidad romanos, que fueron filtrados por el ojo del Derecho canónico, fieles protectores de las donaciones con carga modal, de las voluntades testamentarias, de los legados y los fideicomisos instituidos por los ciudadanos con fines filantrópicos colectivos y de caridad. De esta forma, la *Court of Chancery* se desligó del resto de los tribunales de la Iglesia de Inglaterra en el conocimiento de las causas de las liberalidades de caridad (*charities trusts*). En este sentido, M. H. Redish, P. Julian y S. Zyontz sostienen que «trust law's adoption of *Cy-près* is grounded in the relationship between the church and the courts. Following the reformation, charities were controlled by the chancellor²³». Ligadas a *charities trusts*, según J. E. Sullivan: «judicial *Cy-près* was exercised by the Chancellors by virtue of their authority over charitable trust as equity judges²⁴». En dirección complementaria, G. Jones subraya, además, que Lord Chancellor «were anxious to ensure that philanthropy should be encouraged and that the objects of charitable trusts should not be frustrated by the formalism and rigidity of the common law²⁵».

La praxis jurisdiccional hizo germinar las semillas que habían sembrado los tribunales de la Iglesia en materia de control e interpretación de las liberalidades de caridad adoptando el suelo fértil normativo que, siglos antes, ya había sido establecido y enriquecido por el viejo Derecho Romano. Posteriormente, sobre este sustrato jurisdiccional enriquecido, *Court of Equity* gestó el nacimiento judicial de *Cy-près*.

En esta dirección, a lo largo del siglo XVI d. C. la supresión de monasterios por Enrique VIII contribuyó aún más a que los instituyentes destinasen sus patrimonios privados fundacionales a nuevos fines de liberalidad que eran establecidos y permitidos por la Reforma²⁶. La nueva actividad judicial que ejerce en exclusiva la *Court of Chancery* sobre *charities trusts* se intensifica, así como

²² *Ibid.*, cit., p. 6: «and from the beginning of the fifteenth century onwards there is a strasy triple of petitions asking him to compel an ejecutor to carry out a private or charitable legacy. Fifty years latter such petitions are common; and from this date all the latest the Chncellor's testamentary jurisdiction appears to be established».

²³ REDISH M. H., JULIAN P. y ZYONTZ S. «*Cy Pres Relief and The Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis*», en *Florida Law Review*, n. 62, 2010, pp. 630-650.

²⁴ SULLIVAN J. E., cit., p. 197, quien sigue a Scott, «*Trusts*» & 339.1 (2.^a ed. 1956).

²⁵ JONES G., «*History of the Law of Charity...*», cit., p. 59.

²⁶ SARE J., BELKNAP W., LLP T., «*Changing Donor-Imposed Restrictions...*», cit., p.2.

la tecnificación procesal y el desarrollo de su actividad de equidad. Los sucesivos decretos (*decree*) dictados por los Cancilleres ordenando la administración y los fines de caridad fueron consolidando y enriqueciendo el contenido del principio judicial de equidad, *Cy-près*²⁷. En un breve lapso de tiempo, esta nueva actividad jurisdiccional fue reforzada también con la aprobación de dos nuevas leyes de Caridad en Inglaterra: *Charitable Uses Act 1597* (= *Statute of Elizabeth 1597*) y *Charitable Uses Act* (= *Statute of Elizabeth 1601*). En esta última, el concepto de *charity* y sus fines fueron notoriamente ampliados. Este incremento debió tener consecuencias en la actividad hermenéutica jurisdiccional del tribunal de la cancillería, en materia de *charity trust*. Así, según sostiene G. Jones, después de la Reforma, fruto de la Guerra frente a la «Armada Invencible» de España, *charity* deja de ser un fin estrictamente cristiano, y se extiende por la Reina Isabel I a nuevos fines colectivos laicos, que fueron declarados de interés nacional y de interés de Estado tanto para los ciudadanos como para la propia Corona:

«Whereas lands tenements, rents annuities, profits, hereditaments, goods, chattels, Money, and stocks of money, have been heretofore given, limited, appointed, and assigned as well by the Queen's most excellent majesty, and her most noble progenitors, as by sundry other well disposed persons: some for relief of aged, impotent, and poor people, some for maintenance of sick and maimed soldiers and mariners, schools of learning, free schools, and scholars in universities: some for repair of bridges, ports, havens, causeways, churches, sea-banks and highways²⁸.»

La Reina Isabel I quiere fomentar las liberalidades privadas en beneficio del Estado. La pobreza se convirtió en un asunto de interés nacional que trascendía los límites y las fronteras eclesiásticas de causas pías tradicionales (mantenimiento de necesitados por su edad, ciudadanos sin fuerza para trabajar y gente pobre, soldados y marineros, becas para el mantenimiento de estudiantes en las universidades, construcción de escuelas y colegios, así como nuevas obras públicas: puentes, vías, puertos, etc.). Las Comisiones de Caridad, creadas *ad hoc* por los nuevos estatutos legales, adquieren jurisdicción sobre el control y la administración de las donaciones, testamentos y legados patrimoniales filantrópicos, para dar cumplimiento a las viejas y a las nuevas causas y fines píos estatutarios.

A tenor de ambas leyes, en casos de discrepancia de los herederos con los administradores, o con los ejecutores testamentarios de las liberalidades de caridad, las Comisiones eran competentes para someter las controversias «*of charities trusts*» al conocimiento del Lord Chancellor, e, incluso de la Corona. Los estatutos abrieron una nueva vía de control jurídico, en favor (y en el nombre) del Rey, tanto de la administración como de los modos de ejecución de los fines establecidos en aquéllas. Fruto de ello, en el siglo XVII d. C., nace una nueva actividad jurisdiccional, vital y continua, que, a veces ejerce el Lord

²⁷ *Ibid.*, cit., pp. 6-7.

²⁸ *Charitable Uses Act (Preamble)*, 1601.

Chancellor como juez, pero, que sin embargo, en otras ocasiones, (como estableció Lord Nottingham, 1670 d. C.-1680 d. C.) ejerce el Rey como *Pater patriae* (Att.- gen. v. Peacock, 1675²⁹). De esta forma, las donaciones, los legados y los fideicomisos de caridad (*charities trusts*) se administran y fiscalizan por el Canciller. Este último, a veces, actúa como juez supremo de *Court of Chancery*, y, a veces, como ministro del Rey. En este último caso, Lord Chancellor ejecuta las órdenes y la firma de la Corona, es decir, es el guardián y la conciencia del rey. En este sentido, Scott sostiene: «under the prerogative doctrine, the Crown as *parens patriae*, was permitted in certain cases to apply the property for any charitable purpose it might select. The king, in the exercise of this prerogative power, was under no duty, save perhaps moral duty, to consider what would probably have been the wishes of the testator. He would indicate in writing over his signature or sign manual the disposition which he wished to be made of the property, and the Chancellor would thereupon order that disposition to be made³⁰».

En los primeros decenios del siglo xvii d. C., *Cy-près* es en el decir de G. Jones «a sophisticated and mature doctrine³¹». Así, Francis Bacon, quien en este tiempo fue Lord Keeper de la Corona, parece haber dado ya un asentamiento institucional jurisdiccional definitivo a *Cy-près*, en el caso Emmanuel College, Cambridge v. English (1617, cases Temp. Bacon 27, 28³²). Este Lord Chancellor, probablemente por razones de equidad y conciencia³³, decretó a petición de los ejecutores y administradores de un fondo de caridad, variar la voluntad fundacional testamentaria primigenia del disponente. El testador había ordenado a los administradores y ejecutores de su patrimonio de caridad, que entregasen anualmente a dos profesores, de modo individual, diez libras para su mantenimiento. De la misma forma, el testador dispuso que se entregasen cinco libras para cada alumno matriculado en el Emmanuel College, beneficiario de la fundación. Sin embargo, estas cuantías debían ser insuficientes en aquellos tiempos de Inglaterra. Esta circunstancia constituyó un grave inconveniente para el cumplimiento de los fines de caridad. La fundación testamentaria, a juicio de los ejecutores, corría grave peligro, pues según aquéllos era imposible de cumplir. A demanda de los ejecutores testamentarios, Francis Bacon ordenó en su Tribunal el aumento de las cantidades que se debían entregar anualmente a los beneficiarios, y el incremento del número de alumnos favorecidos por la beca anual de estudios. En definitiva, un cambio

²⁹ JONES G., «*History of the Law of Charity ...*», *cit.*, p. 55.

³⁰ SCOTT, «*Scott on trusts*», 2.^a ed., & 399.1 (1956). También Blackstone W. «*Commentaries on the Laws of England*», Oxford, 1765. Libro III, cp. 27: «The king, as *parens patriae*, has the general superintendence of all charities; which he exercises by the keeper of his conscience, the chancellor. And therefore, whenever it is necessary, the attorney general, at the relation of some informant, (who is usually called the relator) files ex officio an information in the court of chancery to have the charity properly established (...)».

³¹ JONES G., «*History of the Law of Charity ...*», *cit.*, p.74.

³² *Ibid. cit.*, p. 74.

³³ KLINCK D. R. «*Conscience, Equity and the Court of Chancery in Early Modern England*», 2010, p. 109.

de los fines de la fundación, que debía de hacerse de acuerdo y lo más cercano posible a la voluntad primigenia de la voluntad del instituyente testador (= *Cy-près*):

«(...) and also that, in that which was necessary to be altered in respect of impossibility and inconvenience as aforesaid, he desired to tie himself to come as near as might be to the will and meaning of the testator in the ordering and disposing thereof³⁴».

Cy-près se enriquecía y maduraba con la resolución de nuevos supuestos judiciales. A la par, *Cy-près* se extendía progresivamente en dos direcciones: bien como un poder del tribunal (*judicial Cy-près*), bien (según cree G. Jones por la sombra alargada del *Exchequer Equity Court*³⁵) como una doctrina que se ejerce y ejecuta en nombre del Rey (*prerogative Cy-près*) por el Canciller³⁶. Requisitos necesarios fueron siempre que the charity trust pudiese fallar por perseguir un fin ilícito, y que el patrimonio fundacional hubiese sido entregado por los trustees para el cumplimiento de fines indefinidos o generales de caridad filantrópica³⁷. Sin embargo, tal como advierten J. Story y W. E Grigsby, hay que saber en que casos se aplica una u otra, es decir, *judicial Cy-près* o *prerogative Cy-près*, puesto que esta distinción ofrece muchas dificultades prácticas: «For, where money has been given to trustees for charity generally, without any objects selected, the charity has sometime been administered by the king, under his sign-manual, and sometimes by the Court of Chancery³⁸».

Con todo, los dos brazos de *Cy-près* quedaron definitivamente establecidos (*settled rule*) por Lord Eldon (Canciller del Tribunal de la Equity en Gran Bretaña, 1801-1805 y 1806-1827), quien distinguió:

a) Si el *settlor* del *trust* ha establecido un propósito general e indefinido de caridad, y no ha fijado ningún objeto particular para tal fin, la Corona dispone y administra el *trust charity by sign-manual*.

b) Si el *settlor* ha establecido un objeto fundacional de caridad general, o particular y específico y ordena la entrega de un patrimonio fundacional de caridad a los *trustees* para que cumplan el fin establecido, es la Corte de la Can-

³⁴ Emmanuel College, Cambridge v. English (1617, cases Temp. Bacon 27, 28).

³⁵ JONES G., «History of the Law of Charity ...», *cit.*, p. 75.

³⁶ *Da Costa v. De Pas* (1754) Eng. Rep. 150. El Rey ordena al Lord Chancellor que los fondos fundacionales sean dirigidos a la enseñanza y a la formación de niños en el Cristianismo. De acuerdo con la doctrina *Cy-près*, el Rey restaura de nuevo la fundación de caridad, pues el fin fundacional primigenio del disponente (la enseñanza e instrucción de los niños en el Judaísmo) había devenido ilícito para los administradores-trustees, en el momento de su aplicación.

³⁷ *Ibid. cit.*, p. 75: «The remaining seventeenth-Century decisions helped to formulate what is now termed prerogative (as distinct from judicial) *Cy-près*».

³⁸ Story J., Grigsby W. E., «Commentaries on Equity Jurisprudence», 1.ª ed, London 1884, reimpr. New Jersey 2006, p. 822 ss.

cillería quien toma sobre sí misma la administración de la liberalidad de caridad y la ejecuta bajo un nuevo esquema.

Cy-près se fue moldeando y enriqueciendo por las cortes judiciales y sus cancilleres con el paso del tiempo. Así Lord Eldon fijó su pensamiento sobre los principios de *Cy-près*, en el caso «*Attorney General v. Whiteley*»: «A case may arise in which the will cannot be obeyed; but then the fund will not go to the heir, upon the principle that an application is to be made as near as may be, growing out of another principle that you are to apply it to the objects if you can³⁹». Según Lord Eldon hay veces que no se puede cumplir con la voluntad unilateral del instituyente. En este caso, el fondo fundacional no debe retornar al heredero, sobre el principio de que debe hacerse una nueva aplicación «as near as may be» (= *Cy-près*), pero superando el principio de que Usted debe aplicar la nueva voluntad unilateral, lo más próxima a la primigenia establecida por el instituyente, a los nuevos fines, sólo si ello fuese posible».

En el último cuarto del siglo XIX d. C., y como consecuencia de la desaparición de la *Court of Chancery*, y la consecuente unificación de la jurisdicción de la *Equity* con los Tribunales del *Common Law* (*Judicature Acts* de 1873-1875), *Cy-près* fue sujeta a lo que G. Jones define, desde la perspectiva del *Common Law*, como «close judicial analysis⁴⁰».

En este nuevo marco de unificación de competencias *Law-Equity*, *Cy-près* fue ampliada por los tribunales del *Common Law*. Estos últimos comenzaron elaborando precedentes que estuvieron relacionados con la necesidad de constatar en cada caso la existencia o no de una voluntad general de caridad en el instituyente del *trust*, como condición *sine qua non* para poder aplicar la doctrina *Cy-près*. Sin embargo, a los efectos de una posible aplicación de *Cy-près*, en otras ocasiones, los tribunales de *Common Law*, fruto de un análisis inductivo exhaustivo de los diferentes casos, abordaron la necesidad de distinguir los vicios iniciales del *trust* de caridad (*initially failed*), que han impedido que este último despliegue y alcance sus objetivos, de las posibles causas que hayan surgido con posterioridad a la fecha de su institución, o incluso después de la entrada en vigor de aquél (*supervening impossibility*)⁴¹. Causas posteriores que, de la misma forma, hayan impedido al *trust* alcanzar los fines filantrópicos de caridad establecidos por la voluntad unilateral del instituyente⁴². Los tribunales del *Common Law* exigen para aplicar *Cy-près* en los supuestos de un *trust* que inicialmente es impracticable (difícil de conseguir los fines instituidos con los medios patrimoniales que establece), o bien imposible de cumplir, que exista una intención general de caridad en el instituyente. Si se cumple este requisito, *Cy-près* puede ser aplicada y el tribunal puede buscar un fin de caridad lo más cercano posible al primigenio establecido. Por el contrario, si el *trust* deviene impracticable o imposible después de la muerte del instituyente, no es

³⁹ LORD ELDON, «*Attorney General v. Whiteley*» (1905), 11 Vessey 241-251.

