

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE FIDEICOMISO TÁCITO EN EL DERECHO ROMANO

Aura Tazón Cubillas

Investigadora del Área de Derecho Romano.

Universidad de Cantabria

RESUMEN:

Se pretende en este trabajo delimitar el concepto de fideicomiso tácito con que operan los juristas clásicos aclarando los términos y el alcance de la diferencia que se observa entre la posición de Juliano-Calístrato (D.30.130 y D.49.14.3pr.) y la de Marcelo-Paulo (D.30.123.1 y D.49.14.40pr.). La hipótesis de la que se parte es doble: por una parte, que el concepto jurisprudencial de fideicomiso tácito es unívoco, sobreentendido en las fuentes y distinto de las nociones de fraude y fideicomiso secreto; por otra, que los juristas mencionados difieren exclusivamente en el tratamiento procesal del dolo del fiduciario.

Palabras clave: fideicomiso tácito – fideicomiso secreto – *fraus legis* – *palam relinquere* – *ius capiendi* – publicidad formal – publicidad material – dolo – presunción de fraude.

ABSTRACT:

The purpose of this paper is to set the limits of the concept *tacitum fideicommissum* as operated by the classical jurists, clarifying the terms and the range of difference which can be observed between Iulianus-Calistratus' position (D.30.130 and D.49.14.3pr.) and Marcellus-Paulus' position (D.30.123.1 and D.49.14.40pr.). The hypothesis from which we depart is a double one: on one hand, it states that jurisprudential concept of *tacitum fideicommissum* is univocal, inferred from the sources and different from the notions of fraud and secret trust; on the other hand, it explains that the abovementioned jurists only differ in the procedural treatment of the fiduciary's deceit.

Keywords: *tacitum fideicommissum* – secret trust – *fraus legi* – *palam relinquere* – *ius capiendi* – formal publicity – material publicity – deceit – fraud presumption.

Aproximación al concepto de fideicomiso tácito en el Derecho romano

Es objetivo de este trabajo deslindar nociones confusas y perfilar los contornos de la institución del fideicomiso tácito en Roma. La materia presenta gran interés científico, dado que en la literatura romanística, tanto española como internacional, no hay apenas estudios monográficos al respecto. Las referencias parciales a esta figura se encuentran dispersas en trabajos de diversa índole sobre la legislación caducaria, las causas de indignidad para suceder y la represión de los actos jurídicos fraudulentos. Ello a pesar de ser uno de los precedentes de las “herencias de confianza” y, en opinión de algunos autores, también de la institución del albaceazgo.

Este vacío doctrinal sobre la materia contrasta con la preocupación que suscitó en la antigüedad, hasta el punto de que dos de los grandes juristas clásicos, Gayo y Paulo, le dedicaron sendas monografías (sus *libri singulares de tacitis fideicommissis*) y otros muchos se ocuparon de ella especialmente en sus comentarios *ad legem Iuliam et Papiam*.

Las fuentes que han llegado hasta nosotros, si bien son numerosas, están filtradas por el inevitable tamiz de los compiladores justinianos, en cuya época los fideicomisos tácitos interesaban en cuanto mecanismo idóneo para cometer fraude de ley. Es por esta razón que la literatura romanística, amén de escasa y dispersa, los trata de manera imprecisa.

Así pues, trataremos de delimitar el concepto y régimen del fideicomiso en general, para, una vez clarificado tal contexto, poder tratar el fideicomiso tácito en particular. Estudiaremos para ello la polémica de los juristas clásicos Juliano y Calístrato *versus* Marcelo y Paulo, así como las posiciones doctrinales en torno a la misma, y procuraremos demostrar nuestra primera hipótesis de trabajo, cual es la inexistencia de una dualidad de conceptos en las fuentes sobre fideicomiso tácito. Demostrado este aserto, se llevará a cabo una revisión crítica de las fuentes manejadas, proponiendo que los juristas clásicos están de acuerdo en el concepto de fideicomiso tácito, así como en las características del *fraus legi*, pero que difieren en el tratamiento procesal del dolo.

1. EL FIDEICOMISO ROMANO EN GENERAL.

1.1 Concepto y origen del fideicomiso

«*Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur nec ex rigore iuris civilis profiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.*» Fideicomiso es, según Ulpiano¹, lo que se deja, no con las palabras del derecho civil, sino rogando, y no tiene su origen en el rigor del derecho civil, sino que es dado por la voluntad del que lo deja. Se trata, pues, de un encargo desprovisto de formalidades jurídicas², encomendado a la fe de la persona que lo recibe. Así se desprende de I.2.23.1:

1 Reg. 25.1.

2 GENZMER, E., “La genèse du fidéicommiss comme institution juridique”, en *RHD* 40 (1962), p.329, dice: «Cicerón (*De fin.* III.20.65) distinguait entre les dispositions testamentaires et les *commendationes morientur*. Ces dernières se caractérisent par le fait qu’elles n’impliquent aucune obligation juridique, mais sont confiées, si on tient à les observer, à la *fides*». Vid. también TREGGIARI, F., *Minister ultimae voluntatis. Egesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario I. Le premesse romane e l’età del diritto comune*, Napoli, 2002, p.43.

«... y por esto se llamaron fideicomisos, porque no se apoyaban en ningún vínculo de derecho, sino tan sólo en la honradez de los que eran rogados.»³

Hasta la época de Augusto careció de medio procesal para hacerse valer⁴, y su cumplimiento, por tanto, «no tenía otra garantía que la honradez y lealtad (*fides*) de aquel a quien se encomendaba»⁵. Llevarlo a cabo no era jurídicamente obligatorio, pero sí cuestión de honor⁶.

En cuanto al origen de este tipo de disposiciones, Gayo⁷ nos sugiere que pudiera haber sido la voluntad de beneficiar *mortis causa* a extranjeros quienes, si bien no tenían capacidad para recibir herencias ni legados, sí podían ser fideicomisarios. TREGGIARI opina que, en realidad, el primer caso de sucesión testamentaria indirecta pretendía eludir la drástica limitación de los derechos sucesorios de las mujeres⁸, impuesta por la *lex Voconia* (169 a.C.)⁹. Con independencia de que la afirmación de este autor nos parezca excesivamente categórica, lo cierto es que ambos casos parecen responder más bien a la pregunta de por qué se extendió el fideicomiso que a la de cómo surgió.

En efecto, es *communis opinio* que el gran impulso al desarrollo del fideicomiso vino dado por la necesidad social de burlar las disposiciones que limitaban la capacidad de recibir y, especialmente, las restricciones impuestas por las leyes caducarias de Augusto a *caelibes* y *orbi*¹⁰. Sin embargo, decir que la institución surge precisamente para soslayar este tipo de normas parece, cuando menos, discutible.

3 «... et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur.» GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano* II, Santiago de Chile, 1996, p.733, explica que «una disposición de esta naturaleza recibe el nombre de *fideicommissum*, por la fórmula (no prescrita) que suele usarse: “encomiendo a tu fe” (*fidei tuae committo*)».

4 I.2.23.1. Si bien tendremos oportunidad de reseñar las opiniones de autores que consideran existía una cierta protección de los fideicomisos ya en la época republicana.

