

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año III

Octubre de 1927

Núm. 34

F I D E I C O M I S O S

Origen y evolución

La lectura (en los números 23 y 28 de esta Revista) de un resumen de la magnífica disertación del Dr. D. Felipe Clemente de Diego, en la inauguración del curso académico de 1926-1927 sobre el llamado fideicomiso de residuo, me ha movido a exponer unas ligeras consideraciones sobre el fideicomiso en general, para tratar con mis modestas fuerzas de fijar su antiguo carácter y su evolución, hasta su actual significado.

Es siempre digna de consideración la lenta evolución de una institución jurídica desde un primario período de formación inconsciente; en un doble sentido: en tanto en cuanto el pueblo no comprende la institución jurídica que vive y siente como propia; y también en cuanto no la vive como derecho, sino como costumbre principalmente religiosa a un período semiconsciente, en que ya es consciente en cuanto a derecho; pero inconsciente en cuanto al principio informador del mismo, y al fin a un período de muerte del derecho y al par conciencia del mismo, por investigadores extraños al pueblo que lo creó, por supervivencias y perduración de formas y figuras, muertas, vacías de contenido y encerrando sin vida otras instituciones con el antiguo nombre, pero ya sin su peculiar significado.

Así ocurre con la institución del fideicomiso, nacida de las más profundas raíces del espíritu romano, llena de vida y sentido, durante el período de pleno dominio del *jus civile*, entremezclada y muerta ya, en el derecho justiniano; llena de vida nuevamente para el investigador moderno, que la contempla a la luz

del principio informador de la sucesión romana, y muerta, dando nombre a instituciones opuestas a lo que fué en esencia, en nuestros modernos derechos.

Pero no se puede comprender su desarrollo, sin adueñarse del espíritu del derecho en que nace; de modo que sólo engarzado en el derecho sucesorial romano, podemos comprenderle, en su origen y vista, su evolución; clara aparecerá su distribución de las figuras así nombradas en el moderno derecho.

Y sólo así, puede lograrse que, consideradas a la luz del principio vivificador, recobren las instituciones la vida, se levanten nuevamente erguidas y fuertes, como parte de un organismo, y muestren la lucha de creencias, pasiones e intereses, conflictos de voluntades y realidades, para crear el derecho y el esfuerzo de un pueblo, no sólo para crearlo, sino para mantenerlo, afirmarlo y transmitirlo de generación en generación.

Nos es, pues, necesario, para este ligero examen del fideicomiso, considerar como supuesto el principio esencial de la sucesión romana, o sea el testamento, es la inmortalidad romana; es de esencia religiosa, es la perduración de la voluntad del muerto, que se afirma como inmortal y que logra, en el heredero desprovisto de ventaja material alguna, su más pura representación; en modo alguno, la herencia implica una disposición patrimonial.

El testador nombra su continuador, el heredero instituído, y dispone aparte de sus bienes; esta disposición es de derecho público, tiene fuerza de ley y expresión solemne y es refrendada por la comunidad en la reunión de los Comisios per cunis o por sus representantes, como testigos, en el antiguo testamento, *per oes et libram*.

La disposición patrimonial, se hace en forma civil solemne e imperativa: es el legado.

El testador no utiliza el derecho, se sirve de la fidelidad, la fe aún viva, en la religiosidad específicamente romana, y es el fideicomiso. *Ulpiano*, XXIV, I: «*Legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur; nam ea, quæ precative modo relinquuntur, fideicomissa vocantur.*» XXV, I: «*Fideicommissum est quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.*»

Fidelidad que, para robustecerla, emplea el juramento, sobre el futuro cumplimiento de su voluntad ; el más general, «per Lares», que tanto nos debe aclarar el espíritu de la institución este juramento, este acto religioso ; de encomendar la vigilancia del cumplimiento de la voluntad del muerto, a los dioses Lares, a los de la casa, a los que más teme ofender el sucesor.

El cumplimiento de la disposición pende de la confianza, pero no simplemente de la confianza personal del testador en las cualidades del heredero, sino de su confianza, en la fuerza del sentimiento religioso del romano, en la creencia, en la supervivencia de la voluntad y la necesidad religiosa de que tal voluntad tuviese un continuador, y que tal voluntad se realizare. Responde, pues, el fideicomiso, aún más que el legado, al espíritu específico romano ; el heredero, el fiduciario, cumpliendo los mandatos del de *cujus*, sin obligación civil, sin poder ser forzado coactivamente, a la entrega de los bienes, responde perfectamente a la idea de que la voluntad del muerto actúa en él, y cuando por la entrega total del patrimonio en el fideicomiso universal, entregada la hereditas, queda sin ventaja patrimonial alguna, es cuando es más heredero, entonces ; es el heredero que responde al deseo del testador, actuando por él, sólo en consideración a él no por interés ni beneficio alguno. El es su heredero, es su continuador y en su fe encomienda, actúe como el desearía actuar, confía en que su voluntad se cumplirá «testator fidei heredis committebat» *Inst. de fidei, hered II, 23*, y repiten la idea nuestras Partidas, Ley 14, tít. 5, P. 6. *Fideicomissaria substitutio* en latín, tanto quiere decir en romance, como establecimiento de heredero, que es *puesto en fe* de alguno...