⁴⁰ JONES G., «*History of the Law of Charity ...*», *cit.*, p. 138.

⁴¹ *Ibid. cit.*, p. 138.

⁴² HUDSON A. *cit.*, p. 847: «The case law itself draw between impossibility of achieving those objectives before the trust came into effect, and impossibility arising at a later date».

considerada por el tribunal la cuestión de cuál fue la intención del *settlor* para que *Cy-près* pueda ser aplicada por el tribunal.⁴³ En definitiva, según sostienen Hambury y Martin, si la propiedad que el donante entrega para fines de caridad, no pueden ser conseguidos de acuerdo con lo establecido por aquél, la cuestión es conocer las posibles causas. El tribunal debe investigar si los motivos no se pueden cumplir porque el trust habría fallado, o bien, si el patrimonio debe ser aplicado, de acuerdo con un esquema realizado por el tribunal, a otros propósitos de caridad, que deben ser los más cercanos posibles a la intención del donante (*judicial Cy-près*)⁴⁴. Además, debemos tener en cuenta que en algunas ocasiones, según advierten Hambury y Martin, «if a gift is to charity but not upon trust, it is disposed of by the Crown under prerogative *Cy-près*»⁴⁵.

Esta actividad de interferencias inductivas dotó a *Cy-près* de una gran fortaleza y de una gran riqueza jurisprudencial. Precedentes de *Cy-près* que han sido recogidos por numerosas sentencias judiciales. Es por ello que, Alastair Hudson piensa que «provides for broader powers to apply property *Cy-près* than were available under the case law»⁴⁶. Vitalidad del *stare decisis* en materia de *Cy-près* que, incluso, fue ampliada en Inglaterra por The Charities Act 1960 (as amended in 1993). La norma concede poderes en favor de la corte y de los Altos Comisionados del Gobierno (*Commissioners*) en materia de *Cy-près*, siempre que haya existido una voluntad o propósito general de caridad en el fundador. Los Comisionados o las cortes fiscalizan y pueden restaurar, mediante *Cy-près*, charities trusts: «if the settlor had a general charitable intention, then the trust property will be applied *Cy-près* under scheme formulated by the Charity Commissioners or the court, i.e. it will be applied to some other charitable purposes as nearly as possible resembling the original purposes»⁴⁷. Si la liberalidad es de caridad, pero no se ha instaurado mediante trust, «it is disposed of by the Crown under prerogative *Cy-près*»⁴⁸. Por su parte, el *Attorney-General* de la Corona vela también por el cumplimiento de la voluntad establecida en los *trusts for charitable purposes*.

Por último, según sostienen Hambury & Martin, existen dudas en los *trust* establecidos sin fines de caridad:

«There is much doubt and uncertainty as to the status and validity of trust for non-charitable purposes-as a trust for the building of a monument or for the maintenance of the testator's horses, dogs, and cats»⁴⁹.

⁴³ HAYTON Y MARSHALL, «*Cases and Commentary on The Law of Trusts*», 9.ª ed., London 1991, pp. 392-393.

⁴⁴ HANBURY & MARTIN, «*Modern Equity*», 1.ª ed. 1935, reimpr. Martin E. J. London, 1993, p. 439.

⁴⁵ *Ibid. cit.*, p. 439: «The distinction is not however always observed».

⁴⁶ HUDSON A. *cit.*, p. 847.

⁴⁷ HAYTON Y MARSHALL, «*Cases and Commentary on The Law of...*», p. 393.

⁴⁸ HANBURY & MARTIN, *cit.*, p. 439. Paice v. Archbishop of Canterbury (1807) 14 Ves. 364.

⁴⁹ HANBURY & MARTIN, *cit.*, p. 47.

3. PERSPECTIVA DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y JURÍDICOS PROCESALES DE CY-PRÈS EN LOS ESTADOS UNIDOS

En lo que concierne a los Estados Unidos, la Revolución Americana de 1776 conoció a los dos brazos jurídicos de Cy-près, que se venían aplicando y desarrollando por las cortes judiciales de Inglaterra: como poder del tribunal de la *Equity* y como prerrogativa de la Corona⁵⁰. En este último sentido, Scott describe a la prerrogativa real Cy-près como un poder de conciencia del rey, quien decide sobre el patrimonio y los fines adecuados de caridad en cada caso. Objetivos filantrópicos públicos que selecciona la Corona, pero que son ejecutados, en el nombre de aquélla, por el Lord Chanciller, quien actúa como ministro real:

«Under the prerogative doctrine, the Crown as parens patriae, was permitted in certain cases to apply the property for any charitable purpose it might select. The King, in the exercise of this prerogative power, was under no duty, save perhaps moral duty, to consider what would probably have been the wishes of the testator. He would indicate in writing over his signature or sign manual the disposition which he wished to be made of the property, and the chancellor would thereupon order that disposition to be made⁵¹».

Esta duplicidad (*judicial Cy-près-prerogative Cy-près*) constituyó un obstáculo inicial para las Cortes de los Estados Unidos. *Cy-près* sufrió dificultades rocosas iniciales de recepción en aquel país. Como advierte L. J. Geronime⁵², en sus inicios existió una confusión en los tribunales sobre su aplicación por la duplicidad de su concepción. *Cy-près* podía ser aceptada como poder de la corte, pero como prerrogativa y orden del Rey encajaba mal con la joven democracia⁵³, la división de poderes y la protección de la propiedad establecidos por la constitución americana de 1787⁵⁴. En este contexto, los tribunales americanos percibían que, ante la falta de precedentes, cambiar los fines de liberalidad de una institución fundacional pública podía constituir un exceso de poder arbitrario. Imparcialidad y arbitrariedad en las que incurrirían aquellas cortes que estuviesen conociendo la posibilidad de modificar un destino filantrópico específico, constituido mediante

⁵⁰ BEISNER J. H., DAVIDSON MILLER J., SCHAWARTZ, «Cy Pres. A Not So Charitable contribution to Class Action Practice», en *U. S. Chamber Institute for Legal Reform*, 2010, p. 4.

⁵¹ SCOTT, «*Scott on Trust*», (2.^a ed. 1956) & 399.1. También, STORY J., GRIGSBY W. E., «*Commentaries on Equity...*», *cit.*, p. 822.

⁵² GERONIME, L. J., «The Cy Pres Doctrine in Wisconsin», en *Marquette Law Review*, n. 49. (1965), p.388.

⁵³ *Ibid. cit.*, p. 388. COUSER R. B., «*Ministry and The American Legal System: A Guide for Clergy, Lay Workers, and Congregations*», Minneapolis, 1993, p. 259.

⁵⁴ SULLIVAN J. E., «*Cy Pres Doctrine in Ohio*», en *Ohio State Law Journal*, vol. 18. n. 2 (1957), pp. 196-197: «This arbitrary prerogative was considered contrary to the American concept of the constitutional guarantee of separation of powers between the executive, legislative and judicial branches as well. As the American reverence for private property rights».

un testamento, o bien mediante un *charity trust*. Además, los instituyentes de *charities trusts* establecían generalmente un número de beneficiarios indefinidos, es decir, colectivos o grupos de personas que, en principio, no eran determinables, o bien no habían sido previamente determinados. Circunstancia que también constituyó otro muro inicial para la admisión jurisdiccional de *Cy-près*⁵⁵.

Con todo, las circunstancias cambiaron casi un siglo después. El gran desarrollo industrial norteamericano del siglo XIX d. C. fue una de las causas principales de un incremento desmesurado de la constitución del número de *charities trusts*. Y, precisamente, lo que antes constituyó un obstáculo para su adopción judicial, después fue el punto de partida para su aceptación. Precisamente, la falta de precedentes judiciales de *Cy-près* posibilitó a la Corte de Massachusetts (caso Edmund Jackson v. Wendell Phillips & others, 1867) reescribir y salvar un fideicomiso de liberalidad filantrópica, aunque no hubiese sido establecido un fin general de liberalidad de caridad por el *settlor*-instituyente. De este modo, se aceptó *Cy-près* por primera vez por una corte de los Estados Unidos. La Corte de Massachusetts fue muy clara respecto a las graves dificultades históricas y jurídicas que había supuesto la aceptación de la doctrina *Cy-près*:

«The question as to the power of the court to execute these trusts cy pres remains. The argument begins with a strong presumption against this doctrine because its administration in England has been notorious for centuries; but by the supreme court of the United States it has been rejected, and it has been administered, as it is believed, in no reported case of authority by the courts of any state. For a century, its existence has been apologized for and lamented by the English courts, and in most American courts it is denied and repudiated⁵⁶».

El objetivo inicial filantrópico del trust fue la creación y divulgación de un sentimiento público frente a la esclavitud. Aunque el fin de caridad devino imposible, la corte aceptó aplicar *Cy-près* y la asumió como precedente y como poder del tribunal. En la fecha de la muerte del *settlor* se había abolido la esclavitud por la Decimotercera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Los herederos pidieron la disolución del trust de caridad. Sin embargo, esta circunstancia no fue suficiente obstáculo para su revocación. La corte decidió restaurar el *trust* de caridad y sustituir su fin primigenio por otro que fuese lo más cercano posible a aquél (= *Cy-près*). El tribunal decidió que los fondos del *trust* fuesen administrados en beneficio de un nuevo fin fundacional: la educación y la protección de los esclavos afroamericanos y de sus descendientes negros, manumitidos. En definitiva, prevaleció *Cy-près*. No sólo como un poder de equidad y salvaguardia de las voluntades, los fondos y los fines fundacionales públicos de liberalidad y caridad, sino también como un poder del tribunal

⁵⁵ CURRERI A. «Charitable Trust-Definitions and History-Purpose-Beneficiaries-Cy Près Doctrine», en *St. John's Law Review*, vol 9 n.º 1 (1934), p. 117.

⁵⁶ Edmund Jackson v. Wendell Phillips & others, Mass. 1867.

eficaz para el amparo de los intereses generales. En el caso *Edmund Jackson v. Wendell Phillips & others*, la promoción de la cultura y la lucha contra la discriminación racial:

«The master accordingly reported that what remained of the fund bequeathed by the fourth article of the will should be «ordered to be paid over to the New England Branch of the Freedmen's Union Commission, to be employed and expended by them in promoting the education, support and interests generally of the freedmen (late slaves) in the States of this Union recently in rebellion.» And this scheme was by the opinion of the whole court accepted and confirmed, modified only by directing the executor to pay the fund to the trustees, to be by them paid over at such times and in such sums as they in their discretion might think fit to the treasurer of the branch commission; and by substituting for the words «recently in rebellion» the words «in which slavery has been abolished, either by the proclamation of the late President Lincoln or the amendment of the Constitution⁵⁷».

De esta forma, el camino tortuoso y difícil de *Cy-près* quedaba expedito en los Estados Unidos. Hoy, *Cy-près* ha sido aceptada en el marco general de públicos-charities trusts. Como regla general, según reporta A. Curreri, para que aquéllos sean considerados válidos por los tribunales americanos es necesario que:

«1) Every such trust carries the implication of public utility in its purpose; 2) The purpose admits of a four-fold classification: a) Religious-trust for the advancement of religion; b) Educational-trusts for the advancement of education; c) Eleemosynary-trusts for the relief of poverty and distress; d) Public-trust for other purposes beneficial to the community and not falling under any of the preceding heads; 3) The beneficiaries must be indefinite, unascertained individuals, whether private persons or otherwise⁵⁸».

Además, el Attorney de cada estado fiscaliza que los trustees cumplan los fines públicos establecidos para propósitos de caridad⁵⁹. Gracias a su intervención se ha creado, además, un rico repertorio de precedentes en la materia.

Cy-près ha sido adoptada también por la mayoría de los tribunales y por los estatutos legales⁶⁰. Así, Restatement (Second) of Trusts & 399 (1958) define *Cy-près* en este sentido:

⁵⁷ *Edmund Jackson v. Wendell Phillips & others*, Mass.1867.

⁵⁸ CURRERI A. *cit.*, p. 117. También E. G. PEARSON, en «Reforming the Reform of the Cy Pres Doctrine: A Proposal to Protect Testator Intent», en *Marquette Law Review*, vol. 90, 2006, p.129 (quien sigue, además a BOGERT GLEASON G. & BOGERT TAYLOR G., «The Law of Trusts and Trustees», 2.^a ed. revisada 1984, pp. 362-363) sostiene que los requerimientos para que «a charitable trust» sean aceptados por los tribunales son: «First, courts require a charitable trust to have an indefinite number of beneficiaries. More precisely, courts require that the beneficiaries of a charitable trust are undefined; a charitable trust may not have specific beneficiaries. Second, the settlor must create a general charitable purpose «.

⁵⁹ BROWN G., MYERS S., «*Administration of Wills, Trust...*», *cit.*, p. 247.

⁶⁰ SULLIVAN J. E., «Cy Pres Doctrine in Ohio», en *Ohio State Law Journal*, vol. 18, n. 2 (1957), p. 198: «Today the judicial Cy-près Doctrine is in force in most American jurisdictions but

«If property is given in trust to be applied to a particular charitable purpose, and it is, or becomes, impossible or impracticable or illegal to carry out the particular purpose, and if the settlor manifested a more general intention to devote the property to charitable purposes, the trust will not fail, but the Court will direct the application of the property to some charitable purpose which falls within the general charitable intention of the settlor».

A tenor del Restatement (Second) of Trusts & 399 (1958), los tribunales han acogido decididamente la doctrina judicial *Cy-près*, siempre que the «settlor manifested a more general intention to devote the property to charitable purposes⁶¹», en los casos de «impossible or impracticable or illegal to carry out the particular purpose⁶²». Las cortes norteamericanas siguen así: a) la hermenéutica en materia de *Cy-près*, que fue establecida por las órdenes (injunctions) y decretos (decree) del Tribunal de la *Equity*, b) los dictados y las prerrogativas de la conciencia de la Corona de los siglos XVI d. C., XVII d. C. y XVIII d. C., c) los precedentes judiciales posteriores del siglo XIX d. C., que fueron creados por los tribunales del *Common Law* de Inglaterra.

Con todo, los tribunales de los Estados Unidos han ido más allá en el conocimiento de *Cy-près*, pues la han extendido a nuevos supuestos del *stare decisis*: *inexpedient*⁶³, *impracticable*⁶⁴, incluso *wastefulness of charity trust*. Mediante ésta última el tribunal puede valorar costes económicos, hacer análisis de eficiencia para evitar restricciones que pueden atenazar a los objetivos de caridad. Medidas que deben estar en sintonía con la primigenia intención del instituyente⁶⁵. Además, los tribunales de la *Equity* han creado una nueva doctrina paralela a *Cy-près* en materia de *trust charity: Equitable deviation*⁶⁶. Mediante esta última, las cortes de equidad pretenden evitar restricciones administrativas y procesales impuestas al instituyente, «rather than restrictions on charitable purposes⁶⁷».