5 ARIAS RAMOS, J.—ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano* II. *Obligaciones. Familia. Sucesiones*, Madrid, 1991, p.850. CASTRESANA HERRERO, A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*, Madrid, 1991, p.33, indica que el término *fides*, en el compuesto *fidei-committere*, es «aquella confianza a la que se encomienda la disposición *mortis causa* y que interpone el fiduciario, empeñando su palabra de que restituirá la herencia o determinados elementos de la misma al fideicomisario».

6 CATTAN ATALA, Á., “Fideicomiso tácito en la jurisprudencia clásica”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9 (1984), pp.9-17. Es interesante señalar la importancia de la *fides* en la vida romana, mucho más vinculante, desde luego, que en la de hoy en día. Para ello, cabe citar, a título de ejemplo, D’ORS, Á., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 2004, p.66: «La *fides* es una idea central del pensamiento jurídico y político de Roma: propiamente, la lealtad a la palabra dada. Es una virtud del más poderoso (...) La *fides* llega donde no alcanza la fuerza vinculante de la forma, y es el fundamento de todas las obligaciones no-formales (...)». Muy expresivo es también SHULZ, F., *Principios del Derecho Romano*, trad. Manuel Abellán Velasco, Madrid, 1990, p.244: «Los romanos se vanaglorian de su fidelidad, y contraponen orgullosamente la “fidelidad romana” a la púnica o a la griega. Ser fiel es uno de sus principios vitales (...) los romanos tienden seriamente a la fidelidad, y, para ellos, la infidelidad es una mancha social». En la misma línea de D’ORS, añade que «la *fides* exige que se mantenga la palabra, cualquiera que sea la forma en que haya sido expresada». Sirva esto para hacer ver que, si bien el fideicomiso era, en sus inicios, una figura carente de protección jurídica, estaba sometido a una coacción moral y social muy fuerte, que lo hacía apto para el cumplimiento de su finalidad.

7 Gayo 2.285.

8 TREGGIARI, o.c., pp.23 y ss. Debemos puntualizar que, más adelante, en la p.38, matiza su afirmación inicial, señalando que el origen del fideicomiso de herencia está en el propósito de eludir esta restricción (y cita, para ilustrarlo, dos casos de Cicerón), mientras que en la disposición en favor de *peregrini* se encuentra el origen del fideicomiso de cosa singular.

9 Gayo 2.224-228. La *lex Voconia* excluía a las mujeres de las herencias de los llamados *centenarii* (ciudadanos con un patrimonio de más de cien mil sestercios), y también prohibía, siempre refiriéndose a los *centenarii*, que un legatario adquiriera bienes de la herencia por más valor que el que correspondía al heredero o herederos conjuntamente. D’ORS, o.c., pp.360 y 398.

10 *Lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.), *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y *lex Papia Poppaea* (8-9 d.C.). Estas normas negaban totalmente el *ius capiendi*, esto es, la capacidad de recibir por herencia, a

Analicemos, para ello, la noticia que nos da Gayo 2.285. Se limita a constatar que los extranjeros, carentes de *testamentifactio pasiva*, sí podían, en cambio, recibir *mortis causa* a través de un fideicomiso. ¿Significa esto que existía una prohibición en contra de los *peregrini* y que los fideicomisos eran un modo fraudulento de sortearla? Opinamos, con JOHNSTON¹¹, que en relación con los foráneos (él aplica el mismo criterio a las *incertae personae*) no había una especial prohibición, sino que simplemente no existían para el *ius civile*. En consecuencia, no podían beneficiarse de una disposición testamentaria otorgada conforme al rígido y exclusivista *ius Quiritium*, pero nada impedía que recibieran bienes en virtud de un ruego con eficacia moral¹², del mismo modo que no podían adquirir por *mancipatio*, pero ninguna objeción se ponía a que recibieran de un romano por simple *traditio*¹³. Consideramos, por tanto, que es desacertado decir que el fideicomiso surgiera para obviar una prohibición de adquirir *mortis causa* impuesta a los *peregrini*, pues nada se podía reprochar al que de esta manera recibía bienes de un ciudadano romano.

Sin embargo, si admitimos que su virtualidad para dejar bienes a los extranjeros haya sido una de las causas por las que empezaron a utilizarse los fideicomisos, aunque no la única. Señala CÁMARA que se han formulado al respecto cuatro hipótesis, no excluyentes entre sí, que nosotros reducimos a dos¹⁴:

a) El fideicomiso surgió para eludir las complejas formalidades que el *ius civile* imponía a los testadores. En este sentido, dice ARIAS RAMOS¹⁵ que «no era siempre cómodo y hacedero para el romano de la época republicana otorgar testamento con todos los requisitos necesarios para su validez *iure civile*». Podemos añadir que más

los *caelibes* (personas solteras de determinada franja de edad), y lo limitaban a la mitad de lo heredado para los *orbi* (hombres casados sin hijos y mujeres con menos de tres o cuatro, según que fueran ingenuas o libertas), entre otras restricciones. Las porciones de la herencia que estas personas no llegaban a adquirir se ofrecían, como *caduca*, a otras que, siendo herederas o legatarias por el mismo testamento, sí estaban dotadas de *ius capiendi*; en su defecto, las confiscaba el Estado. D'ORS, *o.c.*, p.362 y ARIAS RAMOS – ARIAS BONET, *o.c.*, p.895.

11 JOHNSTON, D., *The Roman law of trusts*, Oxford, 1988, p.32.

12 LEMERCIER, P., “Quelques remarques sur les origines du fideicommiss et sur les fideicommiss d'hérédité à l'époque classique”, en *RHD* 14 (1935), p.449, pone de manifiesto que, como todas las instituciones de “derecho internacional”, el fideicomiso descansa en la noción de *fides*, común a todos los latinos.

13 En este sentido, es interesante la opinión de MASCHI, C.A., “Tutela. Fedecommissi. Contratti reali. (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)”, en *Studi Volterra* IV, Milano, 1971, p.685: «Ebbene, dicendo che anticamente si potevano lasciare fedecommissi agli stranieri, non si fa altro che menzionare, e di sfuggita, non la storia, ma la preistoria del fedecommiss, e solo un aspetto particolare (...). Insomma, si tratta di rifarsi al regime pregiuridico dell'istituto, di richiamarsi unicamente alla *fides*, qui intesa come puro obbligo morale e appunto per questo i peregrini potevano *fideicommissa capere*». Con esto, MASCHI viene a apuntar que antiguamente no era una falta ni un fraude dejar bienes a los *peregrini* mediante fideicomiso, precisamente porque no era una institución protegida por el *ius civile*. Ampliando esta idea, se podría afirmar que se trataba de una restricción motivada por estrictas razones jurídicas; cuestión distinta es que más tarde se mantuviera por otras razones, fundamentalmente fiscales.

14 CÁMARA LAPUENTE, S., *La fiducia sucesoria secreta*, Madrid, 1996, pp.66 y ss. Las dos primeras (“eludir complejas formalidades” y “colmar las deficiencias tanto de legados como de la herencia”) son subsumibles en la misma categoría. Por su parte, la última es la que podríamos llamar “teoría religiosa” de MARÍN MONROY, “Fideicomisos. Origen y evolución”, en *RCDI* 3 (1927), pp. 721-740, que pone el origen del fideicomiso en la religiosidad romana, en el concepto de la fe romana. Sin embargo, esta idea expresa el motivo por el cual los fideicomisos obligaban moralmente, antes que la causa por la que surgieron. En realidad, apurando más, se podría todo ello condensar en una sola explicación: el fideicomiso era el medio idóneo para superar los inconvenientes del régimen formalista a que se sujetaban el legado y la herencia. Esta es la opinión de IGLESIAS, J., “Sobre fideicomisos y substitutiones fideicomisarias”, en *Revista Jurídica de Cataluña* 58 (1949), pp.100 y ss., para quien tales obstáculos podían ser jurídicos (falta de *ius capiendi* o de *testamentifactio pasiva* del beneficiario), o de hecho (imposibilidad de otorgar testamento; cita aquí, como ejemplo, el caso de quien se encontraba fuera de Roma, «en grandes y largas peregrinaciones», I.2.23pr.).