Este concepto amplio del fideicomiso implica el no compartir en modo alguno la corriente y general opinión de ser el fideicomiso un arbitrio, para eludir prohibiciones legales y salvar incapacidades para heredar, del rígido *jus civile* ; explicación forzosamente limitada y tan generalizada, sin embargo, pues no comprendido su fondo religioso no se considera su vitalidad y se limita la explicación de su origen, a pesar de chocar tal explicación con nuestra idea de la aptitud de un pueblo que siendo el supremo e insuperable artífice del derecho, aparezca a veces como extrañamente perplejo en sus resoluciones jurídicas, manteniendo formalismos, para nosotros inútiles, pero para él representantes de lo

más puro de su espíritu, y que aun decaído éste, e influenciado el *ius civile* por el honorario, procura mantener y defender.

No es explicación del origen de una institución jurídica del desarrollo y amplitud del fideicomiso romano ver en él sólo un artificio para eludir leyes prohibitivas; nos debe extrañar de ella el que aparece el pueblo jurista por excelencia formulando la ley prohibitiva; la manifestación de su conciencia jurídica, para, como arbitraria, eludirla. ¡Raro espectáculo!, pues o la ley responde a la conciencia jurídica o no; si la ley responde, como es natural suponer, dado que ningún poder extraño ha obligado al pueblo a formularla, la formula para eludirla sin más contenido ni significado que ese, o sea un artificio para evitar el someterse a la ley, será una rebeldía, un fraude condenable y condenado, y en modo alguno de él podrá surgir una institución de amplio desarrollo, merecedora de respeto y con acogida en las costumbres, como de honda raigambre, y, finalmente, en la legislación, respetada y querida por el pueblo y reglamentada por los emperadores. Si, por el contrario, es la ley prohibitiva la que pugna con la conciencia jurídica, es inexplicable su promulgación, y aún aceptada ésta, como un hecho anterior, su vigencia; pues lo natural ante un nuevo estado jurídico será abrogable y no eludirla continuamente, y no ocurre así en el fideicomiso, pues siendo, por ejemplo, una de las leyes que se señala que procuraba eludir la «*Voconia de mulierum hereditate*», año 585, no sólo ésta no es abrogada, sino que, de tal modo no choca con la conciencia jurídica, que se condena el eludirla, y poco después de más de un siglo se dicta la «*lex Falcidia de legatis 714*»; cuando de ser contraria, lo natural sería abrogarla en vez de inventar trámites para incumplirla.

Difícil es explicar que una institución, para cuya vigilancia se crean hasta dos pretores especialmente afectos, no tenga otro origen que satisfacer deseos «*in frauden legis*».

Esta limitación, a mi juicio, para comprender el origen del fideicomiso, proviene, entre otras causas, de las siguientes: 1.^a) Primera, la general incomprendión del derecho sucesorio romano, estudiado, no tratando de comprender las creencias específicas de que surge, sino considerándolo a través de nuestro moderno concepto, que no ve en la sucesión más que cambio de titulares del patrimonio. 2.^a) Segunda, de considerar como genuina represen-

tación del derecho romano el derecho justinianoo, que, si a nuestros ojos puede aparecer como el resultado de un proceso de superación, de un derecho menos humano, no debemos olvidar que el tal progreso ético sólo es posible en tanto en cuanto implica la negación de su peculiar carácter, y que lo que bajo un aspecto es progreso, bajo otro no es mas que la decadencia del genuino derecho romano, aun conservando mil formas y supervivencias, pero muertas y vacías de su espíritu creador, vencido por un derecho más equitativo, pero extraño. Así es como siendo el derecho sucesorio el más peculiar y específico, y dentro de él el fideicomiso, su forma más significativa de su estudio nos aparece aquí lejos de ser el derecho justinianoo, la forma más acabada del derecho romano, es su completa negación ; y 3.^a) Tercera, en los fideicomisos, llenos de espíritu religioso, sin reglamentación civil, es fácil considerar, erróneamente, como punto de partida de su evolución, la reglamentación bajo Augusto y considerar el período anterior como de nacimiento de la figura, para eludir prohibiciones legales en vez de considerar como fué realmente ; que decaído el espíritu público, desaparecido de hecho su forma de gobierno (la República), crecida la ciudad por considerable afluencia de extranjeros, naciente el imperio al debilitarse las creencias públicas, al entibiar la fe, precisa una coacción para la restitución ; que antes, sin ninguna obligación legal por un íntimo y sentido deber, realizaba el fiduciario.

No creo, pues, en la opinión de que sea el fideicomiso una forma de disposición que nacida en la costumbre viviese pugnando con el «*ius civile strictum*» (número 23 de esta Revista, p. 824), ni, como afirma Pandelletti, citado por el señor De Diego, una brecha abierta en el exclusivismo y en el formalismo del derecho de los testamentos y legados, sino todo lo contrario ; no es forma solemne del derecho civil estricto, precisamente, porque responde consuetudinariamente a la necesidad religiosa íntima del «*ius civilis*» ; éste se codifica, precisamente, porque la fuerza de la costumbre va decreciendo ; la codificación de las XII Tablas responde a un primer debilitamiento de la fuerza religiosa de la costumbre. (Wilson. *L'Etat*, tomo I, p. 23.) Todo hombre está obligado a conformarse rigurosamente a la costumbre de su tribu y de su casa. La superstición (léase religión) da más fuerza a cada ligadu-

ra, a cada nudo del hilo tradicional... (V. Letelier. *Génesis del derecho*, etc., p. 582.) «Durante la primera etapa de la vida de los pueblos, etapa que siempre se prolongó larguísimos siglos, corresponde exclusivamente a la costumbre establecer nuevas normas jurídicas y nuevas instituciones políticas y civiles», p. 603. «La irreformabilidad (de las costumbres) garantiza de generación en generación la íntegra transmisión de una verdadera herencia de adquisiciones jurídicas», Código de Manú. Precisamente esa manifestación, por su carácter consuetudinario, debía movernos a considerar que su no reglamentación legal responde a que la fuerza del espíritu nacional que encarna es aún viva y fuerte, no exige que se formule legalmente, para que sea cumplida; no debe olvidarse, en contra de nuestras opiniones modernas, que la ley implica un previo debilitamiento de la costumbre; por ello, la institución que responda al espíritu nacional, es la que menos precisa legislar sobre ella, pues todo el pueblo la vive y siente como propia, sin precisar se le formule y declare en forma imperativa.