Ampliación competencial de *Cy-près* realizada por los tribunales que, incluso, ha alcanzado a un nuevo marco de procesos judiciales, surgidos al amparo del ejercicio «of The Class Action⁶⁸» (Federal Rule of Civil Procedure 23, 1966). Mediante este procedimiento se puede conseguir la distribución de

there is a lack of uniformity as to extent to which it is applied. In most of the states the doctrine has been affirmed by judicial decision but in some states the doctrine has been legalized by the legislatures».

⁶¹ SARE J., BELKNAP W., LLP T., «Changing Donor-Imposed Restrictions: Cy Près and Equitable Deviation», en *Profesional Tax & Estate Planning Notes*, (NYCT), New York, June 2013, p. 3.

⁶² SARE J., BELKNAP W., LLP T., «*Changing Donor-Imposed Restrictions...*», *cit.*, p. 3.

⁶³ BOGERT, «*Trust and States*», (2.^a ed, 1964) & 431.

⁶⁴ Restatement (Second) of Trusts & 399 (1958).

⁶⁵ SARE J., BELKNAP W., LLP T., «*Changing Donor-Imposed Restrictions...*», *cit.*, p. 3.

⁶⁶ *Ibid. cit.*, pp. 3-6.

⁶⁷ *Ibid. cit.*, p. 3.

⁶⁸ REDISH M. H., JULIAN P. y ZYONTZ S. «*Cy Pres Relief and The Pathologies of the Modern Class Action ...*», *cit.*, pp. 630-650.

fondos, liberalidades filantrópicas y premios de un demandado en favor de colectivos y grupos determinados de personas. Incluso, el tribunal puede distribuir fondos del trust que no fueron reclamados por los beneficiarios⁶⁹. Así, según reporta T. H Frank, *Cy-près* fue conocida por la Corte Suprema de California en un proceso de Class Action en el año 1986:

«Endorsed the use of cy près or «fluid recovery mechanism» in class action settlements in 1986, to distribute proceeds to a next best class of consumers, and many other courts have gradually adopted the procedure⁷⁰».

Este nuevo marco procesal para *Cy-près* puede ser utilizado, según T H. Frank, en tres circunstancias:

- a) There is a fixed settlement fund that exceeds the amount paid out because only a few class members have registered to be claimants.
- b) The court (often at the parties`behest) decides that administering a settlement by paying class members directly would be too expensive.
- c) The parties otherwise agree that a case shall be settled by paying a third party⁷¹».

La viabilidad procesal de *Cy-près settlement*, en el proceso de *Class Action*, ha sido confirmada, además, por la Corte de Apelación del Octavo Circuito de los Estados Unidos (2002):

«Action context, it may be appropriate for a court to use cy-près. In such case, the principles to distribute unclaimed funds. Unclaimed funds should be distributed for a purpose as near as possible to the legitimate objectives underlying the lawsuit, the interest of see in class members, and the interest of those similiary situated⁷²».

En definitiva, la vitalidad de *Cy-près* sigue siendo muy intensa. No en vano, *Cy-près* es, todavía hoy, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, uno de los ejes judiciales protectores de charities trusts y de sus voluntades fundacionales privadas filantrópicas colectivas *mortis causa*. Seguro judicial de equidad, frente a terceros. Poder del tribunal, protector de intenciones y voluntades no

⁶⁹ Airline Ticket Commission Antitrust Litigation (U. S. Court of Appeals, Eighth Circuit), Travel Network (others), Plaintiff/Appellee, American Society of Travel Agents, Plaintiff/Appellant, National Association for Public Interest Law, Intervenor on Appeal, v. United Airlines; American Airlines, Inc, Continental Airlines, Inc; (others), Defendants, 02-1639. Decided: October 4, 2002. Beisner J. H., Davidson Miller J., Schawartz, «*Cy Pres. A Not So Charitable contribution to Class ...*», *cit.*, pp. 7-20. Powel v. Georgia-Pacific Corporation, 119 F.3d703 ((th Cir. 1197).

⁷⁰ FRANK T. H., «Class Action Watch. Cy Pres Settlements», en *Federalist Society*, Washington DC, March 2008, p. 1.

⁷¹ *Ibid. cit.*, p. 1.

⁷² Airline Ticket Commission Antitrust Litigation (U. S. Court of Appeals, Eighth Circuit), Travel Network (others), Plaintiff/Appellee, American Society of Travel Agents, Plaintiff/Appellant, National Association for Public Interest Law, Intervenor on Appeal, v. United Airlines; American Airlines, Inc, Continental Airlines, Inc; (others), Defendants, 02-1639. Decided: October 4, 2002. También, Powell v. Georgia Pacific Corporation, 119 F. 3d. 703 (8th. Cir. 1997).

sólo de caridad religiosa (pobreza, alimentos, educación, sanidad) sino también (fruto de una intensa actividad del *stare decisis*) restauradora de nuevos fines públicos filantrópicos civiles. Si en la Inglaterra de 1767, Lord Chancellor Camden (inspirado, tal vez, en las disposiciones de *Charity Statute*, 1601) estableció que la caridad «is a gift to a general public use⁷³», el Juez Gray sostuvo, en el caso *Edmund Jackson v. Wendell Phillips & others* (Mass. 1867), que «a charity in the legal sense may be more fully defined as a gift, to be applied consistently with existing laws, for the benefit of an indefinite number of persons, either by bringing their minds or hearts under the influence of education or religion, by relieving their bodies from disease, suffering or constraint, by assisting them to establish themselves in life, or by creating and maintaining public buildings or works, or otherwise lessening the burdens of government». Tesis que finalmente fue adoptada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁷⁴.

De acuerdo con estas interpretaciones, la doctrina *Cy-près* ha sido extendida también por los tribunales norteamericanos a nuevos objetivos civiles públicos, como la protección de los derechos civiles y de los derechos humanos (lucha y educación contra el racismo), la creación de becas escolares para los más necesitados⁷⁵, la construcción de universidades y nuevos hospitales, la protección y el desarrollo de la investigación científica (lucha contra el cáncer = *New England Sanitarium v. Inhabitants of Stoneham*, 205 Mass. 335, 342, 91 N. E. 385 (1910)) y de la tecnología⁷⁶. Incluso, al estudio y a la protección del medioambiente. Fines filantrópicos laicos que han sido adoptados como nuevos objetivos, por numerosos precedentes judiciales en materia de *Cy-près*, y que han ampliado, de esta forma, el concepto, los significados y la extensión de *Charity*⁷⁷.

En este contexto, *Cy-près* es, además, hoy un vigilante eficaz y un sagaz protector judicial de equidad de la correcta administración por los trustees de las fundaciones privadas con fines públicos: *charity trust*. Motivos suficientes que explican el éxito vigoroso y la fortaleza actual en numerosos Estados de la Unión, de la doctrina judicial *Cy-près*.

3.1 CY-PRÈS COMO DOCTRINA LEGISLATIVA CIVIL CODIFICADA: EL CASO ESPECIAL DE PUERTO RICO

Puerto Rico es en la actualidad un Estado asociado a los Estados Unidos de América, y, como tal, forma parte de esta nación. Fruto de esta unión, Puerto Rico ha creado y aplica en su ordenamiento jurídico interno un sistema mixto

⁷³ JONES v. Williams (1767).

⁷⁴ U. S. Supreme Court. *Perin v. Carey* 65 U. S. 24 How. 465 465 (1860).

⁷⁵ *Powell v. Georgia Pacific Corporation*, 119 F. 3d. 703 (8th. Cir. 1997).

⁷⁶ BROWN G., MYERS S., «*Administration of Wills, Trust...*», *cit.*, p. 247.

⁷⁷ *Wilson v. First National Bank of Independence*, 164 Iowa 402, 145 N. W., 948, 952 (1914).

de *Common Law* y *Civil Law*⁷⁸. En este contexto jurídico, *Cy-près* ha sido codificada mediante la «Ley de Fideicomisos», (Ley n.º 219 del 31 de Agosto de 2012). Norma que enmienda y se ubica en el marco del Código Civil de Puerto Rico (1930).

Este sistema híbrido ha permitido que la Ley de fideicomisos asimile sin ambages la institución del trust al fideicomiso civil. Así el art. 1.º define el fideicomiso «como un patrimonio autónomo que resulta del acto por el cual el fideicomitente le transfiere bienes o derechos, y que será administrado por el fiduciario para beneficio del fideicomisario o para un fin específico, de acuerdo con las disposiciones del acto constitutivo». Es evidente que el fideicomiso no crea un patrimonio autónomo en los países del *Civil Law*, pero, sin embargo, sí es posible esta naturaleza jurídica, si aquel es concebido como un trust. Óptica jurídica que es adoptada por el sistema civil y el *stare decisis judicial* de Puerto Rico. Así se desprende del art. 2, que prescribe que:

«Los bienes o derechos fideicomitidos constituyen un patrimonio totalmente autónomo y separado de los patrimonios personales del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, que queda afectado al fin particular que se le confiera al momento de la constitución.

Mientras subsista el fideicomiso, este patrimonio queda exento de la acción singular o colectiva de los acreedores del fideicomitente, el fideicomisario y del fiduciario, salvo lo establecido en la Sección Sexta de esta Ley».

Es evidente que el fideicomiso en Puerto Rico es el instrumento jurídico por excelencia para la creación de fundaciones y liberalidades de caridad. Consciente el legislador de esta realidad, ha adoptado *Cy-près* como un derecho legislativo codificado, aplicable por los tribunales estatales del *Common Law*. Es por ello que *Cy-près* se presenta como un auténtico derecho singular (*ius singulare*) respecto a las reglas generales del *Common Law* angloamericano. Aunque en los Estados Unidos existen leyes (Acts) que definen y regulan *Cy-près*, sin embargo, por razones históricas y jurídicas, *Cy-près* es considerado como un poder originario exclusivo de la corte (*judicial Cy-près*). Sólo los tribunales estatales y federales tienen poder para imponerlo, interpretarlo y desarrollarlo. Por el contrario, en Puerto Rico, *Cy-près* es un poder civil que otorga la ley a sus cortes judiciales.

En base a este anclaje civil, el art. 25 la Ley n.º 219 del 2012 define a *Cy-près* como la «facultad para desviarse de los términos del fideicomiso». La ley otorga al fideicomisario, administrador de un fondo fiduciario de caridad, el derecho de solicitar, tanto del Tribunal Supremo del Estado como del resto de sus tribunales competentes, una autorización judicial para desviarse de los fines primigenios establecidos por el instituyente en un fideicomiso (= *charity trust*). Aunque la ley civil crea *Cy-près*, sin embargo, aquélla no establece que el nuevo fin debe ser lo más próximo posible a la voluntad primigenia del instituyente.

Precisa, además, la norma en el art.º 25, cuatro casos (adoptados de supuestos que fueron creados por la jurisprudencia del *stare decisis* del resto de los

⁷⁸ ALISTE SANTOS T., «*Sistema de Common Law*», Unir. (Salamanca, 2013), p. 24. <http://www.juriglobe.ca>

tribunales angloamericanos) en los que el administrador fiduciario de un fondo de caridad puede solicitar a la corte, la doctrina *Cy-près* de desviación de un fideicomiso de caridad:

a) «Si han surgido circunstancias que el fideicomitente desconocía y no previó que hagan que el cumplimiento frustre o menoscabe sustancialmente el logro de los fines del fideicomiso, en cuyo caso, si fuera necesario para llevar a cabo los fines del fideicomiso, el tribunal podrá ordenar o permitir al fiduciario realizar actos no autorizados o prohibidos por los términos del fideicomiso. Pero si el fiduciario conocía o debía haber conocido la existencia de dichas circunstancias, incurrirá en responsabilidad si no solicita del tribunal autorización para incurrir en la desviación».

El fideicomiso puede sufrir vicios civiles, o bien pueden acontecer circunstancias que pueden ser causa de que aquél no pueda desplegar sus efectos inicialmente (= *Cy-près, initially failed*). En estos casos, los administradores, o gestores fiduciarios (= *trustees*) pueden demandar del tribunal la desviación del fin del fideicomiso. El tribunal puede autorizar a los trustees-fiduciarios a realizar actos no autorizados, incluso prohibidos por el fideicomiso, siempre que se realicen para cumplir con los fines colectivos de caridad establecidos por instituyente del fideicomiso. Se presenta la doctrina civil *Cy-près* en Puerto Rico como un poder civil del tribunal, restaurador de fundaciones fideicomisarias de liberalidad pública colectiva. La corte tiene potestad para desviar el fin del fideicomiso inicial, pero tiene que respetar, de la forma más cercana posible, la voluntad inicial fundacional del instituyente.

Si los administradores, o *trustees*, conocen inicialmente las circunstancias que imposibilitan que un *charity trust* cumpla con sus objetivos de beneficencia colectiva, tienen que demandar al tribunal la aplicación de *Cy-près*. En el caso contrario, la norma legal traslada la responsabilidad civil patrimonial, y, en su caso, penal, a aquellos *trustees* fiduciarios que como consecuencia de su omisión, hayan provocado que el fideicomiso de caridad se malogre de modo definitivo.

b) «Por ilegalidad sobrevenida con respecto a algunas de las instrucciones», (= *Cy-près, illegality*).

Este supuesto surge cuando el fin previsto inicialmente en el fideicomiso de liberalidad filantrópica colectiva de caridad no puede producir efectos porque después de la muerte del instituyente aquél es contrario al derecho. Es por ello que, la corte debe buscar un recipiente alternativo para nuevo fin lícito, lo más cercano posible a la voluntad inicial fundacional del fideicomitente.

c) «Por imposibilidad del cumplimiento de alguna instrucción», (= *Cy-près, impracticability, impossibility*).

Este caso nace si los administradores de un fondo fiduciario de caridad intentan ejecutar las disposiciones establecidas por un fideicomiso para cumplir con el fin fundacional previsto, pero la ejecución resulta imposible. Por ejem-

plo, fondos destinados a un hospital que, después de la muerte del fideicomitente, ya no existe. El tribunal puede aplicar *Cy-près* y ordenar que los fondos se destinen a otra clínica o establecimiento dedicado al diagnóstico y tratamiento de enfermos de la misma ciudad. Un subapartado que tendría cabida en la norma es el supuesto de impracticabilidad del fin fundacional. Este último es también una causa de imposibilidad. Se produce, por ejemplo, si un fundador instituyente ha dejado fondos que son muy insuficientes para la construcción de una universidad. En este caso, la corte puede aplicar *Cy-près* y ordenar que esos fondos sean destinados a becas universitarias para los alumnos más necesitados, que estén domiciliados en la misma localidad donde vivió el instituyente fundador.

d) «Si el seguir las instrucciones puede provocar graves daños a los bienes fideicomitidos o los pone en peligro de pérdida o perjuicio» (= *Cy-près wastefulness*).