15 ARIAS RAMOS, J., “Fideicomisos y leyes caducarias” en *Revista de Derecho Privado* 24 (1940), pp.153-164.

difícil aún debía resultar en la época arcaica, en la que sólo se conocían dos formas: el testamento comicial (ante los *comitia curiata*, que se convocaban al efecto dos veces al año) y el *in procinctu* (ante el pueblo encuadrado en unidades militares). En cualquier caso, y siguiendo con el autor citado, «el deseo, a veces apremiante, de modificar la expresión de la última voluntad, no coincidía siempre fácilmente con las circunstancias precisas para reunir las solemnidades de un testamento, y tal voluntad expresábase entonces *precativo modo*, fiando su ejecución a la buena voluntad del encargado».

Claro que esta conclusión podría quedar desvirtuada por el hecho de que, como aseguran GENZMER y TREGGIARI, no había peor maldición para un buen ciudadano romano que morir intestado¹⁶. Pero, en realidad, esto no es un obstáculo insalvable, sino que simplemente nos obliga a matizar la opinión de ARIAS RAMOS, antes transcrita. Así, si aceptamos que un ciudadano de la antigua Roma sufría como una mácula en su honor el fallecer sin testamento, pero admitimos también que era complicado otorgarlo en un momento dado con todas las solemnidades precisas, el fideicomiso aparecía como una forma de mitigar el mal: en caso de no poder ordenar la sucesión conforme al *ius civile*, esta figura permitía, al menos, que una persona que de buena fe se encargase de dar a los bienes el destino deseado por el causante.

b) El fideicomiso surge para beneficiar *mortis causa* a extranjeros, carentes de *testamentifactio pasiva*. En este punto, debemos hacer una advertencia: por las razones antedichas en relación con la referencia de Gayo 2.285, no podemos coincidir con CÁMARA, quien indirectamente sugiere que se trataba de un método con que se pretendía burlar una prohibición¹⁷. No obstante, cierto es que el gran desarrollo posterior de la institución se debió, como ya se dijo, a su idoneidad para lograr fines prohibidos. No en vano fue «una de esas válvulas de escape que la corriente de la vida social logra abrirse cuando el excesivo formalismo y anquilosamiento de los cauces jurídicos hacen a éstos inadecuados para contenerla»¹⁸, un instituto en un principio amorfo, fluido, adaptable a las finalidades más variadas¹⁹. En cualquier caso, es obligado no perder de vista, con GUZMÁN BRITO, que los fideicomisos podían emplearse para fines lícitos, pues servían para mantener en el anonimato al beneficiario sobre el que no pesaba ninguna causa de incapacidad (el ejemplo que pone este autor es el del hijo ilegítimo cuya existencia el causante no desea revelar a su familia legítima)²⁰.

Hasta aquí lo relativo al por qué del uso originario de nuestra figura. No obstante, en cuanto al “mecanismo”, a la estructura del fideicomiso propiamente dicha, es necesario hacer referencia a los paralelismos que encuentra la doctrina con la *mancipatio familiae*, que algunos autores ven como antecedente del fideicomiso²¹. Ciertamente, su apariencia era semejante, pues en ambos casos se trataba de hacer llegar los bienes a

16 GENZMER, *o.c.*, p.323: «Tout le monde sait que, selon une coutume ferme et quasi sacro-sainte, un bon citoyen romain considérait qu'il était de son devoir de faire un testament». TREGGIARI, *o.c.*, p.30: «Ogni buon cittadino romano consideraba il fare testamento come un dovere sacrosanto e irrinunciabile».

17 CÁMARA LAPUENTE, *o.c.*, pero del mismo modo también los demás autores que consideran que el objetivo originario era fraudulento. Así, por ejemplo, TREGGIARI, *o.c.*

18 ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.153.

19 BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, trad. Manuel Fairén, Barcelona, 1960, p.297.

20 GUZMÁN BRITO, *o.c.*, p.734. Es expresiva, como corolario de esta idea, la opinión de BIONDI, *o.c.*, p.295, en la que, si bien fija el origen del fideicomiso en los primeros años del Imperio (dado que es entonces cuando se transforma, como veremos, en institución jurídica), deja claro que aparece «con el fin de proveer a las deficiencias del legado así como, como dice Gayo, a eludir algunas de sus disposiciones». Añade poco después que, «estando el fideicomiso fuera de la ley, servía a menudo para ir contra ella, sobre todo en materia de incapacidad de recibir o de disponer».

21 CÁMARA LAPUENTE, *o.c.*, p.57, n. 39, cita varios ejemplos de autores que «advierten una clara derivación histórica desde el *familiae emptor* hasta el fideicomiso». Entre ellos, TORRENT, A., *Venditio hereditatis*.

una persona, por medio de la intervención de un tercero²². Sin embargo, las coincidencias acaban ahí, porque la *mancipatio familiae* era un negocio jurídico fiduciario²³ por medio del cual alguien enajenaba *nummo uno* su patrimonio a otro (el *emptor familiae*²⁴), a quien se confería un dominio meramente formal hasta la muerte del vendedor-testador, y que, acaecida ésta, debía dar a los bienes el destino que el causante había determinado en su *nuncupatio*²⁵. El fideicomiso, en cambio, era un simple ruego sin forma jurídica alguna. La *mancipatio familiae* gozaba de eficacia conforme al *ius civile* y su cumplimiento, por tanto, era forzoso para el *emptor familiae*; el fideicomiso quedaba a la buena fe del fiduciario.

Lo cierto es que, con independencia de cuáles fueran, efectivamente, sus comienzos, el fideicomiso demostró, a lo largo de su historia en Roma, ser una de sus más versátiles instituciones²⁶, capaz de abrir nuevos horizontes a todo el sistema de las disposiciones *mortis causa*, rompiendo las estrecheces del ordenamiento tradicional²⁷.

1.2 Desarrollo de la institución

1.2.1 De obligación moral a institución protegida jurídicamente

Como ya se ha expuesto en el apartado anterior, el fideicomiso nació como una figura desprovista de protección jurídica. El vínculo que impelía al fiduciario a cumplir el encargo era estrictamente moral, sin que existiera mecanismo alguno para forzarle a llevarlo a cabo. El fiduciario que decidía traicionar la confianza del causante, quedaba, por tanto, completamente impune; hasta que Augusto introdujo la posibilidad de acudir a los cónsules, al menos en ciertas circunstancias.