Por ello es natural que el fideicomiso no produzca obligación civil hasta después de Augusto, y no reciba, hasta Constantino y Teodosio II, formas preceptivas y que se defienda de la ingeren-cia en su campo de un espíritu opuesto; como nos lo prueba el que, introducido por la «lex Falcidia» en los legados, siga negándose bastante tiempo (hasta Vespasiano) su aplicación a los fideicomisos.

Claro que nuestra opinión no quiere negar en modo alguno que el fideicomiso, con su ausencia de formas solemnes, sin acción para reclamar civilmente la restitución, no pudiera ser a veces utilizado para eludir una prohibición legal, pero este abuso no es bastante para ser una explicación suficiente de su origen, máxime cuando sabemos que en Roma, al ser conocidas prácticas para eludir prohibiciones, utilizando el fideicomiso, se condenan éstas; así se prohibió el utilizar el fideicomiso para que heredasen peregrinos.

La mayoría de las figuras jurídicas, pueden presentar formas que se presten a abusos y que puedan y sean utilizadas en forma antijurídica, «*in fraudem legis*», en el campo fideicomisario, lo es el llamado fideicomiso tácito, combatido en Roma y en nuestro derecho (Ley 15, 5.^a-6.^a Partidas; 5-26 Junio 1862; esta ley de Par-

tidas prohíbe que la designación del fideicomisario sea confidencial, artículo 782, Código civil), pero no debemos deducir de un abuso que naciera para abusar, y en modo alguno ese abuso y la lógica enemiga contra el fideicomiso tácito, debe generalizarse a todas las demás formas del mismo.

El fideicomiso es en su esencia un modo de disposición de bienes, sin rigorismo civil, institución que se desarrolla paralela al legado y sobre igual base, y, como señalaremos someramente, con evolución semejante e idéntico fin al identificarse en el derecho justiniano; dice por ello *Serafini*: «Los legados, en su más amplio sentido, se dividen históricamente en legados *fideicommissus singulæ rei*»; los legados se caracterizan por su disposición *lege modo, do lego*, etc.; los fideicomisos por su disposición no imperativa, *rogo, etc.*; esa es la característica del género, pero con gradación desde la forma específica de cada figura a la figura hermana, a través de formas menos diferenciadas; genuino representante de la forma *legata*, el *legatum per vindicationem* de cosa cierta y propia del testador; legítimo representante de la forma *fideicommissus*; el fideicomiso universal u orden rogada de transmitir el patrimonio como un todo, el verdadero y único heredero (el fiduciario), al beneficiario del mismo (el fideicomisario), he aquí las dos formas típicas, pero luego formas híbridas, el *fideicommissus singulæ rei, el legatum partitionis*.

Ambas responden, pues, al mismo principio, base del sistema sucesorio romano, la supervivencia de la voluntad individual en el heredero, por consecuencia, amplia libertad de disposición en el testador y deseo natural en éste, para lograr su más pura y desinteresada representación de ordenar la transmisión de los bienes a persona distinta del heredero.

Siendo idéntica su base lógica, el principio indicado, e idéntica su base jurídica, el principio de libertad, recogido para los legados en las XII Tablas «*Uti legassit super pecunia tutelare suce rei, ita ins est*», sus diferencias, que señalaremos algunas, no son bastante a impedir una evolución semejante, hasta el completo triunfo del espíritu opuesto, en el derecho justiniano.

Ambas son atribuciones patrimoniales, siendo su diferencia principal, más que ser en sus formas genuinas, singular el uno y universal el otro; el ser el legado disposición solemne e imperativa

y el segundo, ruego no solemne ; por ello, el legado sólo puede ser ordenado en forma solemne, en testamento y después de la institución del heredero ; como base y sostén que es ésta de todo el edificio testamentario. «Ante heredi institutione legari non potest», mientras que el fideicomiso no estaba sujeto a forma ni fórmula, podía ser verbal, y de estar en el testamento, podía ser antes o después de la institución.

El legado pendía de la institución: si el heredero sostén del testamento desaparecía, el legado perdía su fuerza ; sólo en consideración al heredero, vale, y no es posible un legado, para después de muerto el heredero. «Post mortem heredis legari non potest, ni ab heredis herede legari videatur, quod juris civilis ratio non patitur.» *Ulpiano*, XXIV, 16.

El legatario no podía ser gravado, a su vez, con legado. «A legataris legari non potest», ídem XXIV, 20, en modo alguno podía actuar como continuador de la voluntad del de «cujus», distribuyendo legados : el que sólo tiene un crédito contra la masa o la propiedad de algún objeto de ella. El fideicomiso podía ser gravado con legados, porque aunque en esencia sea un legado o sea una atribución patrimonial, ésta no la recibe «legis» modo.