De acuerdo con este precepto legal, los administradores pueden explorar y valorar distintas alternativas para lograr la viabilidad económica del patrimonio y de los fondos del fideicomiso, para el cumplimiento del fin de caridad. Los gestores, además, pueden apartarse de las instrucciones primigenias contenidas en el fideicomiso para el cumplimiento de sus fines y adoptar todas las medidas económicas necesarias que eviten daños al fondo, incluso su quiebra o ruina. Asegurar, de este modo, su viabilidad, para el cumplimiento del fin primigenio establecido por el fundador.

Por último, en el supuesto que el fideicomiso de caridad no pueda desplegar sus efectos y conseguir sus fines por circunstancias que el fideicomitente desconocía y no previó, que hagan que el cumplimiento frustre o menoscabe sustancialmente el logro de los fines del fideicomiso, los administradores pueden desviarse de los términos establecidos en el fideicomiso de caridad. La cláusula de cierre del art. 25 diseña excepcionalmente a *Cy-près* como una facultad jurídica civil privada, que puede ser aplicada directamente por los administradores fiduciarios en casos de emergencia, o en supuestos en los que aquéllos crean que hay una emergencia. Con todo, la desviación del fin del fideicomiso debe ser autorizado, en último término, por el tribunal.

La norma civil de Puerto Rico constituye a *Cy-près* como un poder del tribunal (*judicial Cy-près*). Este último tiene potestad de restauración y protección de los fondos autónomos de los fideicomisos de caridad y de sus fines. Los tribunales tienen facultad para desviarse de las reglas, términos y fines del fideicomiso primigenio, e incluso, pueden establecer nuevos objetivos fundacionales de caridad, que deben ser los más próximos posibles a la voluntad inicial del filántropo instituyente:

«En el caso del inciso (a) el fiduciario podrá desviarse de los términos del fideicomiso, sin autorización previa del tribunal, en caso de emergencia o en caso que él razonablemente crea que exista una emergencia, siempre que antes de incurrir en la desviación no haya tenido oportunidad de solicitar la autorización del tribunal para ello».

4. RAÍCES ROMANAS DE CY-PRÈS (INTRODUCCIÓN)

En los primeros tiempos de la etapa imperial clásica de Roma, la ratio jurídica de los fideicomisos filantrópicos privados con fines colectivos se fue anclando progresivamente en un molde jurídico triangular compuesto por la voluntad de un fideicomitente y la buena fe de un heredero fiduciario, quien debía actuar, de acuerdo con las instrucciones establecidas por el primero, en el beneficio de un tercero, fideicomisario. A partir de Augusto, esta estructura jurídica triangular fiduciaria fue amparada mediante un proceso *extra ordinem* por los tribunales de los cónsules, los pretores, los prefectos y los jueces imperiales⁷⁹. De forma histórica paralela, este triángulo mágico fideicomisario volverá a surgir en la Inglaterra medieval y conformará de nuevo un triángulo fiduciario, compuesto por un settlor, un trustee y un cestui que trust. Sujetos que permanecerán unidos por variadas relaciones jurídicas fiduciarias, que serán reconocidas y amparadas por el Tribunal de la *Equity* (= *Trust*⁸⁰). Este último constituye una relación jurídica fiduciaria de *Equity*, que todavía hoy es protegida por el *Common Law* angloamericano. Así, del mismo modo que el fideicomiso, en esta relación, el settlor confía en un trustee (propietario legal = legal owner), o varios trustees, para que administren su patrimonio en el beneficio de un tercero (propietario de equidad = cestuis que trust = beneficiario)⁸¹. Los intereses de los beneficiarios pueden ser expresos y estar recogidos por el instrumento creador de *charity trust*, o bien pueden ser implícitos, o, incluso, estar protegidos por la ley⁸².

Prima facie, es fácil constatar que en ambas instituciones (fideicomiso-trust) su núcleo gestor teleológico es siempre el elemento fiduciario. Este último es la espina dorsal que une a los fiduciarios intervinientes. Los trustees deben respeto a la ley unilateral fundacional y a la confianza recibida del settlor instituyente⁸³. En consecuencia, los *trustees* tienen que actuar en beneficio de

⁷⁹ Justiniano, *Inst.* 2.23.1: «*Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod, quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant*».

⁸⁰ JOHNSTON D., «Sucesion», en *The Cambridge Companion to Roman Law*, Cambridge University Press 2015, p. 206, identifica sin ambages el fideicomiso con trust: «The *fideicommissum* or trust was an important alternative to the legacy. It evolved as a legal institution from the beginning of the empire».

⁸¹ STEIN, P., «*El Derecho Romano...*», *cit.*, p. 123.

⁸² Hanbury & Martin, *cit.*, p. 46: «the interest of the beneficiaries will usually be laid down in the instrument creating the trust, but may be implied or imposed by law».

⁸³ *Epitome Ulpiani* XXV.1: «*Fideicommissum est quod non civilibus verbis, sed precativa relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*». Voci P. «Fedecommeso (dir. rom.)», en *ED*. vol. 17, 1968. p.104.

los fideicomisarios, es decir, de los cestuits que trust. Existió un evidente paralelismo entre el fideicomiso y el trust. Este dato apunta a la más que posible existencia de una evolución histórica que propició una conexión muy perceptible entre el fideicomiso clásico romano, instituido para fines colectivos públicos, el fideicomiso romano del Bajo Imperio Romano Cristiano, instituido para causas pías en beneficio de colectivos de personas desamparadas (huérfanos, pobres, ancianos, enfermos, cautivos de guerra, etc.) y las fundaciones medievales privadas de caridad con fines públicos (*charities trusts*) en Inglaterra⁸⁴. Esta correspondencia histórica y jurídica entre ambas instituciones ha sido puesto de relieve, sin ambages, por C. Edwin, quien sostiene, a propósito de los fideicomisos filantrópicos de causas pías romanos, que, «such foundations do not differ much from the fiduciary nature of trustees⁸⁵». Del mismo modo, existió también una evidente continuidad histórica y jurídica de las liberalidades de causas pías en favor de la Iglesia Cristiana romana bizantina, del siglo VI d. C. y VII d. C., con las liberalidades de caridad en favor de la Iglesia cristiana de Inglaterra⁸⁶ (*charities trusts*).

Estos hilos conductores históricos jurídicos que unen al fideicomiso romano con la institución del trust, y a ambos con las liberalidades públicas de caridad sirven para comprender los orígenes y el desarrollo histórico de la doctrina judicial *Cy-près*.

Roma creó el terreno fecundo en el que algunos siglos después, primero los Tribunales del Iglesia (Church's Court) y, posteriormente, los Tribunales de la *Equity* hicieron brotar los primeros tallos de las relaciones jurídicas fiduciarias del trust. A su vez, nacieron las primeras directrices para interpretar las liberalidades colectivas de caridad, que hicieron florecer a *judicial Cy-près*. A ello coadyuvó, según creen M. H. Redish, P. Julian y S. Zyontz, la circunstancia de que «following the reformation, charities were controlled by the Chancellor, who was a legal official deemed heir to ecclesiastical knowledge, including the Roman law that provided for ensuring that charitable trusts do not fail in order to ensure the perpetuation of the testator memory⁸⁷». De esta forma, la actividad hermenéutica de los cancilleres se movía entre el Derecho Romano y el Derecho Canónico, en las causas relacionadas con *charities trusts*. Labor que es puesta de relieve también por P. Stein, quien reporta que los cancilleres utilizaban directamente el Derecho Romano en las cuestiones que surgían a propósito de la administración de los trusts: «Para resolver los deberes de los trustees respecto al uso de los bienes del trust, los cancilleres podían encontrar ayuda en las discusiones del Derecho civil sobre los deberes de los tutores responsables de administrar los bienes de sus pupilos, por debajo de la edad de pubertad. La *Equity* estaba más abierta a la influencia del Derecho Civil que el tradicional

⁸⁴ BLACKSTONE W., «*Commentaries on the Laws of England*», Oxford, 1765 (edición London, 1794), vol II. n. 328.

⁸⁵ RICKETT EDWIN C., «Charitable Giving in English and Roman Law-A Comparison of Method», en *Cambridge Law Journal*, n. 38 (1) 1979, p.119.

⁸⁶ BLACKSTONE W. *cit.*, 328.

⁸⁷ REDISH M. H., JULIAN P. y ZYONTZ S. «*Cy Pres Relief and The Pathologies of the Modern Class Action ...*», *cit.*, p. 626.

*Common Law*⁸⁸». El pie jurisdiccional del Lord Chancellor se asentaba sobre los pilares vigorosos del viejo Derecho Romano. Pie corrector, mediante *equity*, del excesivo rigor del *stare decisis* desarrollado por las cortes del *Common Law*. Encaje que se hizo extensivo a la protección y restauración de charities trusts, mediante *Cy-près*. En este sentido, M. H. Redish, P. Julian y S. Zyontz sostienen que «Cy pres developed originally in the law of trust, where it is deeply rooted⁸⁹»

4.1 SOPORTES HISTÓRICOS Y JURÍDICOS ROMANOS CLÁSICOS DE *CY-PRÈS*

Los ciudadanos constituyeron actividades fundacionales privadas con fines privados de protección familiar y actividades fundacionales privadas con fines colectivos y públicos, en el esplendor de la civilización clásica. En esta dirección, se debe situar aquí el parecer acertado de Antonio Fernández de Buján, quien, incluso, sostiene que ya en los primeros siglos existe una realidad fundacional en Roma⁹⁰.

De acuerdo con esta tesis, debemos distinguir dos tipos de realidades, o actividades fundacionales. Una realidad fundacional privada dirigida a la protección de grupos determinados de personas, o colectivos unidos generalmente por vínculos familiares y religiosos. Y una realidad fundacional privada que fue dirigida a la consecución de fines públicos perpetuos filantrópicos. De esta forma, los ciudadanos que sintieron la necesidad de perpetuar su memoria mediante una actividad fundacional (práctica de carácter consuetudinario, según el parecer de B. Santalucía⁹¹) podían desprenderse de todo o parte de su patrimonio y destinarlo, de forma unilateral, a la consecución de fines no lucrativos perpetuos colectivos, es decir, a la consecución de intereses públicos (construcción y mantenimiento del urbanismo de su ciudad). Del mismo modo, los ciudadanos podían destinar su patrimonio a fundaciones familiares privadas, por ejemplo, la protección, sustento y educación intergeneracional de los más allegados y de sus descendientes. Las fuentes jurídicas clásicas y epigráficas constatan esta doble actividad privada fundacional.

4.1.1 Actividades jurídicas fundacionales clásicas con fines filantrópicos privados

Así, en relación a la constitución de actividades filantrópicas privadas, fue habitual que los ciudadanos romanos recurriesen a la disposición *mortis causa* ofrecida por los fideicomisos de familia con fines de liberalidad. Mediante estos

⁸⁸ STEIN, P., «*El Derecho Romano...*», *cit.*, p. 123.

⁸⁹ REDISH M. H., JULIAN P. y ZYONTZ S. «*Cy Pres Relief and The Pathologies of the Modern Class Action ...*», *cit.*, p.624.

⁹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., «*Derecho Privado Romano*», 8 ed., Iustel, Madrid, 2015, p. 203.

⁹¹ SANTALUCIA B., s.v. *Fondazione* (dir. rom), en ED. vol. 17, 1968, p. 775.

últimos, el disponente pretendía conseguir la protección de su familia, de su patrimonio, y la perpetuación de su memoria, mediante el cumplimiento de un fin, generalmente, de carácter religioso. En este tipo de fideicomisos se observa frecuentemente la preocupación del instituyente por lograr el respeto y el acatamiento de los beneficiarios a su voluntad unilateral. Es por ello que, el fundador solía nombrar segundos beneficiarios sustitutos a otros miembros de la familia, no designados en primer lugar. En defecto de estos últimos, recurre, en ocasiones, al nombramiento de terceros ajenos (por ejemplo, corporaciones municipales) para que garanticen su perpetuidad. Así, en sintonía con lo anterior, *Cervidius Scaevola*, en el libro XVIII *digestorum*, reporta el siguiente supuesto:

«*Codicillis fideicommissa in haec verba dedit: «Libertis libertabusque meis et quos in codicillis manumisi fundum, ubi me humari volui, dari volo, ut qui ab his decesserit, portio eius reliquis adcreseat, ita ut ad novissimum pertineat: post cuius novissimi decessum ad rem publicam Arelatensium pertinere volo. Hoc amplius libertis libertabusque meis habitationes in domo, quamdiu vivant: Pactiae et Trophimae diaetas omnes, quibus uti consuevit: habitet quam domum post mortem eorum ad rem publicam pertinere volo».* Quaesitum est, rei publicae fideicommissum utrum ab herede an a libertis datum sit. Respondit secundum ea quae proponerentur posse ita verba accipi, ut eius legatarii, qui novissimus decederet, fidei commissum videatur. Idem quaesit defunctis quibusdam ex libertis, quibus habitatio relicta erat, an portiones domus, in quibus hi habitaverant, iam ad rem publicam pertineant. Respondit, quoad aliquis eorum vivat, fideicommissum rei publicae non deberi⁹²».

En este texto, *Cervidius Scaevola* aborda el análisis de una actividad privada fundacional familiar. Mediante esta última, el instituyente utiliza fideicomisos codicilares para disponer de su finca (lugar en el que quiere ser enterrado, *ubi me humari volui*) en favor de sus libertos y de otros esclavos manumitidos (*quos in codicillis manumisi fundum*). Según el caso propuesto, los fideicomisarios beneficiarios reciben un predio en condominio y, a la vez, quedan sujetos a la voluntad unilateral del fundador (= ley privada fundacional familiar) que exige el cuidado y la protección de la sepultura de aquél. Además, según *Scaevola*, cuando fallezca el último liberto, la finca pasará a la *rem publicam Arelatensium*: «*post cuius novissimi decessum ad rem publicam Arelatensium pertinere volo*». De la interpretación del fragmento, se puede inferir que una vez que se hiciese impracticable la voluntad fundacional primigenia por falta de beneficiarios, el instituyente quiso que, en el supuesto de ausencia de beneficiarios, la ley fundacional pudiese continuar en vigor mediante la república municipal. La *rem publicam Arelatensium* sería, en último término, la nueva beneficiaria del fideicomiso. De esta manera, esta corporación personificada no solo podía recibir la propiedad del fundo, sino que, además, como nueva fideicomisaria y beneficiaria del patrimonio fundacional, podría seguir dando cumplimiento, de modo perpetuo, al fin religioso unilateral establecido por el fideicomitente. Tal vez, el disponente pensó que de esta forma podía garantizarse una vida eterna

⁹² D.33.2.34. *Scaevola, Libro XVIII Digestorum*.

de ultratumba. El texto viene a poner de relieve, además, la inquietud que atenazaba a los instituyentes romanos, pues necesitaban preservar y perpetuar el patrimonio filantrópico del que se desprendían en beneficio de terceros, recurriendo a la confianza de un ente corporativo personificado.