No obstante, esta última afirmación habría que precisarla, pues hay autores que consideran lo contrario. Entre ellos, CASTRESANA HERRERO²⁸, quien sostiene que, antes de Augusto, se podía «encontrar un cierto grado de eficacia y sanción jurídica que, sin ser propias y exclusivas de la institución, dotaban a ésta, por vía indirecta, de suficien-

La venta de herencia en Derecho Romano, Salamanca, 1966, pp.82-83, dice que el *emptor familiae* era «el tipo de heredero fiduciario que vamos a encontrar más tarde en el fideicomiso de herencia, que parece ser una derivación histórica directa de la *mancipatio familiae*». También MURILLO VILLAR, A., *El fideicomiso de residuo en Derecho romano*, Valladolid, 1989, p.23, que ve en la *mancipatio familiae* el primer antecedente, «en cierto modo remotísimo, de la figura fideicomisaria». Opinión justamente inversa y, a nuestro juicio, más aceptable (aunque no necesariamente compartida) es la de FERRINI, C., *Teoria generale dei legati e dei fedecomessi secondo il diritto romano*, Roma, 1976, p.33, para quien la *mancipatio familiae* era, en su origen, un fideicomiso.

22 Así lo hace notar LEMERCIER, o.c., p.448: «dans les deux cas il y a transfert d'un patrimoine à un individu qui ne participe pas à l'acte, dévolution par l'intermédiaire d'un tiers auquel le disposant fait pleine confiance».

23 GUZMÁN BRITO, o.c., p.414. Por su parte, TREGGIARI, o.c., p.44, ve en la *fiducia cum amico* el origen de la *mancipatio familiae*.

24 Explica FERRINI, o.c., p.33, que era forzoso transmitir a un tercero, porque el disponente no podía mancipar directamente la familia a un hijo sujeto a su potestad. Esta dificultad se superó cuando la *mancipatio familiae* se transformó en el *testamentum per aes et libram*.

25 Gayo 2.103. D'ORS, o.c., p.356. ARIAS RAMOS – ARIAS BONET, o.c., p.822.

26 JOHNSTON, o.c., p.1.

27 BIONDI, o.c., p.301.

28 CASTRESANA HERRERO, A., “Notas sobre la sanción jurídica del fideicomiso en el período republicano”, en *Homenaje a Juan Berchams Vallet de Goytisolo*, vol.VI, Madrid, 1988, pp.47-41. Como bien señala CÁMARA, o.c., p.70, n.91, «la autora no se propone en ese trabajo, según sus palabras, afirmar que existiera una protección jurídica desarrollada antes de Augusto, sino poner en tela de juicio la unanimidad de la doctrina sobre la inexistencia de esa incipiente tutela jurídica anterior al Principado».

te tutela jurisdiccional». La razón por la que afirma esto la encontramos un poco más adelante: «una cosa es que para la válida constitución del fideicomiso no se utilicen, al menos de modo directo, los rígidos esquemas civiles y otra, bien distinta, que aquél, así configurado, carezca, de modo absoluto, de cualquier tipo de tutela jurisdiccional».

Las tres vías por las que estos autores nos sugieren que el fideicomiso obtenía cierta sanción jurídica antes de Augusto, son las siguientes:

a) El juramento promisorio, defendido por LEMERCIER y TREGGIARI²⁹ como un modo de constitución del fideicomiso, que otorgaba a éste una cierta protección.

b) La *cautio fideicommissorum servandorum causa*, cuyo estudio desarrolla CASTRESANA³⁰. Entiende ésta, en contra de LEMERCIER, que el juramento no era un modo de constitución del fideicomiso, sino un instrumento accesorio, de garantía.

c) La nota de infamia que el censor podía aplicar a los fiduciarios infieles. El principal adalid de esta tesis es LEMERCIER³¹; sostiene que la intervención del censor, no limitada por regla alguna, fundada en su *arbitrium* y operante en todo lo que era contrario a la *honestas*, era suficiente amenaza³².

Pero, al margen de esta posible sanción del fideicomiso, lo cierto es que la doctrina es unánime en considerar que con Augusto comienza su “juridificación”. Al obtener protección por los órganos estatales (bien es verdad que, al principio, limitada y extraordinaria, como en breve expondremos), el fideicomiso recibió carta de naturaleza como verdadera institución jurídica.³³

La noticia de esta innovación, y de la evolución subsiguiente hacia una jurisdicción permanente nos la proporciona I.2.23.1:

«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.»

(Después, el divino Augusto fue el primero que, movido alguna que otra vez por consideración a las personas, o porque alguien se dijese rogado por la salud de él mismo, o por insigne perfidia de ciertos individuos, mandó a los cónsules que interpusiesen su

29 LEMERCIER, *o.c.*, pp.435 y ss.; TREGGIARI, *o.c.*, p.39.

30 CASTRESANA, “Notas...”, *cit.*

31 LEMERCIER, *o.c.*, pp.450 y ss.

32 ABELLÁN VELASCO, M., *Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos*, Madrid, 1982, p.42, pone de manifiesto que «el mismo Lemerrier reconoce la carencia de valor probatorio de la mayoría de los textos aducidos». Por su parte, GENZMER, *o.c.*, p.334, argumenta en contra de la teoría de LEMERCIER, aludiendo a las limitaciones de la actividad censoria, tanto de carácter jurídico (inoperante en relación con las mujeres, no subordinadas al censor; tampoco extendía su jurisdicción a toda actividad escandalosa de los hombres) como fáctico, ya que los censos se confeccionaban cada cinco años, y además en los últimos tiempos de la República ni siquiera se nombraba regularmente a los titulares de esa magistratura.

33 De hecho, hay autores que, cuando hablan del origen del fideicomiso, se están refiriendo al de la institución jurídica, protegida mediante *cognitio extra ordinem*, dejando de lado las manifestaciones prejurídicas del instituto. De ahí que MASCHI, *o.c.*, p.685, considere, como ya expusimos (véase n.13), que hablar de las disposiciones en favor de *peregrini* sea hablar, más que de la historia, de la prehistoria del fideicomiso; en la misma línea, como ya se apuntó también (véase n.20), BIONDI, *o.c.*, p.295. La relación del fideicomiso con Augusto, pero sin olvidar su entronque con el pasado, la pone de manifiesto JOHNSTON, *o.c.*, p.9: «Trusts are associated with Augustus; they existed before, but their legal sanction was his innovation. The Latin term “fideicommissum”, however, is a relic of the times in which there was no legal sanction».

autoridad. Y como esto parecía justo y era popular, se convirtió paulatinamente en jurisdicción permanente; y tanto creció el favor de ellos, que poco a poco se creó también un pretor especial, que fallase en materia de fideicomisos, al que llamaban fideicomisario.)

La protección otorgada por Augusto a los beneficiarios de fideicomisos era, como se desprende del pasaje transcrito, de carácter meramente esporádico³⁴, a través de la actuación consular³⁵, ajena al *ordo iudiciorum privatorum*. Subraya ARIAS RAMOS³⁶ que el alcance de esta intervención, consistente en la interposición de la autoridad de los altos magistrados (*auktoritatem suam interponere*) es muy difícil de conjeturar, dada la cantidad de matices que tiene la voz *auktoritas*. Sin embargo, considera que «sería una manifestación de la *auktoritas* como facultad de mandar, de dar una orden». En este sentido también opina GIODICE SABBATELLI³⁷, para quien no se puede hablar de un verdadero procedimiento jurisdiccional en esta época³⁸.

34 ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.154, dice que se concedió validez y protección jurídica a los fideicomisos en atención a motivos que, conforme a I.2.23.1, se encierran en tres grupos: a) *gratia personarum*; b) súplica de los interesados *per ipsius salutem rogatus qui disceretur*, o c) porque la perfidia del fiduciario resultaba escandalosa.