Parece una contradicción ; pues sin el soporte de la voluntad, el heredero, el legado no existe ; el legatario, mero acreedor, no puede cumplir legados ; sin embargo, puede gravarse con legado el fideicomiso ; pero es que, como extraño al testamento, no le comprende la imposibilidad lógica de que existan en él dos representantes al mismo tiempo de la voluntad del muerto, o sea el heredero instituido y el legatario, gravado con legados y entregando estos en nombre del de «cujus» ; mientras que la existencia fuera del testamento, de alguien, el fideicomisario gravado que entregue bienes, aun en nombre del muerto, en modo alguno repugna al derecho civil, pues no puede hacerlo como heredero, fuera de la solemnidad testamentaria, de cuya unidad lógica interna, aun comprendido el fideicomiso en el testamento, él no forma parte.

El derecho de acrecer, que se daba en los legados llamados de propiedad, no se da en fideicomisos antes de Justiniano.

Los legados «per vindicationem» y el legado al heredero, el «legatum per proceptionem» producían un derecho real, pues la

propiedad se transmitía al legatario, el fideicomiso sólo engendra obligación personal.

Son, pues, figuras diferentes, encarnaciones de un mismo principio, con evolución semejante, a través de la cual se van aproximando, «con el transcurso del tiempo, se fueron aproximando cada vez más, los legados y los fideicomisos, acabando por confundirse en una sola institución» *Serafini*. En efecto, las formas tan ricas y significativas de los legados «per vindicationem, per proeceptionem, per damnationem y sinendi modo», van perdiendo importancia y agrupándose a la forma de más vitalidad y posibilidades, el «legatum per damnationem», el más amplio, pues permite el legado de cosa ajena, y al par se acercan al fideicomiso, con la forma del «legatum partitionis», legado de parte de la herencia. «Potest autem et alia pars, velut tertia, vel quarta legari, quoe species partitio vocatur.» *Ulpiano*, XXIV, 25.

La fusión de las formas de legados se verifica gradualmente por el Senado Consulto Neroniano, que declara que el legado caduco, en su forma específica, puede valer como legado «per damnationem»; pero la Constitución de Constancia c. 21 de legatis, VI, 37, que establece que puedan hacerse indistintamente, con cualquiera de las fórmulas, las cuatro especies de legados, y al fin Justiniano, que de hecho encuentra realizada la unificación de los legados y que el fideicomiso por las Constituciones de Constantino y Teodosi II ha adquirido formalización, no sólo llama «subtilitatem» a las distinciones entre unos y otros legados, sino que los asimila a los fideicomisos, para unificar su naturaleza, «unam naturam imponere», reduciendo no sólo los legados a una forma única, el «per damnationem», sino uniéndolos al fideicomiso «...ut nulla sit inter ea differentia, sed quod de est legatis hoc repleatur esc natura fideicommisorum, et si quid ampliur est in legatis, per hoc crescat fideicommisorum natura». Just. § 3, II, 20.

Se llega, al fin, a la pérdida del sentido de ambas instituciones, que ni se distinguen entre sí ni apenas tampoco de la institución de heredero, que perdida su importancia y significado, sólo se considera disposición patrimonial.

Indiquemos algo del camino para llegar a este resultado, primero en el campo de los legados, después en el de los fideicomisos.

Base común, la voluntad del muerto, que cree en su inmortalidad, la religión que cree igualmente en ella y en su permanencia, el sometimiento religioso del heredero a las consecuencias de su identidad con el difunto (hasta en nuestras Partidas, tratando sobre los herederos suyos, repitiendo la frase de la Novela 48, p. 1, «... qui iiden cum defuncto...»), se dice, ley 21-3, Part. 6. «... E llamaron los Sabios antiguos a tales erederos como estos suyos, porque son como una persona e una cosa con el testador...»); este principio de identidad, generador de todo el sistema sucesorio del «ius civilis», lleva en sí el germen de su propia ruina, en tanto en cuanto el «heris», a quien se impone la sumisión absoluta, tiene a su vez voluntad propia, igualmente fuerte e igualmente considerada como la esencia de su personalidad, de tal modo que al aflojarse la coacción religiosa, tiene necesariamente que surgir la voluntad del heredero, frente a la del testador, rebelarse contra la tiranía del muerto y empezar a ver la herencia, no en consideración al muerto, sino en atención a él y a las ventajas que pueda reportarle; en lucha inevitable con el muerto, que busca un heredero, sin ventaja alguna, como su mejor continuador.

De aquí la evolución de un derecho primitivo, que probablemente consideraba transmisibles al heredero hasta las penas y honores personalísimos del muerto, a un derecho de simple transmisión patrimonial.

Debilitado el nexo religioso, los herederos repudian las herencias a que son llamados, con todo o casi todo el patrimonio distribuido en legados, y al fin consiguen, utilizando el horror del romano a quedar sin heredero, que hacia fines del siglo VI [571 (?)] se dicte la «lex Furia», en virtud de la cual, el heredero, que veía evaporarse el patrimonio en legados, consigue se ponga un límite, mil ases, cantidad máxima que puede adquirir un legatario, aun legándole mayor valor; la ley reporta un beneficio al heredero, pero se dicta en consideración al testador y a que éste, por la repulsa del heredero (sin ventaja patrimonial alguna y respondiendo «ultra vires»), no quede sin continuador. «Idque iporum testatorum gratia provisum est ob id quod plerique intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire» Just., II, 22.