4.1.2 Actividades jurídicas fundacionales privadas clásicas con fines filantrópicos públicos, soportes de *Cy-près*

También en los primeros siglos del Imperio, fue una práctica reiterada la institución de fundaciones privadas con fines colectivos. En esta dirección, Paulo nos reporta algunos supuestos que constituyeron verdaderas instituciones privadas fundacionales, que fueron realizadas para la consecución de fines públicos perpetuos, sin ánimo de lucro, y que transcendían a la vida del fundador:

«Civitatibus legari potest etiam quod ad honorem ornatumque civitatis pertinet: ad ornatum puta quod ad instruendum forum theatrum stadium legatum fuerit: ad honorem puta quod ad munus edendum venationemve ludos scenicos ludos circenses relictum fuerit aut quod ad divisionem singulorum civium vel epulum relictum fuerit. Hoc amplius quod in alimenta infirmæ aetatis, puta senioribus vel pueris puellisque, relictum fuerit ad honorem civitatis pertinere respondetur⁹³».

Este texto demuestra la existencia de fundaciones privadas sin ánimo de lucro, constituidas en beneficio de los intereses colectivos y públicos, en la Roma clásica del siglo II d. C. Los ciudadanos romanos establecían unilateralmente en sus legados voluntades fundacionales perpetuas (honor y ornato de la ciudad, *honorem ornatumque civitatis*) que tendrían validez y entrarían en vigor después de sus muertes. A tal fin, según Paulo, los instituyentes designaban como patronos del patrimonio fundacional y como ejecutores de su voluntad a las ciudades. Estas corporaciones cuidarían y gestionarían el patrimonio y el ornato común y velarían por el cumplimiento periódico de la voluntad filantrópica en beneficio de la colectividad. Ciertamente estas fundaciones, que perseguían amplios objetivos de beneficio público (alimentos, educación e instrucción de niños y niñas pobres, construcción y mantenimiento de obras públicas, espectáculos y fiestas regulares), no tenían personalidad jurídica. Pero es evidente que los fundadores lograban la institucionalización jurídica perpetua de aquéllas, y de sus actividades fundaciones privadas con fines colectivos, aunque hubiesen sido establecidas mediante simples testamentos, legados o fideicomisos privados.

En el contexto de la *Equity* de la Inglaterra actual, si un trust ha sido establecido para fines privados o tiene objetivos inciertos y falla, debe ser invalidado por el tribunal. Sin embargo, si creemos a A. Hudson «in relation to a charitable trust, however, where the charitable objects do not exist or are uncertain, the court has the power to order an application of the trust fund for alternative

⁹³ D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

charitable purposes which are in accordance with the settlor's underlying intentions. This alternative application is referred as the Cy-près doctrine⁹⁴». También, en los Estados Unidos, según sostienen G. Brown y S. Myers, «the doctrine Cy-près is now usually applied only to charitable trust (sometimes called a public trust)⁹⁵». De la misma manera, en el contexto de las fundaciones privadas con fines públicos (establecidas por ciudadanos romanos en favor de colectivos o grupos de beneficiarios), la jurisprudencia clásica del siglo III d. C. estableció las líneas jurídicas en las que podemos observar ya algunas trazas o mimbres que puede haber servido de soporte jurídico para el nacimiento de las raíces que permitieron la germinación de *judicial Cy-près* en Court of Chancery.

a) Así, en primer lugar, la jurisprudencia clásica pone de relieve la necesidad de conservar y respetar siempre la voluntad primigenia del fundador instituyente. Un caso es puesto de relieve por Erennio Modestino:

«Annuam pecuniam ad ludos civitati reliquit, quibus praesidere heredes voluit: successores heredum negant se debere, quasi testator tamdiu praestari voluisset, quamdiu praesiderent heredes: quaero igitur, an, cum praesidendi mentionem fecerit, ad tempus fideicommissum an perpetuo praestari voluerit. Modestinus respondit fideicommissum quotannis in perpetuum rei publicae praestandum esse⁹⁶».

b) En segundo lugar, el Derecho clásico establece la posibilidad de acometer una restauración jurídica de una fundación privada filantrópica realizada con fines públicos laicos colectivos. Así, Erennio Modestino, en el libro noveno de sus Respuestas nos reporta la solución a un supuesto de actividad fundacional privada que puede verse frustrada por un fin ilícito:

«Legatum civitati relictum est, ut ex redditibus quotannis in ea civitate memoriae conservandae defuncti gratia spectaculum celebretur, quod illic celebrari non licet: quaero, quid de legato existimes. Respondit, cum testator spectaculum edi voluerit in civitate, sed tale, quod ibi celebrari non licet, iniquum esse hanc quantitatem, quam in spectaculum defunctus destinaverit, lucro heredum cedere: igitur adhibitis heredibus et primoribus civitatis dispiciendum est, in quam rem converti debeat fideicommissum, ut memoria testatoris alio et licito genere celebretur⁹⁷».

A tenor del texto, un ciudadano deja parte de su patrimonio para un fin fundacional público. A tal fin, nombra legataria a una ciudad y le impone, como voluntad unilateral filantrópica perpetua, la celebración de unos juegos, o espectáculos, anuales. La fundación privada se constituye mediante un fideicomiso privado que tiene por objeto un fin de beneficencia pública. A tal fin, el instituyente legó un capital que generaría réditos a la corporación municipal de

⁹⁴ HUDSON A., *cit.*, p. 897.

⁹⁵ BROWN G., MYERS S., «Administration of Wills, Trust...», *cit.* p. 247.

⁹⁶ D.33.1.6. Modestinus libro XI responsorum.

⁹⁷ D.33.2.16. Modestinus libro IX responsorum.

la ciudad. Este dinero sería suficiente para dar cumplimiento anual a las celebraciones de los juegos. Según Erennio Modestino, surgió un problema jurídico que amenazaba la vida de esta actividad filantrópica: aunque, en el momento de la confección del fideicomiso, su fin fundacional colectivo era lícito, en el momento de su ejecución posterior, según el caso concreto, devino ilícito. Los fiduciarios no podían cumplir una voluntad fundacional filantrópica antijurídica, o ilícita, pues en la ciudad se habían prohibido la celebración de los juegos. El fin fundacional público querido por el fideicomitente era posible, viable o practicable en sus inicios, pero contrario al derecho, en la ejecución posterior a la muerte de aquél. En consecuencia, la ciudad no podía cumplir el fin filantrópico laico en memoria del difunto. La reacción de los herederos del fundador no se hizo esperar. Estos últimos reclamaban la liquidación del fideicomiso, es decir, de la fundación privada con fines públicos, y, en consecuencia, la reversión del patrimonio fundacional en su beneficio. Los fiduciarios se creían amparados por la antijuricidad que supondría el cumplimiento de la voluntad unilateral ilícita del instituyente. Causa suficiente para la revocación definitiva del legado de liberalidad. El jurista Erennio Modestino aplicó una fórmula jurídica de equidad para encontrar una solución al problema:

«Respondit, cum testator spectaculum edi voluerit in civitate, sed tale, quod ibi celebrari non licet, iniquum esse hanc quantitatem, quam in spectaculum defunctus destinaverit, lucro heredum cedere⁹⁸».

Para Erennio Modestino es inicuo, es decir, contrario a los principios de la justicia de equidad, que la cantidad de dinero que el difunto hubiese destinado al espectáculo ceda al lucro privado de los herederos. El jurista responde que hay que intentar reescribir el fideicomiso fundacional, es decir, restaurar, conservar y preservar, por razones de equidad, la voluntad unilateral del instituyente y de su legado fundacional, aún cuando su fin colectivo, general, sin ánimo de lucro y lícito, pudiese por alguna causa posterior devenir ilícito, o contrario al Derecho. Fruto de esta respuesta, los magistrados principales de la corporación municipal de la ciudad, como fideicomisarios beneficiarios del legado, y los herederos fiduciarios debían reescribir y restaurar el fideicomiso, es decir, buscar un nuevo fin fundacional filantrópico público lícito. Este último debía ser un fin filantrópico colectivo lo más próximo posible a la voluntad primigenia del instituyente. Del texto del jurista se deduce que el nuevo fin debía respetar y debía servir para dar cumplimiento a la memoria del testador fideicomitente.

Tal vez, Erennio Modestino se convirtió en un «auténtico padre jurisprudencial», pionero de *Cy-près*. Este jurista creó un antecedente jurídico clásico que pudo haber servido de apoyo para la creación de *judicial Cy-près*. Antecedente que, además, pudo haber servido para la motivación jurídica de los decre-

⁹⁸ D.33.2.16. *Modestinus libro IX responsorum*.

tos⁹⁹ dictados por los Cancilleres en la *Court of Equity*, restaurando charities trust.

Este principio jurídico reparador de la voluntad filantrópica del fundador y de los legados establecidos para dar cumplimiento a liberalidades públicas y colectivas, encuentra una frontera clara. Nunca se puede aplicar, si el disponente ordena expresamente que el patrimonio fundacional no sea destinado a fines filantrópicos diferentes de aquellos establecidos de forma primigenia por él. De esta forma, «Cy-près romano-clásica» encuentra un principio que actúa siempre de límite: el respeto a la voluntad unilateral primigenia del instituyente. Este es el parecer de Scaevola, quien sostiene en su libro *III responsorum* que:

«*Quidam praedia rei publicae legavit, de quorum reditu quotannis ludos edi voluit, et adiecit: «Quae legata peto, decuriones, et rogo, ne in aliam speciem aut alios usus convertere velitis». Res publica per quadriennium continuum ludos non edidit: quaero, an reditus, quos quadriennio res publica percepit, heredibus restituere debeat vel compensare in aliam speciem legati ex eodem testamento. Respondit et invitis heredibus possessione adprehensa perceptos fructus restituendos esse et non erogatum secundum defuncti voluntatem in alia quae deberentur compensari*¹⁰⁰».

4.2 EVOLUCIÓN DE LA FILANTROPIA CLÁSICA HACIA EL NUEVO MUNDO DE LA CARIDAD CRISTIANA

El Bajo Imperio recibe el legado de los tipos de actividades fundacionales clásicas, públicas y privadas, e incluso religiosas¹⁰¹, que establecían los ciudadanos en sus donaciones con carga modal, testamentos, legados y fideicomisos, con el fin de dar cumplimiento a sus objetivos y fines, generales y específicos, filantrópicos civiles. Sin embargo, la irrupción del Cristianismo en el Imperio y su reconocimiento oficial por el emperador Constantino (313 d. C.) van a tener consecuencias directas de primer orden en el diseño ideológico del nuevo Estado. Es posible que el Dominado imperial, inaugurado por Diocleciano y Maximiano, se convirtiese, progresivamente en los tiempos de Constantino, en un nuevo Estado con ropajes cristianos¹⁰². Proceso que culmina con Teodosio, quien transforma al Estado en una nueva autocracia teocrática cristiana¹⁰³.

Esta nueva concepción teológica e imperialista del Estado tendrá consecuencias directas en el fundamento y las causas que mueven al establecimiento de las actividades fundacionales en el Bajo Imperio y el periodo bizantino de

⁹⁹ Hayton and Marshall, *cit.*, p.6.

¹⁰⁰ D.33.2.17. Scaevola libro *III responsorum*.

¹⁰¹ *Ulp. Reg. 22.6: «Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatus consulto constitutionibusve principum instituere concessum est, sicuti Iovem Tarpeium. Apollinem Didymaeum Mileti, Martem in Gallia, Dianam Ephesiam (...).»*

¹⁰² BOWERSOCK G. «Recapturing the Past in Late Antiquity», en *MedAnt.* vol 4 n.1. 2001, p. 3: «When the emperor Constantine converted to Christianity and transformed the former Roman Empire into a Christian state (...).»

¹⁰³ CJ.1.1.1.-2. *Gratianus, Valentinianus, et Theodosius* (380 d. C.).

Justiniano. Así, los viejos principios generales jurídicos y filosóficos, que actuaban como informadores de la *iustitia* clásica y del Estoicismo, son empaados por los nuevos valores que surgen de la inspiración cristiana¹⁰⁴. El *officium pietatis* estoico, la *equitas* y la *humanitas*, que guían a la *iustitia* del ciudadano romano, son sustituidos progresivamente por nuevos valores cristianos y divinos, universales: *benignitas*, *caritas* y *pietas*. La *liberalitas* del ciudadano romano clásico es sustituida por la filosofía de la caridad (*caritas*) misericordiosa del nuevo ciudadano romano cristiano posclásico. El espíritu fundacional permanece en ambos hombres. Sin embargo, cambian los valores y los fines filantrópicos. La utilidad pública del Estado, el bien de la colectividad, el interés general y la gloria del instituyente, que permanecerá perpetuamente ligada a sus conciudadanos, son sustituidas progresivamente por la caridad, la compasión y la piedad misericordiosa en beneficio de los más necesitados. No sólo ciudadanos romanos, cualquier hombre necesitado con independencia de su *status* y nacionalidad. Desde el siglo IV d. C., la Iglesia tiende hacia su ecumenismo. En paralelo a este fenómeno, la pobreza se universaliza. Las causas pías trascienden el concepto de estatus ciudadano y abrazan a cualquier hombre pobre que siga a la religión cristiana universal. Es cierto, como ha sostenido G. E. Gardner, que «the remaining of society along economic lines, whereby individuals were identified as rich or poor, would have to wait until the fourth century¹⁰⁵». A los ojos de Dios, todos los hombres sufren la pobreza por igual. Es por ello, que los instituyentes de actividades fundacionales cristianas (testador, legatario, donatario, fideicomisario, etc.), del siglo IV d. C., v d. C. y VI d. C., se hacen progresivamente ecuménicos y protegen a todos los hombres cristianos pobres, con independencia de su nacionalidad. A cambio, aquéllos logran la salvación perpetua de su alma.

Con todo, los Dioses clásicos y el Dios Cristiano conviven largo tiempo en el Bajo Imperio. Así lo creen C. Mango¹⁰⁶ y G. W. Bowersock. Este último, además, sostiene que «when the emperor Constantine converted to Christianity into a Christian state, it long remained obvious thath the gods and cults of paganism did not simply dissappear. The new government made efforts over the following decades to close down the old temples, but their religion ans its mythology were far too deeply rooted to be plucked out and discarded¹⁰⁷».

De la misma forma, a pesar de los esfuerzos oficiales, las actividades fundacionales posclásicas no suponen un desconocimiento, ni una ruptura histórica, de las actividades fundacionales clásicas. Por el contrario, las actividades de las fundaciones clásicas se prolongan en la época postclásica. Incluso, aquéllas conviven con las fundaciones cristianas del Bajo Imperio y nutren sus esquemas

¹⁰⁴ En este sentido, BIONDI B., «*Il diritto romano cristiano*», vol. II, 1952, p. 176 ss.

¹⁰⁵ GADNER G. E., «*The Origins of Organized Charity in Rabbinic Judaims*», New York, 2015, p. 10.

¹⁰⁶ MANGO C. «*L'attitude byzantine à l'égard des antiquités gréco-romaines, Byzance et les images*», París, 1994, pp. 95-120.

¹⁰⁷ BOWERSOCK G. «*Recapturing the Past...*», *cit.*, p. 3.

jurídicos. Por ello, es evidente que existió una verdadera evolución jurídica fundacional que se desarrolló progresivamente entre ambos períodos históricos.