35 Debemos aquí mencionar las principales hipótesis formuladas respecto al modo en que se produce esa asignación a los cónsules, siguiendo para ello la exposición que de esta materia hace GIODICE SABBATELLI, V., *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, pp.65-98. Conforme a esta autora, la principal teoría, compartida por buena parte de la doctrina, es la que podríamos llamar “de la delegación”. Su primer defensor es MOMMSEN, TH., *Römisches Staatsrecht, II, Die einzelnen Magistraturen*, reimp. Graz, 1969, p.103, y supone que estamos ante delegaciones fundadas en el poder extraordinario del *princeps*, conferidas caso por caso al principio, y con carácter general después. Sin embargo, GIODICE SABBATELLI no lo considera plausible, pues, por un lado, esta teoría presupone un poder originario y delegable en la magistratura del *princeps*, y duda de que existiera en el seno de la organización republicana una potestad semejante del primer príncipe; tampoco podría argumentarse que Augusto delegaba su *auktoritas* en el sentido de prestigio, como cualidad inherente a su persona, pues ésta tiene, por definición, carácter personalísimo (pp.99 y ss.). Por otra parte, subraya esta autora que la política de Augusto pasaba por la restauración de las instituciones republicanas (al menos formalmente), si bien manteniéndolas separadas del nuevo modelo organizativo. Siendo esto así, parece difícil que Augusto hubiera podido legitimar una injerencia en las potestades de la magistratura suprema de la *civitas*, y, en cualquier caso, hubiera sido hartamente contradictorio que un órgano republicano ejerciera un poder delegado extraño a su cargo. Una segunda opción para explicar cómo se llevó a la práctica la protección consular de los fideicomisos, es la que proponen SPAGNUOLO VIGORITA, T. y MAROTTA, V., “La legislazione imperiale. Forme e orientamenti”, en SCHIAVONE, A. (dir.), *Storia di Roma, 2, L'impero mediterraneo, III, La cultura e l'impero*, Torino, 1992, pp. 85-152. Según estos autores, la intervención relativa al fideicomiso habría asumido la forma de uno o más edictos de Augusto, dirigidos a los ciudadanos, a quienes exhortaba a recurrir a los cónsules para obtener la tutela jurisdiccional. Pero la teoría que más convence a GIODICE SABBATELLI es la que podríamos denominar “rescriptal”. Nos ofrece esta romanista dos opciones: (a) Los cónsules, insistentemente interpelados por los destinatarios de disposiciones fideicomisarias, solicitaban que el emperador se pronunciase manifestando su voluntad, lo que hacía a través de una carta-invitación que contenía el mandato del príncipe de ejecutar el fideicomiso, a través, eso sí, del ejercicio de los poderes propios de la magistratura consular. (b) El emperador era asediado con numerosas solicitudes de intervención en fideicomisos, y en sus respuestas exhortaba a los “apelantes” a dirigir la reclamación a los cónsules, al efecto de que, caso por caso y valorando los presupuestos y circunstancias, interpusieran su propia autoridad consular. En cualquier caso, no debemos olvidar que, aun cuando los cónsules ejercieran su propia autoridad, y no la de Augusto por delegación, en la práctica éste ejercía un fuerte control sobre aquellos, que convertía su independencia en mera fachada.

36 ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.155.

37 GIODICE SABBATELLI, V., *Fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari, 2001, p.45: «Quale che fosse la natura di questo intervento, non credo si sia lontani dal vero se si afferma che le liti in materia di fedecommissi, almeno in questa primissima fase, si concludevano con una immediata decisione magistratuale, che escludeva la possibilità di nominare un giudice e di concedere uno *iudicium*». Algo similar sugiere BIONDI, *o.c.*, p.296, cuando afirma que «el procedimiento correspondiente [de protección consular al fideicomiso], que no es el normal, no estaba regulado primeramente por la ley, sino por el mismo *imperium* del magistrado, quien actuaba los medios más convenientes para conseguir el fin».

38 Por eso resulta, quizá, exagerada la opinión de MASCHI, *o.c.*, p.685: «l'origine del fedecommissio, come è noto, significa anche l'origine della *cognitio extra ordinem*». De todos modos, como señala BIONDI, *o.c.*, p.307, el proceso que se establece para el fideicomiso es verdaderamente algo nuevo, «significando la crisis del viejo *ordo iudiciorum*».

En cualquier caso, estamos con ABELLÁN VELASCO³⁹ en considerar que la sanción jurídica del fideicomiso, aparte de motivos técnico-jurídicos, tuvo también «importantes fundamentos político-sociológicos al conseguir someter al control del *princeps* un instituto impregnado en su espíritu de la libertad republicana»⁴⁰. Este autor continúa poniendo de manifiesto cómo, al eliminarse el inconveniente de su falta de exigibilidad, el uso del fideicomiso se difundió aún más.

Llegados a este punto, es preciso hacer referencia a la, en apariencia, paradójica relación entre las leyes caducarias de Augusto y la protección consular al fideicomiso, otorgada por el mismo *princeps*. Nos dice Gayo⁴¹ que los *caelibes* y los *orbi*, si bien tenían limitado el *ius capiendi* por las leyes Julia y Papia, podían adquirir, en cambio, fideicomisos. Este “choque”, como lo denomina ARIAS RAMOS⁴², entre unas leyes consideradas “odiosas” por la población y el fideicomiso, medio natural de burlarlas, se saldó, si hacemos caso de la afirmación de Gayo antes citada, en favor del fideicomiso. En línea con ABELLÁN VELASCO⁴³, nos resistimos a creer que Augusto permitiera eludir con tanta facilidad sus propias normas, «unas leyes que tanto trabajo le costó introducir». Más lógico parece pensar que, como la protección dispensada por los cónsules era discrecional, otorgarían o denegarían su ayuda a los fideicomisarios incapaces, en función de los intereses políticos de cada caso.⁴⁴

La protección consular pronto resultó claramente insuficiente, pues, como pone de manifiesto GIODICE SABBATELLI⁴⁵, «si trattava infatti di una protezione giuridica ancora affidata all’iniziativa discrezionale e temporanea dell’imperatore, alla quale era nella realtà subordinato il potere d’intervento magistraturale». Por esta razón, Claudio inició una serie de reformas que tenían como objetivo estabilizar la protección jurídica en la materia. Para ello, creó en el ámbito de Roma dos pretores fideicomisarios y, en las provincias, atribuyó esta jurisdicción al gobernador. Más tarde, Tito redujo a uno el número de pretores fideicomisarios, si bien Nerva añadió otro más, aunque sólo para cono-

39 ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.43.

40 Lo cual no impide que, como indica BIONDI, *o.c.*, p.297, el fideicomiso conservara su primitiva ductilidad, aun después de entrar en la órbita del derecho.

41 Gayo 2.286 y 286a.

42 ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.156.

43 ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.51.