Pero, como a pesar de la ley el patrimonio podía dividirse en

legados de mil ases, «poterat quinque hominibus *singulis milennos asse*s legando totum patrimonium erogare», sin quitar nada al heredero y respondiendo sin embargo de «sacra» y deudas «ultra vires», en 585 se dicta la «lex Voconia de mulierum hereditate», y en ella se prohíbe que nadie pueda recibir individualmente, más que el heredero en su unidad; de aquí un gran obstáculo para despojar al heredero, pues siempre percibirá algo, y su percepción será norma y límite de los legados posibles; pero aún podía el testador rebajarla por la multiplicación de legados de poca importancia, y que así sucedió en realidad, utilizando el testador este último recurso (por ilógica que actualmente nos parezca su conducta), nos lo muestra, el que poco después de más de una centuria, en 714, se dicta la «lex Falcidia de legatis», por la cual el heredero adquiere directamente ya el derecho a detraer una cuarta parte (Quadraus) del as hereditario; es, pues, la solemne declaración de muerte del antiguo derecho; al implicar la institución de heredero un derecho patrimonial, derecho pleno a una cuarta parte de la herencia, limitando la facultad de disposición del de «cujus», que queda reducida a disponer de tres cuartas partes (Dodraus).

Indicada la evolución de los legados, veamos la de los fideicomisos.

Venían estos cumpliéndose sin más coacción que la religiosa, de ser cierta nuestra opinión; al decaer el espíritu del «ius civile», al debilitarse la conciencia religioso-jurídica del pueblo, consecuencia no sólo de la contradicción lógica de su principio básico, sino de la afluencia de extranjeros a Roma, continúa desde el fin de las guerras púnicas, a consecuencia de su crecimiento en poderío, al triunfar el espíritu del derecho pretorio, precisara obligar a cumplir lo que antes sin coacción ni obligación civil era cumplido, y así ocurre realmente al desaparecer de hecho la República, al ser derrotado el derecho sucesorial romano, con la publicación de la ley Falcidia, en tiempo de Augusto; en una palabra, el fideicomiso pasa a ser de hecho una obligación civil, por la que el fideicomisario puede obligar al heredero a la entrega del patrimonio.

Siendo, como dice *Lassalle* (Sistema de derechos adquiridos, tomo 2, pág. 103), la ley Falcidia la definitiva derrota del testador por el heredero y con él la de toda la sucesión romana, precisaba otorgarle una compensación y se le da en el campo del fideico-

miso, obligando al heredero la jurisprudencia a la restitución, y manteniendo el antiguo derecho no se concede la aplicación de la ley Falcidia a los fideicomisos.

Se mantiene, pues, el antiguo principio aún con más rigor, pues el fiduciario puede ser obligado a entregar, pero, por lo mismo, desvirtuado en su esencia, pues ya no descansa en la fe, sino en la obligación. ¿ Y cómo puede producirse una tan grave innovación, sin que sea que responda íntimamente a una situación anterior ? ¿ Y cómo producirse paulatina no imperativamente ? Si nuestras afirmaciones son ciertas, si la declaración o el reconocimiento legal no es mas que la confirmación de un estado consuetudinario que pierde su fuerza de coacción íntima, la declaración legal de una obligación, debe corresponder a un deber anterior, y lo encontramos confirmado en este punto ; no es gran trastorno convertir un deber en una obligación exigible, aunque a primera vista nos lo parezca el convertir la fidelidad en obligación legal ; por ello, Augusto no hace revolución jurídica alguna, tan opuesta, además, en todos sentidos, a su espíritu cauto y cuidadoso, mantenedor de formas externas, sino que no hace mas que reconocer un estado existente, trasladar al campo de derecho lo que fuera del mismo tenía vida propia, así se dice en la Instituta : «*Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversus est in assiduam jurisdictionem*», porque era justo y era popular, no sólo popular, sino justo, es decir, porque era costumbre jurídica.

Pero el mantenimiento del antiguo principio, con daño evidente del derecho, no podía ser duradero ; veamos su situación : el heredero ordinario ha triunfado con su derecho a detraer la cuarta ; el heredero fiduciario, no sólo no puede detraer la cuarta, sino que puede ser obligado por el fideicomisario a la entrega de los bienes, dejados en fideicomiso o de la hereditas en conjunto en el fideicomiso universal. Se ve, pues, despojado de los bienes, y en su calidad de heredero, que en modo alguno pierde por la entrega, respondiendo de las deudas «*ultra vires*».

Para evitar o eludir en parte, su responsabilidad recurre a una simulación, y así como en el «*legatum partitionis*» llegó a una convención con el legatario, para compensarse proporcionalmente créditos y débitos («*stipulationes partis et pro parte*») en el

fideicomiso, recurre a simular la venta de la herencia al fideicomisario («*stipulationes quasi emptæ vendiæ hereditatis*»), a consecuencia de la cual el fiduciario era indemnizado de lo que como heredero hubiese pagado, y devolvía lo adquirido con tal carácter, pero encontrándose un tercero que respondiese de las deudas hereditarias.

Mas introducido el principio opuesto al romano en el campo sucesorio, aparecía ante el derecho pretorio, poco equitativo, el que el fiduciario, obligado a restituir la herencia, siguiera obligado a responder de sus cargas, y por ello, en tiempo de Nerón, se dicta el Senado Consulto Trebeliano, que, «*Cum esset œquissum...*», estableció que después de la entrega del fideicomiso no podrían intentarse acciones contra el fiduciario, y al par que concedía acciones útiles al fideicomisario, le sujetaba a las acciones útiles que podían utilizar contra él los acreedores, viniendo del campo del derecho pretorio la figura de un heredero útil: el fideicomisario.