En esta dirección, aunque B. Santalucia cree que las instituciones de beneficencia no fueron desconocidas totalmente en los primeros siglos d. C.¹⁰⁸, nosotros pensamos, por el contrario, que, en la época clásica, aquéllas fueron muy frecuentes. Así fueron muy intensas tanto las actividades fundacionales públicas como las actividades fundacionales privadas, según los casos, que fueron creadas por el Estado y los ciudadanos romanos. Fundaciones filantrópicas que fueron destinadas al mantenimiento y la construcción de obras públicas¹⁰⁹ (termas, baños, gimnasios, estadios¹¹⁰, foros¹¹¹, teatros¹¹² y representaciones escénicas¹¹³, puentes, acueductos, cloacas, depósitos y embalses de agua¹¹⁴, fuentes, templos y vías¹¹⁵, etc.), la condonación permanente de impuestos¹¹⁶, a las ayudas solidarias frente a catástrofes en beneficio de la colectividad¹¹⁷, la celebración de banquetes¹¹⁸, programas de juegos¹¹⁹ y espectáculos¹²⁰ (luchas de gladiadores, olimpiadas, representaciones teatrales¹²¹), la alimentación¹²² (*alimenta*), vestido, educación e instrucción de niños y niñas pobres, así como la protección de los débiles por su edad, por ejemplo, los adultos pobres y los ancianos sin recursos. Estas últimas, fundaciones clásicas que sirven también al honor colectivo de la ciudad¹²³.

En el Bajo Imperio cristiano, las donaciones, las disposiciones testamentarias, los legados, los fideicomisos privados y las aportaciones públicas, que provienen en su mayor parte de la parte oriental del Imperio (tal vez, como justamente ha sido puesto de relieve por B. Santalucia, por la grave crisis económica que sufrió la parte occidental durante los siglos III y IV d. C.¹²⁴) dan continuidad a los fines fundacionales clásicos. Actividades colectivas perpetuas, sin ánimo

¹⁰⁸ SANTALUCIA, B. *Fondazione (dir. rom)*, en ED. vol. 17, 1968, p. 779.

¹⁰⁹ D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

¹¹⁰ D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

¹¹¹ D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

¹¹² D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

¹¹³ D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

¹¹⁴ BYRNES W. H., «Ancient Roman Munificence: The Development of the Practice and Law Charity», *Rutgers Law Review* vol. 57, (2005) p. 1083, available at <http://ssrn.com/abstract=2314731>

¹¹⁵ BYRNES W. H., «Ancient Roman Munificence: The Development of the Practice...», *cit.*, p. 1082.

¹¹⁶ BYRNES W. H., «Ancient Roman Munificence: The Development of the Practice...», *cit.*, p. 1088

¹¹⁷ BYRNES W. H., «Ancient Roman Munificence: The Development of the Practice...», *cit.*, p. 1088.

¹¹⁸ PLINIO, *Epistolae*, 7.18. C. I. L.10.1.5809. C. I. L.10.1.6483. C. I. L.11.2.47.89. C. I. L. 14.2827. D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

¹¹⁹ D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

¹²⁰ C. I. L.8.2.9052. C. I. L.11.2.6377. D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

¹²¹ D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

¹²² C. I. L. 2.1174. C. I. L. 10.1.6328.

¹²³ D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

¹²⁴ Este es el parecer de Santalucia, B. *cit.*, p. 779.

de lucro, que prosiguen el mismo curso en el Imperio bizantino. Para favorecer las actividades de liberalidad, el Emperador Justiniano regularizó por ley todas las donaciones, las disposiciones testamentarias y los legados que hubiesen sido establecidos para el desarrollo de actividades fundacionales pías, públicas y privadas, destinadas al cuidado y la nutrición de niños huérfanos, de los pobres, de los ancianos, de los enfermos, así como para la redención de cautivos:

«*Si quis autem etiam pro redemptione captivorum aut alimentis pauperum hereditatem aut legatum reliquerit in rebus mobilibus aut immobilibus, sive semel seu annale, et hoc modis omnibus secundum testatoris voluntatem ab his quibus iussum est hoc facere compleri*¹²⁵», (545 d. C).

En esta evolución histórica desaparecen las motivaciones finales que presidían la vida de las fundaciones clásicas, como el interés de Estado, el honor colectivo de la ciudad¹²⁶, la gloria del ciudadano, el interés y el ornato de los municipios. La gloria, la *humanitas* y la *aeternitas* laicas clásicas se sustituyen ahora por nuevas motivaciones filantrópicas posclásicas: la misericordia, la piedad, la caridad y la *humanitas* que debe prestar la Iglesia Cristiana a todos sus fieles pobres. Causas que, a menudo, coinciden con el nuevo interés del Estado romano cristiano y de su emperador¹²⁷. Actividades misericordiosas de caridad (*caritas*) que aquéllos asumen como propias.

En definitiva, asistimos a la evolución de la filantropía y de la *humanitas* clásicas, valores que significan amor por el hombre y la humanidad, circunscritas al *officium pietatis* de los ciudadanos romanos, a una nueva *humanitas et caritas* cristianas que surgen de la compasión por amor al prójimo, de carácter universal. Nuevas obligaciones y fines posclásicos por y para causas pías (*piae causae*). Obligaciones de los fundadores, que sin embargo, no constituyeron causas de obligaciones civiles, pero sí, tal vez, causas de obligaciones de fe. El cristiano da y recibe de la Iglesia. El fiel dona bienes y dinero. A cambio, gana el cielo (*do ut des*). El creyente destina su patrimonio a fines piadosos, pero obtiene, a cambio, su inmortalidad, mediante la resurrección de todos los fieles en Cristo. Con todo, un fin similar fue perseguido por los emperadores mediante sus actividades fundacionales: la consecución de la inmortalidad. Sin embargo, esta última era concebida como *aeternitas* romana, es decir, perpetuación del príncipe en la memoria de colectiva de los ciudadanos. Inmortalidad y gloria por sus actuaciones filantrópicas (*ut ex indulgentia optimi maximeque principis*¹²⁸), realizadas en nombre del interés y el honor del Estado, incluso, de sus entes municipales¹²⁹. Este nuevo fenómeno religioso cristiano fue de vital transcendencia histórica y jurídica, por su carácter transformador de la naturaleza y de los fines fundacionales. Ahora, combatir la pobreza se transforma en

¹²⁵ Nov. 131.11.

¹²⁶ D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

¹²⁷ CJ.1.2.12.2. *Valentinianus et Marcianus A. A. Palladio P. P.* (451 d. C.).

¹²⁸ *CIL. XI*, n.1147 *EX TABULA OBLIGATIONIS PRAEDIORUM VELEIATE*.

¹²⁹ D. 30.122. *Paulus libro tertio regularum*.

un fin filantrópico cristiano y universal. Acontecimiento calificado, de modo significativo, por W. H. Byrnes, como «the birth of western legal charity¹³⁰».

4.3 SUSTRATOS HISTÓRICOS Y JURÍDICOS ROMANOS POSCLÁSICOS Y JUSTINIANEOS DE CY-PRÈS

La Iglesia Ortodoxa universalizó el concepto de pobreza, e introdujo en su labor ecuménica el concepto de caridad y causas pías, como obligaciones morales y fines cristianos que se deben cumplir por todos los fieles. La Iglesia impulsó la tesis de que la caridad y el cumplimiento de los nuevos objetivos religiosos píos ayudan a los ciudadanos romanos cristianos del Bajo Imperio a la salvación eterna de su alma, y les da derecho a ocupar un lugar ultraterrenal en el Reino de Dios.

En concordancia con los presupuestos anteriores, la Iglesia Ortodoxa del Bajo Imperio, siguiendo las directrices que habían sido establecidas por los Apóstoles¹³¹ (herederos directos de la doctrina y de las enseñanzas de Jesús) y los Padres de la Iglesia¹³², estableció que los fieles pudiesen lograr la santidad en Cristo, bien a través de sus aportaciones patrimoniales individuales (limosnas), bien a través de actividades fundacionales privadas individuales, constituidas mediante donaciones patrimoniales, testamentos con cuotas de caridad de libre disposición (*cuota pro anima*) y fideicomisos permanentes de fines píos. Medios fundacionales eficaces, sin duda, para el desarrollo estable de una importantísima actividad de protección de los más débiles y de los pobres¹³³.

En este nuevo contexto histórico, las actividades y las instituciones fundacionales filantrópicas fueron empapadas por los efectos del Cristianismo. Este último creó nuevas directrices que alcanzaron tanto al modo de la administración de los patrimonios fundacionales, como a la elección de nuevos fines y destinos de liberalidad por causas pías. A todo ello, coadyuvó una actividad protectora incesante de los emperadores y una actitud favorecedora de concesión de reiterados y constantes privilegios patrimoniales en favor de la nueva religión monoteísta cristiana¹³⁴. Política imperial que, sin duda, espoleó a la Iglesia a desplegar su fuerza pastoral en todos los territorios, ciudades y muni-

¹³⁰ BYRNES W. H., «Ancient Roman Munificence: The Development of the Practice...», cit., (2005) p. 1098.

¹³¹ Mt. 11, 4-5. S. Pablo, *Ep. Co.* 1.1.2.1.

¹³² S. Agustín, Sermón 389.6: «Por eso es, en verdad, el Señor: *Yo dije al Señor*: «Tú eres mi Dios, porque no necesitas de mis bienes». Aunque él es el Señor, el verdadero Señor, y no necesita de nuestros bienes, para que pudiéramos hacer algo en su favor se dignó sufrir hambre en sus pobres: Tuve hambre, dijo, y me disteis de comer. Señor, ¿cuándo te vimos hambriento? Cuando no hicisteis con uno de estos mis pequeños, conmigo lo hicisteis. Y a los otros también: Cuando no lo hicisteis con uno de estos mis pequeños, tampoco conmigo lo hicisteis».

¹³³ MURGA GENER J. L. «El Testamento en favor de Jesucristo y de los Santos en el Derecho Romano Postclásico y Justiniano», em AHDE. n.º 35 (1965), pp. 357-419.

¹³⁴ C.1.2.1. C. 12.14. C.1.2.14.2. C.1.2.14.3. C.1.2.14.4. Nov.5.cp.5. Nov.120. cp. 6 -7. Nov.123.cp.8.

cipios del Imperio. Fuerza evangélica que, a juicio de algunos autores, impulsó el inicio del cambio del mundo¹³⁵.

Así, en este sentido, el emperador Constantino estableció la obligación legal de proteger todas las voluntades *mortis causa*, de aquellos que hubiesen dejado liberalidades, bienes y patrimonios a la Iglesia, cualquiera que fuese su cuantía:

«*Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholicae venerabilique concilio decedens bonorum quod optavit relinquere. Non sint cassa iudicia. Nihil est quod magis hominibus debetur, quam ut supremae voluntatis, post quam iam aliud velle non possunt, liber sit stilus et licitum quod iterum non redit arbitrium*¹³⁶», (321 d. C.).

Es evidente que muchos de aquellos bienes fueron destinados a cumplir diferentes fines colectivos perpetuos de caridad. Es por ello que la actuación imperial se dirigió a fortalecer la voluntad *mortis causa* de los disponentes, no sólo para el beneficio de la Iglesia, sino también para la protección de las actividades y las voluntades fundacionales privadas por causas pías. Esta defensa de la voluntad unilateral *mortis causa* fue válida, aunque los fundadores no cumpliesen todos los requisitos exigidos por el Derecho civil. Así, de acuerdo con la constitución anterior, Constantino estableció que la cuota de libre disposición, que hubiese sido legada en beneficio de la Iglesia, no quedase sujeta a limitaciones. La cuantía fue libre. Privilegio legal que supuso no sólo una excepción a la aplicación de la vieja *Lex Falcidia* del año 40 a. d. C. (= *Quarta Falcidia*) sino también, en numerosas ocasiones, un grave quebranto a los herederos, quienes podrían suceder y adquirir el título de *heres*, pero, a su vez, quedar privados del patrimonio del caudal relicto. Con todo, los fundadores e instituyentes de liberalidades de caridad (unincorporated charities¹³⁷) vieron así protegidas sus voluntades fundacionales pías y aseguradas, además, sus expectativas de llegar al Reino de los Cielos.

Esta trayectoria proteccionista es continuada en el año 455 d. C. por Valentiniano y Teodosio, quienes ordenan que sea válida la disposición de cualquier mujer viuda, virgen o diaconisa, entregada a la vida religiosa, que disponga la entrega de parte o todo su patrimonio en su testamento, codicilo, legado o fideicomiso universal, incluso por voluntad escrita o no escrita, para la realización de actividades fundacionales privadas con fines de caridad públicos (por ejemplo, la protección y el sostenimiento de los pobres):

«*Generali lege sancimus, sive vidua sive diaconissa vel virgo deo dicata vel sanctimonialis mulier, sive quocumque alio nomine religiosi honoris vel dignitatis femina nuncupatur, testamento vel codicillo suo, quod tamen alia omni iuris ratione munitum sit, ecclesiae vel martyrio vel clerico vel monacho*

¹³⁵ SCHMIDT A. J., «*How Christianity Changed the World*», Michigan, 2009.

¹³⁶ C.1.2.1. *Const. A. ad Pop. A. 321 PP. V Non. Iul. Romae Crispo II et Constantino II CC. Conss.*

¹³⁷ BUCKLAND W. W. y McNAIR, A., «*Derecho Romano y Common Law*», 1.ª ed. 1936, reimpr.1994 (Madrid), pp. 72-73.

*vel pauperibus aliquid vel ex integro vel ex parte in quacumque re vel specie creditur seu crediderit relinquendum, id modis omnibus ratum firmumque consistat, sive hoc institutione sive substitutione seu legato aut fideicommisso per universitatem seu speciali, sive scripta sive non scripta voluntate fuerit derelictum: omni in posterum in huiusmodi negotiis ambiguitate submota*¹³⁸».

Los emperadores establecen que se debe proteger la voluntad de la fundadora. Vemos en la ley una tendencia legislativa que pudo ser un válido antecedente de *judicial Cy-près*, puesto que Valentiniano y Marciano protegen la voluntad fundacional filantrópica de las instituyentes, frente a posibles defectos jurídicos iniciales que pueden hacer nulo o no válido el fideicomiso de caridad. Situación que imposibilitaría que la actividad fundacional desplegara sus efectos y la consecución de los fines de caridad previstos.

También, en la misma dirección, los emperadores León y Antemio (470 d. C.) establecen la validez de todas las disposiciones *inter vivos*, realizadas mediante contratos de compra y venta y donación, y de todas las disposiciones *mortis causa* otorgadas mediante testamento (hecho en cualquier forma de derecho), codicilo, manifestación verbal, legado, fideicomiso y donación *mortis causa*, siempre que hayan sido ordenadas para la transferencia de bienes y patrimonio en favor de la venerable Iglesia:

*«Verum sive testamento quocumque iure facto seu codicillo vel sola nuncupatione, legato sive fideicommisso, aut mortis causa aut alio quocumque ultimo arbitrio aut certe inter vivos habita largitate sive contractu venditionis sive donationis aut alio quocumque titulo quisque ad praefatam venerabilem ecclesiam (...)*¹³⁹».