44 ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.52: «Y es lógico pensar que [los cónsules] denegarían su ayuda, si políticamente no producía malestar, a aquellos fideicomisarios que estuviesen afectados por las prohibiciones de las leyes caducarias. Pero también es lógico pensar que si políticamente fuese oportuno o necesario, dispensarían esta protección a las personas afectadas por las leyes caducarias, con lo cual las frases de Gayo 2.286 y 286a “*caelibes et orbi... olim fideicommissa videbantur capere posse*”, resultarían ciertas y a su vez no desautorizarían una interpretación como la que nosotros hemos llevado a cabo». Llevando más lejos todavía la hipótesis de este autor, podríamos preguntarnos si, en realidad, Augusto se pudo plantear el crear un arma política de doble filo que le permitiera intervenir eficazmente en la configuración de los patrimonios de las élites: (a) por un lado, las restricciones de las leyes caducarias, cuyo cumplimiento estricto llevaba a la pérdida de la posición económica y, por ende, política, de muchas personas; (b) por otro, la protección discrecional de los cónsules a los fideicomisarios, que, en caso de ser incapaces, recibirían ayuda según el interés o la afinidad política. El círculo quedaría cerrado con el sistema de delaciones, al que hace referencia CSILLAG, P., *The Augustan laws on family relations*, Budapest, 1976, pp.163 y ss., aunque este autor sería contrario a la hipótesis que hemos formulado, pues, según él, «the position as if in the hands of the Princeps the law was a means of political persecution cannot be accepted», ya que «he could rid himself of his opponents by other methods». Prescindiendo de teorías como la propuesta, sugerente pero de difícil prueba, y volviendo al punto de partida de la relación que nos refiere Gayo de las leyes caducarias y la protección al fideicomiso, cabe mencionar también la opinión de JOHNSTON, *o.c.*, p.36: «...all he [Gayo] is saying is that for certain period peregrines and the unmarried and childless had not been prohibited from receiving trusts. Yet this gives no real reason to suppose that they could sue for them successfully. No prohibition had been promulgated. But that is far from saying that no problems stood in the way of these claimants».

45 GIODICE SABBATELLI, *La tutela...*, cit., p.142.

cer las cuestiones fiscales⁴⁶. Parte de la doctrina mantiene que, no obstante, la competencia de los cónsules en materia de fideicomisos se mantuvo, concurriendo con la de los pretores⁴⁷, y se han formulado varias teorías acerca del modo en que se distribuía la tarea entre ambos tipos de magistrados.

LEMERCIER⁴⁸, siguiendo a Quintiliano⁴⁹ y apoyándose en el relato que hace Celso hijo en D.31.29pr., sostiene que la competencia venía determinada por la cuantía, correspondiendo a los cónsules, de manera residual, el conocimiento de los asuntos menos importantes económicamente⁵⁰. Esta atribución, según el citado romanista, desapareció por falta de uso.

GIODICE SABBATELLI, en cambio, defiende que la competencia venía determinada por el rango social: los cónsules intervenían cuando el asunto concernía a alguien del orden senatorial o a quien tenía el título de *clarissimus*⁵¹.

1.2.2 Progresiva equiparación a los legados

A lo largo de la historia de Roma, fideicomisos y legados han sufrido un proceso de aproximación, que culminó con su total equiparación en la época postclásica⁵². ARIAS RAMOS y ARIAS BONET⁵³ consideran que esta tendencia comienza en el momento en que el fideicomiso queda encajado en el marco de las instituciones jurídicas, a causa de la protección vía *cognitio extra ordinem* que recibe. No se trató solamente de una aproximación formal, sino también material, en la medida en que al fideicomiso se le iban progresivamente aplicando las mismas restricciones que al legado. Así, un sena-

46 I.2.2.32 y Suetonio, *Claudius*, 23. Sobre la interpretación de este último, véase GIODICE SABBATELLI, *Fideicommissorum...*, cit. pp.39 y ss. En cuanto al modo en que se llevó a cabo la reforma, ID., *La tutela...*, cit., pp.154 y ss., sugiere la hipótesis de un senadoconsulto Claudiano *de fideicommissaria iurisdictione*. Considera que el citado pasaje de Suetonio atribuye al emperador una norma de origen senatorial, si bien propuesta por él mismo mediante una *oratio*.

47 ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.45.

48 LEMERCIER, *o.c.*, p.462.

49 Quintiliano, *Institutiones Oratoriae*, 3.6.70: «...“Non debes apud praetorem petere fidei commissum, sed apud consules: maior enim praetoria cognitione summa est”. Quaeitur an maior summa sit: facti controversia est.»

50 Cuenta Celso en D.31.29pr. cómo, estando su padre en el consejo del cónsul Duceno Vero, se siguió su opinión en el caso de un legado de “doscientos”. Señala ABELLÁN, *o.c.*, p.46, n.56, que esos *ducenta* a los que se refiere el texto, sin más especificación, eran, probablemente, doscientos mil. Ello no obsta para que considere la opinión de LEMERCIER como más probable que la de BERTOLUCCI (*Appunti dalle lezioni del prof. G. Bertolucci*, a cargo de NARDI, E., Corso di Diritto Romano, Bologna, pp.104 y 105), al que también cita, y que opinaba justamente lo contrario: a los cónsules correspondían los asuntos de mayor entidad económica.

51 GIODICE SABBATELLI, *La tutela...*, cit., pp.159 y ss. Se apoya en varios textos de Ulpiano correspondientes al libro *De officio consulis*, como son D.50.16.100, D.1.9.8 y D.2.1.19. No obstante, admite en la p.163 que este criterio debía ser combinado con el de la cuantía del litigio. Por otra parte, en las pp.169-171 atiende al problema de competencias que se plantea a partir del sc. Trebeliano, en razón al cual se introduce en el edicto pretorio la *exceptio restituae hereditatis* y la *hereditatis petitio fideicommissaria*. La autora lo resuelve señalando que las cuestiones suscitadas entre fiduciario y fideicomisario se resolvían ante el pretor fideicomisario o el cónsul, a través de la *cognitio extra ordinem*; sin embargo, los litigios relativos a terceros se sustentaban ante el pretor urbano, por el procedimiento formulario.

52 Se aplican las mismas normas de manifestación de la voluntad a ambas instituciones (C.6.37.21; C.6.26.8.3; C.6.43.2; acerca de la interpolación de D.30.1 (Ulp. 67 *ed.*), véase ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, pp.57 y ss.). Ahora bien, en cuanto a su alcance, el fideicomiso sigue gozando de mayor amplitud, pues no depende de la existencia de un testamento, ya que el ruego puede hacerse al heredero *abintestato* (ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.54, apunta ésta como una de las causas por las que los juristas del derecho vulgar siguieron señalando los contrastes y diferencias entre ambas instituciones).

53 ARIAS RAMOS – ARIAS BONET, *o.c.*, p.851.

doconsulta de tiempos de Adriano prohibió los fideicomisos en favor de peregrinos; el senadoconsulta Pegasiano, entre otras disposiciones, extendió a nuestro instituto las restricciones en el *ius capiendi* que las leyes caducarias impusieran a *caelibes* y *orbi*; y otro senadoconsulta de tiempos de Adriano determinó la equiparación del régimen de herencia y legados al de los fideicomisos en lo relativo a la capacidad de personas inciertas o *postumi alieni*⁵⁴.

En la época postclásica, la tendencia continúa. Los factores que influyeron en este fenómeno son, según KASER, seguido por ABELLÁN VELASCO⁵⁵, los siguientes: (a) la costumbre de hacer que, en todos los casos en que el legado no fuese eficaz por resultar nulo el testamento que lo contuviera, valiese al menos como fideicomiso; (b) la eliminación del formalismo verbal en ambos negocios⁵⁶; (c) y la total substitución del procedimiento formulario, por medio del cual se sustanciaban todos los asuntos referentes a los legados, por la *cognitio extra ordinem*, eliminándose así las diferencias procesales.