Triunfa aquí también el derecho pretorio del civil; poco puede tardar también en el campo del fideicomiso su derrota definitiva, y ésta tiene lugar en tiempo de Vespasiano, cónsules Pegaso y Pusión, con el Senado Consulto Pegasiano, que aplica al fin la cuarta Falcidia a los fideicomisos.

Los dos Senados Consultos se excluyen: el que no recibe bienes no debe responder de deudas (Trebeliano); el que recibe la cuarta, no hay razón para que no responda como heredero (Pegasiano); de ellos vemos el triunfo del nuevo concepto de heredero (el que recibe los bienes): no recibes bienes, no respondes al nuevo concepto de herederos, no debes responder como tal. Es una total confusión de conceptos: el heredero, ahora heredero patrimonial, no es en esencia distinto del legatario; el legatario no es distinto del fideicomisario, y toda la sucesión es un derecho, en relación a un patrimonio, que queda sin dueño.

El Senado Consulto Pegasiano sólo es aplicable al caso de que el fiduciario no herede al menos la cuarta parte, entonces puede detraer a completar la cuarta y responde como heredero, pero si recibe más de la cuarta parte, es decir, un mayor beneficio que en el supuesto anterior, su responsabilidad es menor, y no responde él sólo de los débitos, hay, pues, una contradicción; pues

una herencia superior a una cuarta parte del as produce menos responsabilidad, para el fiduciario, que una de menos importancia (inferior a la cuarta parte), pues en este caso responde ampliamente como heredero, tanto si detrae la cuarta como si no la detrae, pues si pudiendo hacerlo no lo hace, el renunciar voluntariamente una ventaja no produce alteración jurídica ; esta contradicción es, ante el concepto de sucesión patrimonial, completamente inexplicable ; por ello, es corriente considerarla como infundada y que, como arbitraria (Serafini), fué suprimida por Justiniano.

Mas si consideramos que el Senado Consulto Pegasiano, a pesar de dar cabida al nuevo derecho con la introducción de la cuarta falcidia, en los fideicomisos, mantiene el concepto antiguo de heredero, y que la detracción de la cuarta la hace el fiduciario, como tal heredero, nos aparecerá lógica la consecuencia de que responda como tal heredero civil ; mientras que, si por voluntad del testador, le resta, después de hecha la entrega, más de la cuarta, al no necesitar utilizar el Senado Consulto Pegasiano, no tiene que sufrir las consecuencias del mismo, y puede, sin obstáculo alguno, utilizar la equidad, o sea el principio de responsabilidad, en proporción a utilidad, debiendo, por ello, responder él y el fideicomisario en proporción a sus adquisiciones respectivas (*Lassalle*).

Mas la injusticia del Senado Consulto Pegasiano obliga al fiduciario, para eludir sus consecuencias, a volver a las antiguas «*stipulationes*», y en su evitación, y borrando hasta el último residuo del derecho civil, significando el triunfo completo del nuevo derecho Justiniano, igual que borro las diferencias de los legados entre sí, y de éstos y los fideicomisos, borra la distinción de los dos Senados Consultos ; reciba más o menos de la cuarta, acepte voluntariamente si, obligado por el pretor, responde siempre con el fideicomisario y en proporción a su adquisición ; refunde los Senados Consultos, dando la preferencia al más conforme con el nuevo derecho, el Trebeliano ; de tal modo, que la cuarta falcidia, aplicada a los fideicomisos por el Senado Consulto Pegasiano, queda, y así pasa a nuestro derecho (aún perdura en Cataluña), al través del romano medieval, con el nombre de cuarta Trebeliánica ; así las Partidas, ley 8.^a, tít. II, B. 6 : «Tre-

bellianica dizen en latin, la quarta parte que el eredero deue auer de los bienes de la erencia en que es establecido, quando es rogado del testador, quede despues o entregue la erencia a otri, y asi pase, con el nuevo principio de responder siempre, sólo en proporción a su parte. «Otrosi dezimos, que él es siempre tenido de pagar *su parte* de las debidas que debiesse el testador, quanto *le copiesse a pagar por razón desta quarta parte*», a pesar de ser la misma cuarta falcidia de la ley 1.^a, título II, Partida 6.^a «... E por ende dezimos, que quando algún ome faze manda (legado) de todos sus bienes de manera que non dexa al eredero la su parte que deue auer, estonce el eredero puede abascar, de cada una de las mandas la quarta parte della e retenella para si...», cuarta que toma el nombre de trebelianica, como hemos dicho, en vez de pegasiana, que debía tener, ley 14, título V, Partida 6.^a, «... sacando ende la quarta parte de toda la erencia, que puede tener para si. E esta quarta parte es llamada en latin trebellianica...»

Triunfa, pues, plenamente el nuevo derecho hereditario, la cuarta falcidia, consecuencia del mismo, se aplica a los legados; se aplica a los fideicomisos, en beneficio del fiduciario; se aplica a los fideicomisos de residuo en beneficio del fideicomisario (cuarta inversa). Novela 108, cap. I y II, e influye hasta en la determinación de la legítima. Novela 118.