Más tarde, Zenón (475 d. C.-490 d. C.) constituye por ley una acción judicial en favor de los obispos y de los ecónomos. Todos ellos, ahora, pueden demandar a los herederos. Los tribunales pueden, además, obligar a los sucesores a ejecutar todas las liberalidades *mortis causa* de caridad que hayan sido establecidas en favor de la Iglesia y de sus fundaciones filantrópicas de caridad (hospitales, asilos y hospicios de pobres). Además, el Emperador ordena que los obispos y los ecónomos vigilen por la correcta administración de los bienes y por el cumplimiento de los fines de caridad que hayan sido establecidos por los fundadores:

*«Si quis donaverit aliquam rem mobilem vel immobilem se moventem, aut ius aliquod in honorem martyris aut prophetae aut angeli, tanquam ipsi postea oratorium aedificatoris, et donationem insinuaverit, apud quos necesse est, cogitar opus, quamvis nondum inchoatum fuerit, perficere per se vel per heredes, et perfecto operi dare ea, quae donatione continentur. Idem et in xenodochiis et nosocomiis et ptochiis obtinet, liceatque episcopis et oeconomis convenire ipsos*¹⁴⁰».

¹³⁸ C.1.2.13. *Imp. Valentinianus et Marcianus AA Palladio P. P.* (455 d. C.).

¹³⁹ C.1.2.14. *Imp. Leo et Anthemius AA. Armasio* (470 d. C.).

¹⁴⁰ C.1.2.15. *Imp. Zeno*.

La constitución protege de nuevo, y de manera sólida, la voluntad de los ciudadanos que entregan su patrimonio para fines colectivos y perpetuos de caridad. Además, ordena la correcta administración del patrimonio fundacional que debe realizarse de acuerdo con la voluntad del instituyente y para el cumplimiento de los fines colectivos píos:

«*His vero adimpletis, administratio secundum ea, quae his, qui liberalitatem exercuerunt, visa sunt, et secundum praescriptos fines fiat*¹⁴¹».

En consecuencia, esta normativa civil imperial traslada a la sede judicial la jurisdicción y el enjuiciamiento sobre la voluntad, la administración y los fines de caridad. Presupuestos que se encuentran, sin duda, en las bases jurídicas de *judicial Cy-près*, en los países de la órbita del *Common law* angloamericano.

Estas prerrogativas legales y jurídicas que amparan las acciones piadosas ordenadas por los testadores y fundadores son adoptadas por la legislación del emperador Justiniano. En esta dirección, este último sostiene que:

«*Namque et veteribus definitum est legibus, necessitatem imponi implendi deficientium voluntate eis, quibus permittitur haberem quae illi relinquuntur*¹⁴²».

El respeto absoluto general de la *voluntas testatoris* es un principio de equidad, que es exigible a los herederos, precisamente porque éstos son o pueden ser beneficiarios de parte de la herencia. Además, en el caso concreto de los testamentos «a *testatorem piam actionem ordinata*¹⁴³» (= fundaciones privadas con fines de caridad públicos), el respeto a la voluntad de caridad primigenia del fundador-testador constituye un principio de equidad aún mayor. En esta dirección, los administradores de los fondos de beneficencia de caridad testamentaria (metropolitano de la provincia, arzobispo de la misma diócesis¹⁴⁴, obispos y ecónomos, *vel denique piarum actionum dispensatores et curatores*¹⁴⁵) pueden demandar en los tribunales la exigencia de la entrega de los fondos de liberalidad y el cumplimiento del fin fundacional, incluso frente a la oposición o desobediencia de los herederos. Se delinean, así, por el Derecho bizantino, los ejes motrices de un poder que es conferido por ley a los tribunales, para que estos últimos puedan vigilar permanentemente los términos de la constitución de las fundaciones y las liberalidades permanentes de caridad, así como la administración de sus fondos patrimoniales y el cumplimiento de sus fines. Poder jurisdiccional de equidad, que se constituirá en el soporte de «*Cy-près romana-bizantina*».

En esta dirección, el emperador Justiniano sostiene, además, que los disponentes testamentarios que hayan instituido a los pobres como herederos (colec-

¹⁴¹ C.1.2.15. *Imp. Zeno*.

¹⁴² C.1.3.46.2. *Imp. Iustinianus A. Iuliano P. P.* (530 d. C.).

¹⁴³ C.1.3.46.1. *Imp. Iustinianus A. Iuliano P. P.* (530 d. C.).

¹⁴⁴ C.1.3.46.6. *Imp. Iustinianus A. Iuliano P. P.* (530 d. C.).

¹⁴⁵ C.1.3.46.1. *Imp. Iustinianus A. Iuliano P. P.* (530 d. C.).

tivo indeterminado), incluso en la totalidad de sus bienes para eludir la cuenta de la Ley Falcidia, hacen conforme al Derecho civil la institución:

«*Si quis ad declinandam legem Falcidiam, cum desiderat totam suam substantiam pro redemptione captivorum relinquere, eos ipsos captivos scripserit heredes, ne videatur quasi incertis personis heredibus institutis iudicium suum oppugnandum reliquisse, sancimus huius talem institutionem pietatis intuitu valere et non esse respuendam*¹⁴⁶».

La institución *quasi incertis personis*, por imperativo legal y por razones obvias de equidad, no podrá ser impugnada, de ninguna manera, por los herederos de la familia. Los juristas bizantinos tratan así de convalidar y subsanar un vicio jurídico inicial, que surge por la obligación de instituir nominativamente o *inter ceteros* a herederos ciertos y concretos, para dar validez a todas aquellas actividades fundacionales testamentarias que, ya inicialmente, no podrían cumplir sus fines piadosos colectivos, por defectos jurídicos civiles cometidos por los fundadores disponentes al instituir a personas inciertas.

Del mismo modo, si un testador constituye un fondo filantrópico fundacional permanente para la redención de cautivos (colectivo incierto), y para ello instituye a estos últimos como herederos universales (*heredes ex asse*), la institución es válida y tampoco será de aplicación, por razones de equidad, la cuenta de la *Lex Falcidia* (*Quarta Falcidia*). La redención de cautivos, es según el Emperador, un fin fundacional de caridad sagrado y es de obligado respeto para los herederos de la familia, así como de obligado cumplimiento para los administradores del fondo colectivo perpetuo de caridad:

«*Et si quidem captivos scripserit heredes, civitatis, in qua testator larem fovere ac degere noscitur, episcopus et oeconomus hereditatem suscipiant et omnimodo in redemptione captivorum procedat hereditas sive per annuos redditus sive per venditionem mobilium seu se moventium rerum: nullo penitus ex hoc lucro vel oeconomus vel episcopo vel sacrosanctae ecclesiae relinquendo. Si enim propter hoc a speciali herede recessum est, ut non falcidiae ratio inducatur, quomodo ferendum est hoc, quod in sacro venit, per falcidiam vel aliam occasionem minui?*¹⁴⁷».

La norma vuelve a proteger la voluntad genérica inequívoca de caridad de un fundador, frente a posibles defectos jurídicos que impedirían que el fondo fundacional pudiese desplegar sus efectos inicialmente. Es por ello que ahora podemos subrayar que, de un modo paralelo, esta es también una causa que fundamenta y posibilita la aplicación de *Cy-près* por los tribunales del *comon law* en la actualidad (= *Cy-près, initially failed*).

Desde la óptica de los posibles motivos que posibilitan la aplicación de *Cy-près* en las cortes angloamericanas, encontramos otras disposiciones imperiales romano bizantinas que pueden haber constituido auténticas raíces inspiradoras del *stare decisis* formulado por aquéllas. Así, si un testador instituye here-

¹⁴⁶ C.1.3.49. *Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.* (531 d. C.).

¹⁴⁷ C.1.3.49.2. *Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.* (531 d. C.).

deros genéricamente a los pobres (= institución de personas inciertas) y, de este modo, les dota de un fondo fundacional de caridad, la institución es, de la misma forma, válida. Además, si en el momento en que el fondo fundacional deba ser destinado al cumplimiento de sus fines no pudiese ser cumplido por imposibilidad, es decir, porque no pudiese ser hallado un hospicio de pobres determinado, o los pobres determinados por el testador de una iglesia cierta, los juristas bizantinos establecen, que en todo caso, siga teniendo validez la fundación testamentaria de caridad:

«*Sed et si pauperes quidam scripserit heredes et non inveniatur certum ptochium vel certae ecclesiae pauperes, de quibus testator cogitaverit, sed hic incerto vocabulo pauperes fuerint heredes instituti, simili modo et huiusmodi institutionem valere decernimus*¹⁴⁸».

La norma imperial otorga poder a los administradores del fondo patrimonial, y, en su caso, a los jueces para que puedan buscar un nuevo fin lo más próximo posible a la intención establecida por el fundador (= *Cy-près*). De la constitución se desprende que cuando es clara la intención general de caridad del disponente, si el fin de la fundación de caridad no se pueda cumplir por impracticable o bien imposible (*impracticability-impossibility Cy-près*), los administradores pueden exigir mediante acción judicial, y los jueces pueden ordenar mediante sentencia, que se apliquen los fondos de caridad a un nuevo fin, por ejemplo, a un hospicio de pobres de la ciudad. Incluso, si no lo hubiese, se podrían incluso destinar (cambio de fin que es acorde con la voluntad del testador-instituyente) a los pobres de una nueva iglesia cierta (elección que queda en manos de los administradores, y, en último término de los tribunales). Esta posibilidad es reiterada de nuevo en favor de los administradores del fondo patrimonial y de los jueces por el Emperador, en la constitución del año 531 d. C. (C.1.3.49.4):

«(...) *licentia omnimodo danda et in priore et in secunda specie et actionem movere et debita exigere, ut in captivos vel in aegrotantes consumantur*».

También recoge la normativa imperial la posibilidad de que los administradores del fondo testamentario de caridad distribuyan los recursos para evitar el despilfarro y hacer más viable los fines de caridad establecidos por el instituyente (*wastefulness-Cyprès*):

«*Sin autem ampliores in civitate xenones vel ptochia sint, ne incerta videatur pecuniarum datio, tunc ei xenoni vel ptochio, qui pauperior esse dignoscitur, easdem res vel pecunias adsignari: hoc videlicet discutiendo a viro reverentissimo locorum antistite et sub eo constitutis clericis*¹⁴⁹».

De esta forma, el Derecho Romano bizantino adopta la tesis jurídica de que los administradores y los jueces deben estudiar las propuestas de viabilidad más

¹⁴⁸ C.1.3.49.1. *Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.* (531 d. C.).

¹⁴⁹ C.1.3.49.5. *Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.* (531 d. C.).

convenientes para hacer posibles los fines fundacionales. Los directivos de la fundación y los tribunales deben solucionar todos los obstáculos que hagan impracticables los fines establecidos por el fundador mediante su liberalidad colectiva perpetua de caridad.

Además, en esta dirección, Justiniano sostiene que, incluso, en el supuesto de imposibilidad de cumplimiento del fin de caridad, por inexistencia o falta de designación de destinatarios concretos, los administradores del fondo fundacional (obispos, ecónomos) y, en su caso, los tribunales pueden buscar nuevos destinatarios. En último término, los jueces tienen poder para decidir sobre la forma de distribuir los fondos de caridad, establecer sus cuantías y la elección de los nuevos beneficiarios, que deben, en todo caso, ser considerados por el tribunal como personas que cumplen unos requisitos que sean los más cercanos posibles a la voluntad inicial instituida por el fundador; por ejemplo, pobres, y si no los hubiese, otras personas necesitadas de otro tipo de sustentos, como los débiles y los enfermos¹⁵⁰:

«Sin autem nullus xenon in civitate inveniatur, tunc secundum de captivis sanctionem pro tempore oeconomus sacrosanctae ecclesiae vel episcopus hereditatem accipiat et sine Falcidiae ratione pauperibus, qui in civitate sunt vel penitus mendicantes vel alia sustentatione egentes, eadem pecuniae distribuantur¹⁵¹».

En los Estados Unidos, este poder de la corte judicial, que autoriza a los administradores de un fondo de liberalidad a elegir nuevos fines de caridad, así como a la designación de nuevos beneficiarios, distribución de fondos y sus diferentes cuantías, se ejerce también mediante *Cy-près*. Es evidente, además, el paralelismo de la constitución C.1.3.49.6, «*Cy-près* romana bizantina», con el poder judicial *Cy-près* ejercido por los tribunales americanos, en el marco de los procesos que surgen del ejercicio de una *Class Action*. Por ejemplo, en 2002, la Corte de Apelación del Octavo Circuito de los Estados Unidos, en el caso «*Airline Ticket Commission Antitrust Litigation*», estableció:

«Accordingly, we reverse the district court's order and remand the case for a new *cy pres* distribution. The unclaimed funds should first be distributed on a proportional basis to the travel agencies in Puerto Rico and the U. S. Virgin Islands which were subject to the caps. We leave the details of this distribution to the district court's discretion. We also leave it to the district court to determine a recipient for any funds that may remain after distribution to these travel agencies. Such a recipient must relate, as nearly as possible, to the original purposes of the class action and its settlement. We recognize that the court's discretion in this regard must be guided, in part, by the amount of the

¹⁵⁰ *Airline Ticket Commission Antitrust Litigation* (U. S. Court of Appeals, Eighth Circuit), Travel Network (others), Plaintiff/Appellee, American Society of Travel Agents, Plaintiff/Appellant, National Association for Public Interest Law, Intervenor on Appeal, v. United Airlines; American Airlines, Inc, Continental Airlines, Inc; (others), Defendants, 02-1639. Decided: October 4, 2002.

¹⁵¹ C.1.3.49.6. *Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.* (531 d. C.).

remaining unclaimed funds and the costs of searching for another qualified recipient».

Como cláusula de cierre, el marco de la normativa jurídica civil de «*Cy-près* romana bizantina», creada por los juristas de Justiniano, establece que cuando la voluntad general del fundador es genérica, pero es realizada o establecida inequívocamente en favor de la caridad, la fundación con fines colectivos es siempre válida. Además, si esta última no pudiese desplegar efectos inicialmente, por algún vicio o defecto jurídico, o bien, si después de la muerte del disponente, la fundación persiguiese un fin que deviene ilícito (supuesto ya resuelto, en el siglo III d. C. por Modestino, D.33.2.16, *libro IX responsorum*), o incluso, si el fin de la fundación se tornase en impracticable o imposible de cumplir, los administradores del fondo de caridad podrían exigir y los tribunales podrían restaurar el fondo fundacional de caridad con la asignación de un nuevo fin colectivo filantrópico, que fuese lo más próximo posible a la voluntad inicial del fundador.