En cualquier caso, y a pesar de algunas diferencias materiales (v.gr., el fideicomiso se podía encomendar en un codicilo sin confirmar o al heredero *abintestato*⁵⁷, lo que no era posible hacer con el legado), en la época de Justiniano la posición de legados y fideicomisos era prácticamente la misma. De ello da noticia I.2.20.3:

«...Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repletur ex natura fideicommissorum et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura...»

(...Pues habiendo observado que la antigüedad encerraba a los legados ciertamente en estrechos límites, pero que a los fideicomisos, que provenían más de la voluntad de los difuntos, les concedía mayor amplitud, consideramos que era necesario igualar todos los legados a los fideicomisos, de suerte que ninguna diferencia haya entre ellos, sino que lo que falta a los legados se supla con lo de la naturaleza de los fideicomisos, y que si algo de más hay en los legados, con ello crezca la naturaleza de los fideicomisos.)

Hacemos notar aquí, con ABELLÁN VELASCO⁵⁸, cómo, mientras la intención de los clásicos era someter los fideicomisos a la regulación establecida para los legados, la tendencia postclásica y justiniana invierte los términos de la aproximación entre ambas figuras, buscando otorgar a los legados la flexibilidad y libertad características de los fideicomisos.

1.2.3 Régimen del fideicomiso de herencia

Es interesante señalar, por su importancia, el régimen del fideicomiso de herencia⁵⁹. En esta figura, el fideicomitente encarga al fiduciario el traspaso al fideicomisario de toda la herencia o una cuota de ella, cuando se cumpla un plazo o una condición. El sucesor designado adquiere la herencia o la *bonorum possessio* de acuerdo con las

54 Gayo 2.285-286-286a.

55 KASER, M., *Das römische Privatrecht*, vol.I, Munich, 1971, pp.549-554; ABELLÁN VELASCO, o.c., p.54.

56 C.6.37.21.

57 Véase n.52.

58 ABELLÁN, o.c., p.56.

59 Para todo este epígrafe, ARIAS RAMOS – ARIAS BONET, o.c., pp.864 y ss.; BIONDI, o.c., pp.297 y ss.; D'ORS, o.c., pp.410 y ss.; GUZMÁN BRITO, o.c., pp.741 y ss.; JOHNSTON, pp.9 y ss.

reglas generales, pero queda obligado a restituirla al fideicomisario (íntegramente o en la parte prevista) desde que advenga el momento establecido por el fideicomitente. El beneficiario, en consecuencia, no es un sucesor del fideicomitente, sino un adquirente entre vivos del fiduciario⁶⁰. En el desarrollo de la institución podemos observar cuatro fases:

a) Antes del senadoconsulto Trebeliano, el heredero o el *bonorum possessor* podía ser gravado con la transmisión de la herencia (o una cuota) a un tercero, sin el límite de la *lex Falcidia*⁶¹. Como señala D'ORS⁶², esta forma fideicomisaria producía los mismos efectos prácticos que la sustitución de herederos, pero sin sus exigencias formales y con la posibilidad de disponer incluso a favor de personas que todavía no existen. Los principales problemas que planteaba eran los derivados de la forma de traspaso de la herencia: no existía un acto típico de restitución, sino que se transmitían los bienes de la herencia uno por uno, a través de *mancipatio nummo uno* y de *traditiones*.

Pero el heredero fiduciario, con arreglo a la máxima *semel heres semper heres*, no perdía su condición de heredero y, por tanto, los créditos y las deudas le tenían como sujeto. Para superar este inconveniente, entre fiduciario y fideicomisario se concertaban las llamadas *stipulationes emptae et venditae hereditatis* (o bien *partis et pro parte*, en caso de ser un fideicomiso de cuota hereditaria). Por medio de éstas, el fideicomisario se aseguraba el importe de los créditos y el fiduciario se veía descargado del pago de las deudas hereditarias, aunque conforme al *ius civile* continuara siendo el titular de los unos y las otras. La eficacia de las estipulaciones cruzadas se desplegaba sólo entre las partes, por vía de excepción, y no era oponible, por tanto, a los terceros deudores o acreedores de la herencia.

b) En tiempos de Nerón se promulgó el senadoconsulto Trebeliano⁶³, una norma que mejoró sustancialmente el régimen del fideicomiso de herencia. Disponía este senadoconsulto que tanto la propiedad de las cosas de la herencia como los créditos y obligaciones pasaran al fideicomisario, que se consideraba ahora como si fuera heredero, desligando de tales relaciones al fiduciario (aunque también mediante excepción o *denegatio actionis*)⁶⁴. El texto del sc. Trebeliano, en D.36.1.1.2 (Ulp. 3 *de fideic.*) dice lo siguiente:

«Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosum esse fidem suam: placet, ut actiones, quae in heredem hereditibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.»

(Siendo muy justo que en todas las herencias fideicomisarias, si hubiere pendientes algunos juicios sobre estos bienes, sean por ellos responsables aquellos a quie-

60 GUZMÁN BRITO, *o.c.*, p.741; de esta última afirmación arranca el paralelismo que busca TORRENT, *o.c.*, pp.153 y ss., que le lleva a considerar en la p.83, erróneamente, según nuestra opinión, que la *mancipatio familiae* es el origen del fideicomiso (véase n.21).

61 La *lex Falcidia* (40 a.C.) reservaba al heredero la cuota mínima de una cuarta parte de la herencia (la que se denominó por la doctrina *quarta Falcidia*). Sin embargo, como decimos, esta disposición se aplicaba sólo al heredero en relación con los legados, y no con respecto a los fideicomisos. D'ORS, *o.c.*, p.399; GUZMÁN BRITO, *o.c.*, p.740.

62 D'ORS, *o.c.*, p.410.

63 56 ó 57 d.C. D.36.1 se dedica íntegramente a los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano.

64 Gayo 2.253. JOHNSTON, *o.c.*, p.10, señala que la *hereditatis petitio fideicommissaria* era la única rúbrica del edicto pretorio referida a los fideicomisos. No obstante, véase n.51.

nes fuesen transferidos el derecho y los frutos, más bien que el que le sea perjudicial a cada uno su fidelidad, se determina que las acciones que se suelen dar contra los herederos y a los herederos, no se den ni contra aquellos, ni a aquellos que hubiesen restituido, como se les hubiese rogado, lo encomendado a su fidelidad; sino a aquellos y contra aquellos a quienes en virtud del testamento se les hubiese restituido el fideicomiso, a fin de que en lo sucesivo se confirmen mejor las últimas voluntades de los difuntos.)

En los párrafos siguientes, Ulpiano precisa que, si bien el objetivo era evitar perjuicios a los fiduciarios, también es cierto que se beneficiaban los fideicomisarios. Añade, además, que la disposición se aplicaba, no sólo en caso de fideicomiso testamentario, como dice el texto, sino también al heredero *abintestato* al que se hubiera rogado restituir la herencia, así como a los poseedores de los bienes y otros sucesores.