Mas el testador puede prohibir la detracción de la cuarta, Novela 1.^a, cap. II, párr. 2.^o, porque desaparecida la distinción específica, entre heredero y legatario, no siendo el heredero mas que un beneficiario patrimonial, no puede exigir un derecho privilegiado especial ni impedir, en consecuencia, que la prohiba el testador, ya no en su daño, pues sólo responde a prorrata :

Igualmente no choca, con la nueva conciencia jurídica, la aplicación de la cuarta falcidia, antes beneficio propio y peculiar del heredero, al fideicomisario, producto de la inversión completa del derecho; el fideicomisario es ya un heredero y ya puede llamarse al fideicomiso una sustitución, ya hay dos herederos, ya es una sustitución fideicomisaria, con los requisitos que señala el señor De Diego: primero, doble delación, disposición, al menos, en favor de dos personas, una la llamada en primer lugar (fiduciario) al goce de los mismos y otra la designada en segundo para

recogerlos (fideicomisario); segundo, obligación civil de conservarlos, el primer instituído, para transmitirlo al segundo (característica esencial, según Sánchez Román), y tercero, orden sucesivo, creado por el testador, en derogación del orden general sucesorio; dos herederos, pues, uno directo del testador, el otro indirecto, por intermedio del primero.

Pero ya no es el fideicomiso romano, con una sola institución (el fiduciario, heredero antes y después de la entrega), sin obligación civil, sino fidelidad. El fideicomiso es hoy una sustitución; el fideicomiso es, en su origen, una atribución patrimonial, sin obligación civil de entrega de los bienes afectos a la misma, sino confiada a la fe del heredero. Hoy, el fideicomiso singular es un legado; el universal, una sustitución; en la mayoría de los Códigos modernos, los latinos, el Código alemán, art. 2.100: «El testador podrá instituir un heredero, de tal modo, que lo sea después que otro lo haya sido (sustitución fideicomisaria)», pero llamando en muchos artículos al fiduciario *gravado*, pues para él es una carga lo que para el testador es una sustitución, y declarando contra el principio romano «qui semel est heres, semper heres», «restituta auten hereditate, is qui restituit, nihilo minus heres permanet», en su art. 2.139: «Al abrirse la sustitución, dejará el gravado de ser heredero y entregará la herencia al sustituto.»

En el Código suizo, más bien una carga del fiduciario, artículo 488, párrafo 1.º: «El testador podrá imponer al heredero instituído el *gravamen* de transmitir la sucesión a un tercero...»; artículo 489, párrafo 3.º: «... la sucesión quedará definitivamente a favor de los herederos del fiduciario desde el momento en que, por una causa cualquiera, no pueda efectuarse la transmisión al fideicomisario», art. 491: «El fiduciario adquirirá la sucesión como cualquiera otro instituído. Se convertirá en propietario, con la obligación de restituir»; teniendo por el art. 492, párrafo 2.º: «... En caso de premuerte del fideicomisario, los bienes sustituidos corresponderán al fiduciario, salvo disposición contraria...»

¿Y el fideicomiso de residuo? Es el antiguo «*fideicommissum eius quod supererit*», limitado primero por la fiel y honesta administración y luego por la cuarta trebelianica inversa, Nov. 108. Hoy, sabiamente estudiado por el señor De Diego (núms 23 y

28 de esta Revista y su obra «Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias *de residuo*»), y al que remitimos al que deseé profundizar en su naturaleza, cláusula llena de flexibilidad y muy usada por el pueblo, que, en su intuición jurídica, la siente adecuada, para el caso frecuentísimo, de desear una transmisión, y, sin embargo, no querer limitar el derecho del primer instituído; así dice la exposición de motivos del Código civil alemán: «Caso de que no queriendo el causante excluir a sus herederos legales, deseé las ventajas de la herencia por tiempo determinado en favor de un tercero; v. gr., de su cónyuge, sin sujetarse a las restricciones inherentes al usufructo de la herencia.» Produciendo en Roma, además, cuando la ilimitación era absoluta, cuando no estaba el fiduciario obligado a caución alguna, y la realización del fideicomiso pendía exclusivamente de su voluntad, puesto que podía disponer de modo que no quedase resto alguno, el fideicomiso «*ei quid supererit*».

Ambos fideicomisos, indeterminados en extensión a lo que reste del patrimonio, y además el primero sometido a un plazo (vida del fiduciario), el segundo, pendiente de una condición (existencia de un resto patrimonial, de que no haya dispuesto el fiduciario, quedando sin efecto de no existir éste).

Considérase hoy, por algunos, como disposición modal, como legado a plazo o condicional con condición suspensiva, resolutoria para otros, institución de antiquísimo abolengo y no implicando en modo alguno, ni existencia de un comisario, ni efectos civiles para vínculos secretos, ni vinculación alguna de bienes, sino sólo una disposición fideicomisaria, sin limitar totalmente la facultad dispositiva del primer instituído, por si en ciertas circunstancias se viera precisado a recurrir a ella. Admitiéndose, por ello, modernamente, sin que choque con nuestro espíritu, opuesto a toda vinculación, siendo aplicado, a pesar del silencio del Código, por el amplio criterio admisivo del artículo 675 y la reserva de la facultad del testador de conceder al fiduciario más derechos de los legales normalmente, artículo 784 del Código civil. Resolución de la Dirección general de los Registros de 26 de Mayo de 1925.

El Código alemán le da carta legal en sus dos formas, artículo 2.137: «Cuando el testador haya restringido el derecho del

sustituto a lo que quede de la sucesión, cuando la sustitución se alza, se entenderá que ha liberado al gravado de las restricciones y obligaciones indicadas en el artículo anterior.»

Lo mismo sucederá, en caso de duda, cuando el testador haya dispuesto que el gravado «tenga derecho a disponer libremente de la sucesión», pero si bien le libera de las obligaciones de los artículos a que el 2.136 hace referencia, vuelve al antiguo principio romano del arbitrio de buen varón, que también defiende el señor De Diego, art. 2.138, párrafo 2.º: «... Si contra lo prescrito en el párrafo 2.º del art. 2.113 (sobre disposiciones a título gratuito) hubiese dispuesto el gravado de un objeto de la sucesión, o si, con intención de perjudicar al sustituto, hubiese mermado la herencia, estará obligado a la indemnización de daños y perjuicios.»