Por último, los juristas de Justiniano establecieron un límite a «*Cy-près*»: si el fundador estableció que los fondos de caridad fuesen destinados a una institución filantrópica concreta de causas pías, sólo esta última podrá ser la destinataria de los bienes y del dinero de aquél. Este supuesto cierra el paso a la posibilidad de que un tribunal concreto puede aplicar medidas restauradoras de la fundación y designe una nueva institución fundacional beneficiaria que sustituya a la primigenia designada por el disponente:

«Haec tamen omnia locum habere sancimus, quando non certi xenonis vel certi ptochii vel certae ecclesiae nominatio a testatore subsecuta est, sed incertus est eius sensus. Sin autem in personam certam vel in certam venerabilem domum respexit, ei tantummodo hereditatem vel legatum competere sancimus, nulla Falcidia nec in hac parte intercedente¹⁵²» (531 d. C.).

5. CONSIDERACIONES FINALES

Numerosas actividades filantrópicas *inter vivos* y *mortis causa* fueron realizadas por los ciudadanos romanos en el Bajo Imperio y en la época bizantina, por y para causas pías cristianas colectivas¹⁵³. Esta actividad dio fruto al nacimiento de un suelo jurídico, fértil y rico, que hizo germinar a las raíces romanas de *Cy-près*. Esta última posibilidad, en algunos supuestos, la protección y la restauración de las voluntades unilaterales fundacionales para impedir su extinción. Raíces postclásicas y bizantinas de *Cy-près* que fueron acordes, además,

¹⁵² C.1.3.49.7. *Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.* (531 d. C.).

¹⁵³ En el Bajo Imperio romano, y sobre todo, durante el siglo VI d. C., según el decir acertado de W. L. BURDICK, «*The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law*», 1.^a ed. 1938, New Jersey, 2004, p. 295.: «they were, however, foundations, created by their donors and administrated by the Church. They were like unto our own modern charities or public trust».

con los precedentes jurídicos clásicos establecidos por las respuestas jurisprudenciales dadas por Erennio Modestino en el siglo III d. C. al mismo problema (concretamente, la posibilidad de restaurar fideicomisos filantrópicos privados instituidos para fines públicos¹⁵⁴).

La continuidad histórica y jurídica que goza el fideicomiso fundacional privado romano, establecido con fines colectivos y públicos de caridad, durante la Edad Media es el puente que conduce a *equity-trust*, y, por ende, a las liberalidades piadosas y de caridad –*charitable trusts*–. Aunque estas últimas reciben una gran influencia de las sombras alargadas del derecho feudal germánico, a través del «*saalman*» (= ejecutor testamentario)¹⁵⁵, sin embargo, las perspectivas romanas del trust son confirmadas por numerosos juristas del *Common Law*. En esta posición se sitúan las plumas de importantes juristas, como W. W. Buckland¹⁵⁶ y McNair¹⁵⁷, W. L. Burdick¹⁵⁸, P. Stein¹⁵⁹ y J. Golsworth¹⁶⁰. Este último, además, sostiene que las nociones del fideicomiso junto a la idea rudimentaria romana de personalidad jurídica legal han servido para el desarrollo de entidades con personalidad jurídica separada¹⁶¹ (por ejemplo, las fundaciones). Más allá, incluso, parece ir D. Johnston quien evidencia paralelismos¹⁶² y diferencias¹⁶³, e incluso, identifica *fideicommissum* con trust¹⁶⁴. Este enlace histórico y jurídico ha sido confirmado también por el *stare decisis* del propio Tribunal Supremo de los Estados Unidos: «in fact, our law pertaining to charities is derived from the Roman Law, and the Supreme Court of the United States has said the whole English of charitable donations was borrowed from the Roman Law, and copied almost verbatim into the Common Law writers¹⁶⁵».

La unión histórica y jurídica de *equity-charity trust* con *Cy-près* es intensa. Esta relación ha sido puesta de manifiesto por H. K. Anheiner y S. Toepler: «the court has under certain circumstances the power to adapt the purpose of the

¹⁵⁴ D.33.2.16. *Modestinus libro IX responsorum*.

¹⁵⁵ En este sentido, CARVALE M., «*Fedecommissio (dir. interm.)*», en *ED*. vol. 17, 1968, p. 110.

¹⁵⁶ BUCKLAND W. W. «*Equity in Roman Law*», University of London Press, London, 1911, p. 19: «the case of *fideicommissum* provide us with very like a trust».

¹⁵⁷ BUCKLAND W. W y MCNAIR, «*Derecho Romano y Common Law*», 1.ª ed. 1936, Madrid, 1994, pp. 174 -175.

¹⁵⁸ BURDICK W. L. *cit.*, p. 295

¹⁵⁹ STEIN P. *cit.*, p. 123.

¹⁶⁰ GOLDSWORTH J., «*Private Foundation: Law & Practice*», U. K. (2011) pp. 7, 10-11, 14 -15.

¹⁶¹ *Ibid. cit.*, p. 14.

¹⁶² JOHNSTON, D., «*The Roman Law of Trust*», Clarendon Press-Oxford, 1988, p. 283: «striking parallels exist between the Roman law of *fideicommissa* and the English law of trusts».

¹⁶³ JOHNSTON, D., «*The Roman Law of...*», *cit.*, pp. 283-284: «In Roman law the trust operated only *mortis causa*; its concern was not principally with the administration of property (the modern role) but with its restitution to another person. Modern trusts and tax law are virtually inseparable; in the Roman law of trusts tax is never mentioned as the motive for setting up a trust».

¹⁶⁴ JOHNSTON, D., «*Sucession*», en *The Cambridge Companion to Roman Law*, Cambridge University Press 2015, p. 206

¹⁶⁵ *Ibid. cit.*, p. 295 y nota 67: «*Inglis v. Trustees 3 Pet. etc. (U. S.) 140*».

trust according to the cy-près rule¹⁶⁶». Sin embargo, esta potestad reparadora del trust de caridad pública tiene orígenes que, todavía hoy, son objeto de discusión. Así, G. Jones sostiene que «Cy-près was known to the Romans. (...) But it is conjectural whether equitable Cy-près entirely civilian in inspiration¹⁶⁷». Más lejos va J. E. Sullivan, quien cree, en relación a *Cy-près*, que «the doctrine existed in the Roman Law and was adopted by the English Chancery Courts during the Middle Ages¹⁶⁸». Para solucionar este problema de autoría, creemos que el nacimiento y la continuidad histórica y jurídica procesal que alcanzó al fideicomiso de caridad, también se debe hacer extensiva a *Cy-près*. *Cy-près* y su equidad se deben a las fundaciones privadas de beneficencia con fines colectivos (fideicomisos de caridad –*charities trusts*–). Si Roma clásica y bizantina cultivaron el suelo que hizo germinar a las raíces fértiles de *Cy-près*, la jurisdicción de los tribunales medievales eclesiásticos¹⁶⁹, mediante la aplicación del Derecho Romano-Canónico, y, posteriormente, (según Sir W. Blackstone fue en el reinado de Eduardo III, siglo XIV d. C. cuando la Court of Chancery adquirió competencia definitiva en materia de *trust*¹⁷⁰) los sucesivos cancilleres, jueces de la Court of Chancery (formados en las anteriores disciplinas¹⁷¹), hicieron surgir definitivamente la institución protectora de las relaciones fiduciarias fundacionales, en el campo de las reglas de juego de *equity-charitable trust*¹⁷². Y, por ende, desarrollaron su tronco jurídico en Inglaterra¹⁷³. Es probable, además, que los cancilleres utilizaran diferentes instituciones romanas, que fueron filtradas por la óptica del Derecho de equidad pretorio (*bonum et aequum*)¹⁷⁴ y del Derecho canónico¹⁷⁵, para ir moldeando los roles, las reglas y la estructura jurídica procesal del triángulo mágico *equity-charity trust-cy-près: curiae preto-*

¹⁶⁶ ANHEIER H. K. y TOEPLER S. «Private Funds. Public Purpose. Philanthropic Foundations in International Perspective», Kluwer Academic, New York, 1998, p. 58.

¹⁶⁷ JONES G. *cit.*, pp. 73-74.

¹⁶⁸ SULLIVAN, J. E. *cit.*, pp. 196-197.

¹⁶⁹ STEIN P. *cit.*, p. 123.

¹⁷⁰ BLACKSTONE W. «Commentaries on the Laws of England in Four Books», vol. 2, 1753, ed. Philadelphia, 1803, Libro III, Cp. 4. n.º 53.

¹⁷¹ BLACKSTONE W. «Commentaries on the Laws of England in Four Books», vol. 2, 1753, ed. Philadelphia, 1803, Libro III, Cp. 8, n.º 53. Hayton y Marshall, *cit.*, p. 6. Stein P. *cit.*, p. 121.

¹⁷² HAYTON Y MARSHALL, *cit.*, p. 6, precisan que la institución del trust es originaria de Inglaterra: «A trust is the creature of Equity».

¹⁷³ Según PEARSON E. G. *cit.*, p. 139, la Iglesia se aseguraba así el control perpetuo de la propiedad del fondo fundacional de caridad: «the doctrine to save bequests for religious charitable purposes, which thereby subjected the trust property to the control of the Church».

¹⁷⁴ Influencia que proviene de la equidad internacional del pretor peregrino, según Thomas Scrutton en «The Influence of the Roman Law on the Law of England», Cambridge (1885) pp. 152-162, y se hace perceptible en Inglaterra con la jurisdicción de Lord Chancellor en tiempos de Jaime I (1567 d. C.-1603 d. C.). En este sentido también se sitúa Re D. E., «The Roman Contribution to the Common Law», en *Fordham Law Review*, n. 29 (1961), New York, pp. 478-480.

¹⁷⁵ Hayton and Marshall, *cit.*, p. 6. Stein P. *cit.*, p. 123, sostiene que «la mayoría de los cancilleres de la época anterior a la Reforma eran clérigos, familiarizados con el Derecho Civil y el Derecho Canónico y que se movían libremente entre ellos para desarrollar la *Equity*». Johnston D. *cit.*, p. 285.

riae¹⁷⁶, aequitas¹⁷⁷, duplex dominium¹⁷⁸, in bonis habere, usus-fructus¹⁷⁹, fidei-commissum¹⁸⁰, tutela¹⁸¹ y «cy-près romano clásica¹⁸² y bizantina¹⁸³» (= restauración judicial de los fines de charity trust, que deben ser lo más semejantes posibles a la voluntad primigenia del instituyente¹⁸⁴, por cambio de circunstancias¹⁸⁵, ilicitud, imposibilidad, impracticabilidad¹⁸⁶). En esta dirección, según piensa G. Jones (quien se apoya en el precedente judicial Att.-Gen. V. City of Rochester, 1674), ya en el siglo xvii d. C., «the Chancellor was prepared to accept some of the Roman rules of construction¹⁸⁷». De este modo, una rica jurisprudencia de equidad, en materia de Cy-près, fue impregnada por diferentes perspectivas y raíces jurídicas romanas. *Judicial Cy-près*, que fue brotando del seno del Tribunal de la *Equity*. Jurisprudencia que fue completada, posteriormente, por las cortes judiciales del *stare decisis*.

¹⁷⁶ BACON F, «*De Aug. Scient.*» L, 18, cp. 3, *Aphor.* 35, 45. Blackstone W. «*Commentaries on the Laws of England in Four Books*», vol. 2, 1753, ed. Philadelphia, 1803, Libro III, Cp. 8, n.º 52: «But the extraordinary court, or court of equity, is now become the court of the greatest judicial consequence. This distinction between law and equity, as administered in different courts, is not at present known, nor seems to have ever been known, in any other country at any time: and yet the difference of one from the other, when administered by the same tribunal, was perfectly familiar to the Romans; the *ius praetorium*, or discretion of the praetor, being distinct from the *leges*, or standing laws, but the power of both centred in one and the same magistrate, who was equally intrusted to pronounce the rule of law, and to apply it to particular cases by the principles of equity. With us, too, the *aula regia*, which was the supreme court of judicature, undoubtedly administered equal justice according to the rules of both or either, as the case might chance to require (...)».

¹⁷⁷ RE D. E., *cit.*, pp. 477-484.

¹⁷⁸ BLACKSTONE W., «*Commentaries on the Laws of England*», Oxford, 1765 (edición London, 1794), vol II. n. 328.

¹⁷⁹ BLACKSTONE W. *cit.* n. 328.

¹⁸⁰ BLACKSTONE W. *cit.* n. 328: «But the *fidei-commissum* which usually was created by will, was disposal of an inheritance to one, in confidence that he should convey it or dispose of the profits at the will of another».

¹⁸¹ Si creemos a PETER STEIN, *cit.*, p. 23, Court of Equity también aplicó el derecho de tutela romano, concretamente las obligaciones y los deberes que tenían los tutores para administrar los bienes de sus pupilos, para solucionar los problemas de administración y uso del patrimonio del trust, y, en consecuencia, para encauzar el cumplimiento de las relaciones fiduciarias de los trustees con terceros. Sobre la influencia de estas instituciones romanas en Equity-Trust, Suárez Blázquez G., «Perspectivas jurídicas romanas de la construcción judicial del triángulo mágico fideicomiso & equity & trust», en *RGDR*, n.º 26 (Julio, 2016) Iustel, Madrid, pp. 32-48.

¹⁸² D.33.2.16. *Modestinus libro IX responsorum*. G. Jones. *cit.*, p. 73 cree que Cy-près, aunque de orígenes oscuros, parece hundir sus raíces en el viejo solar jurídico del Derecho Romano clásico.

¹⁸³ C.1.3.49.2. *Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.* (531 d. C.). C.1.3.49.1. *Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.* (531 d. C.). C.1.3.49.5. *Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.* (531 d. C.). C.1.3.49.6. *Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.* (531 d. C.). C.1.3.49.7. *Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.* (531 d. C.).

¹⁸⁴ GERONIME, L. J., «The Cy Pres Doctrine in Wisconsin», en *Marquette Law Review*, n. 49. (1965), pp. 397-388.

¹⁸⁵ SARE J., BELKNAP W., LLP T., «Changing Donor-Imposed Restrictions: Cy Près and Equitable Deviation», en *Professional Tax & Estate Planning Notes*, (NYCT), New York, June 2013, p. 1.

¹⁸⁶ HAYTON Y MARSHALL, *cit.*, pp. 392-393.

¹⁸⁷ JONES G. *cit.*, p. 174, not.1.

Los tribunales del *Common Law* de Inglaterra y las cortes de justicia de los Estados Unidos hacen hoy de *Cy-près* una institución de *Equity* fuerte y vigorosa, protectora de las voluntades y de las fundaciones con fines de caridad públicos, así como de las liberalidades colectivas (*charities trusts*), frente a posibles abusos de herederos y terceros ¹⁸⁸, y, por ende, afianzadora del beneficio público y del interés general ¹⁸⁹.

GUILLERMO SUÁREZ BLÁZQUEZ
Universidad de Vigo

¹⁸⁸ STORY J., GRIGSBY W. E., «*Commentaries on Equity Jurisprudence*», 1.ª ed., London 1884, reimpr. New Jersey 2006, p.1.

¹⁸⁹ En este sentido, SULLIVAN, J. E. *cit.*, p.196: «The rule of construction by which many of these charitable gifts are preserved for the public benefit is known as the Cy Pres Doctrine».