¿Y los fideicomisos sucesivos? Ya indicamos que el fideicomisario podía ser gravado con legados y fideicomisos, si el testador, usando de esta facultad, establecía el *gravamen* de restitución a otro u otros beneficiados, surgía la forma del fideicomiso sucesivo; hemos subrayado la palabra *gravamen* para que no olvidemos que no se trata de una sustitución, sino de una carga; para que la sustitución fuera posible, sería preciso que desapareciera el concepto propio del fideicomiso, que el fiduciario y el fideicomisario adquiriesen igual significado e importancia; hemos visto que esto se produce con el ocaso del derecho romano; entonces tiene ya una base firme para desarrollarse la figura, bajo la forma de una sustitución sucesiva, pero como al surgir está la propiedad plenamente individualizada y contraria la libertad de disponer, aunque tenga ya una base en la posibilidad legal de sucesivos fiduciarios, sólo surge, y sólo podía surgir en un sistema sucesorio patrimonial y en una organización individualista del derecho, como una carga y como carga contraria a la libertad de disposición de ser perpetua es limitada por Justiniano, Nov. 159, cap. II; así que lo mismo el fideicomiso sucesivo libre que su forma de fideicomiso de familia se extingue al cuarto grado, y se transmite por el orden establecido por el testador, y en los de familia, como supletorio, el orden legal ab intestato.

Pero al adueñarse el derecho romano justiniano del mundo germano, tomará esta figura un desarrollo e importancia enorme,

producida por dos causas: primera, será la cédula social germana, no el individuo, sino la familia; segunda, la especial comunidad germana de bienes raíces y de todos los no adquiridos, por la existencia de un patrimonio familiar. Así, que lo mismo que los germanos alteran la necesidad de la adición de la herencia y alteran el carácter de las legítimas, que fundan en la copropiedad, alteran este fideicomiso, que de ser una carga pasa a ser un patrimonio con un titular permanente (la familia) y sucesivos tenedores, en representación de aquélla (los miembros de la familia aunque va correspondiendo), suponiendo que éstos no heredan sucesivamente unos de otros, sino todos directamente del fundador. Además, por la confusión medieval de propiedad—dominio, imperio, jurisdicción—, consecuencia del espíritu germano y propia del feudalismo, surge el segundo carácter de esta nueva institución, o sea un orden especial de sucesión, aparte del legal ab intestato el dueño de los bienes; generalmente, el señor que quiere perpetuar el nombre de su estirpe y mantener el brillo y esplendor de su casa, estatuye, en virtud de su amplio poder dominical, una excepción al orden sucesorio legal, en los bienes que afecta al cumplimiento de su deseo, establece un orden sucesorio privilegiado.

Esto confirma nuestra afirmación al empezar este trabajo, perdura el nombre antiguo, pero con un contenido distinto por completo; así este fideicomiso no es, no ya sólo un fideicomiso, sino que no es, siquiera, una sustitución, siendo, por el contrario, una institución a favor de una persona jurídica: la familia.

Conjunto de bienes, propiedad de una familia (Código prusiano), usufructuado sucesivamente por miembros de la misma, sin facultad de disponer, ni *inter vivos*, como simples usufructuarios que son, ni *mortis causa*, como patrimonio transmisible por su orden privilegiado.

Origen de los mayorazgos, de los *Familiengüter*, tan importantes en su día, tan combatidos en la edad moderna (Jovellanos: *Informe sobre la ley agraria*), contrarios a la libertad de disponer, y amortizando paulatinamente la propiedad. De aquí su supresión, leyes de la revolución francesa, a partir de la del 14 de Noviembre de 1792, y en nuestra patria, leyes de 27 de Septiembre y 11 de Octubre de 1820, que suprime los fideicomisos, mayo-

razgos y toda clase de vinculaciones, disponiendo quedasen los bienes libres y que se dividiessen por mitad entre el poseedor actual y el representante del derecho expectante o sucesor inmediato, y libres al poseedor actual, caso de no haber sucesor, preceptos mantenidos por Real decreto de 30 de Agosto de 1836 y Ley de 19 de Agosto de 1841.

Limitados en el Código francés y demás modernos y en el nuestro, art. 781: «Las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto, siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador», casi repitiendo el terminante precepto de la ley de 11 de Mayo de 1888, Base 16, párrafo primero: «Materia de las reformas indicadas (en las sucesiones por la Base 15) serán, en primer término, las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador.»

El Código alemán, también las limita, pero no por grados, sino por un plazo; dice la exposición: «Ocurren también casos en que él dispone de sus bienes por testamento, abrigue serios temores de que los herederos disipen los bienes que quiere se conserven en su familia. Según la mayoría de las leyes en vigor, sólo aparece la sustitución fideicomisaria una vez, o al menos, en número determinado de casos; el derecho común (romano) limita en los fideicomisos de familia la sustitución a cuatro grados; el prusiano los permite dos veces; el francés y el bávaro, una sola.»

«También parte el nuevo Código del principio de que no puede sujetarse la sucesión por tiempo indeterminado al establecimiento de una institución, sustrayéndola a la libre circulación, aunque tampoco limita la sustitución fideicomisaria, según el número de casos, creyendo más equitativo señalar un plazo para que cesen sus efectos (art. 2.109, treinta años de la muerte del causante)...»

ANTONIO MARÍN MONROY.

Notario.