Así, el fideicomisario queda asimilado al sucesor y se le conceden las acciones de la herencia como útiles; reviven las que el fiduciario tenía contra el causante, que se extinguieron por confusión (y las de la herencia contra aquél); y el fiduciario tiene excepción contra los acreedores de la herencia. Además, ya no se transmiten los bienes uno por uno, sino que basta cualquier acto del heredero fiduciario que suponga manifestación de la voluntad de transmitir para que se produzca el traspaso del activo y el pasivo de la herencia.

c) En tiempos de Vespasiano (69-79 d.C.), un senadoconsulto Pegasiano introdujo en los fideicomisos un régimen análogo al de la *lex Falcidia*, para incentivar la aceptación de las herencias por los fiduciarios. Al mismo tiempo, implantó una medida coercitiva en favor del fideicomisario, de cara a que éste pudiera obligar al fiduciario a adir la herencia para que se hiciera la restitución. Este senadoconsulto no derogó al Trebeliano, sino que se combinó con él. El régimen resultante resulta muy complejo, y viene detallado en Gayo 2.255 y ss.:

i) Si el fiduciario acepta la herencia, hay dos posibilidades: (1) que el fideicomiso no supere las tres cuartas partes del patrimonio dejado al fiduciario, en cuyo caso se aplica el sc. Trebeliano, correspondiendo a fiduciario y fideicomisario las acciones y excepciones en función de su cuota; y (2), que el fideicomiso supere las tres cuartas partes del patrimonio entregado al fiduciario. En este caso, el fiduciario puede aceptar reteniendo o no la cuarta, pero no se aplicará el sc. Trebeliano, sino el régimen anterior de la *mancipatio nummo uno* y las *stipulationes partis et pro parte*.

ii) Si el fiduciario repudia la herencia, el fideicomisario puede pedir al pretor que le obligue a aceptarla, para que le transmita los bienes. En este caso, se aplica el sc. Trebeliano, pero el fiduciario pierde su derecho a detraer la cuarta.

Hay que decir que el sc. Pegasiano, además de las novedades antedichas, extendió a los fideicomisos las incapacidades de la legislación matrimonial de Augusto. En este sentido, opina GENZMER⁶⁵ que no se pretendía con esta medida mantener la política demográfica de Augusto, sino más bien impedir que las arcas públicas mermasen por el hecho de que los *caelibes* y *orbi* lograban adquirir por vía de fideicomiso. Del mismo modo, dice que «l'exclusion des pèrègrins des fidèicommiss fut motivée par l'impôt sur les successions», ya que la *vicesima hereditatum et legatorum* sólo gravaba a los ciudadanos romanos, no interesando al fisco, por tanto, que los bienes hereditarios fuesen a parar a los extranjeros por vía de fideicomiso.

c) Justiniano simplificó el régimen, acumulando en todo caso los tres efectos: colocación del fideicomisario *loco heredis*; deber de aceptar (el fideicomisario podía

65 GENZMER, *o.c.*, p.349.

forzar al fiduciario, vía pretoria, a adir la herencia, con pérdida de la cuarta); y reserva de la cuarta, que el fiduciario podía retener y también completar, en caso de que no se hubiera respetado.

2. EL FIDEICOMISO TÁCITO EN PARTICULAR: SU UBICACIÓN EN LAS FUENTES Y OPINIÓN DE LA DOCTRINA ROMANÍSTICA

Si bien no hemos tenido problemas para definir el fideicomiso en general, no sucede lo mismo con el *tacitum fideicommissum*. Son demasiadas las preguntas que se hace la doctrina en torno a esta figura: si es sinónimo de fideicomiso secreto⁶⁶, o bien de fraudulento⁶⁷, o de ambas cosas a la vez⁶⁸; se ha planteado como un tipo de fideicomiso⁶⁹ o como una forma de constituirse éste y se ha discutido en torno a su validez y exigibilidad⁷⁰.

La respuesta a todas estas cuestiones no es, desde luego, sencilla, pero de un análisis inicial de las fuentes se pueden extraer varias ideas que tomaremos como punto de partida.

a) En primer lugar, es una figura caracterizada por el hecho de que impide conocer los términos del encargo. Quién sea el fideicomisario, sólo lo saben causante y fiduciario⁷¹.

b) En segundo lugar, a los compiladores justinianos les interesaba especialmente por su relación con el fraude fiscal. Se puede decir que prácticamente todos los pasajes del *Corpus Iuris Civilis* que mencionan el fideicomiso tácito como tal (o con expresiones similares, como *tacitam fidem accommodare*) están relacionados con la elusión de las normas sobre incapacidad para recibir *mortis causa*. Esto ha llevado a parte de la doctrina a considerar que las fuentes manejan dos conceptos distintos de fideicomiso tácito: uno amplio, que abarca todos los supuestos, y otro restringido, referido tan solo a los casos de fraude.⁷²

66 IGLESIAS, *o.c.*, p.129: «Fideicomiso tácito tanto es como fideicomiso secreto. *Tacitum* significa “silencio” y “secreto”. *Silentium* es el sustantivo de *taceo*, “callar”». JOHNSTON, *o.c.*, pp.43 y ss. CÁMARA, *o.c.*, pp.78 y ss.

67 CATTAN ATALA, *o.c.*, p.9, parece inclinarse por esta opción, si bien con poca claridad.

68 TREGGIARI, *o.c.*, p.56: «...locuzione [*tacitum fideicommissum*] con cui le fonti definiscono l’incarico segretamente affidato in *fraudem legis* di restituire in tutto o in parte l’eredità a persona incapace di succedere».

69 ABELLÁN, *o.c.*, lo sitúa entre las figuras singulares de fideicomisos, junto con el de herencia, el de residuo y el de libertad.

70 ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.160: «Modalidad de otorgamiento de un fideicomiso perfectamente válida... y solamente perseguida en cuanto, combinada con la *incapacitas* del fideicomisario, se hace de ella medio de burlar las disposiciones caducarias»; y también: «el fideicomiso tácito, en cuanto modalidad formal de otorgamiento caracterizada por la ocultación del nombre del fideicomisario, era válido, no se prohibió». JOHNSTON, *o.c.*, p.60 y ss., p.74, considera no exigible el fideicomiso “secreto”, salvo, paradójicamente, en el caso de que se vea beneficiado un incapaz y opere la *delatio* y el beneficio de Trajano (véase cap. 3.2.1).

71 Y es lógico pensar que, en la mayor parte de los casos, también el propio interesado, pues, si no, malamente podrá reclamar su cumplimiento, o, en caso de ser incapaz, denunciarlo acogiéndose al *beneficium Traiani*. También se puede dar el caso de ocultación del objeto del fideicomiso, como refiere D.49.14.40 (Paul. 21 *quaest.*).

72 ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.162, n.33; CÁMARA LAPUENTE, *o.c.*, p.79. Más adelante realizaremos la oportuna revisión crítica de esta hipótesis.

c) Por último, fueron muchos los juristas romanos que trataron de los fideicomisos tácitos⁷³, e incluso dos de ellos, Gayo y Paulo, les dedicaron sendas monografías. Esto indica que el instituto era importante para los romanos, y que gozaba de gran predicamento entre ellos.

2.1 La polémica de los juristas clásicos: Juliano-Calístrato vs. Marcelo-Paulo; posiciones doctrinales

Para empezar a tratar el tema del concepto del fideicomiso tácito, es necesario traer a primera plana una serie de pasajes del Digesto cuya interpretación ha dado abundantes quebraderos de cabeza a la doctrina romanística. Estos pasajes, que transcribimos a continuación, demuestran la existencia, en la época clásica, de una controversia en torno a ciertos aspectos capitales del fideicomiso tácito.

Una de las posturas es la sostenida por Juliano en D.30.103, y defendida por Calístrato en D.49.14.3pr.:

D.30.103 (Iul. 83 *dig.*):

«In tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur, quoties quis neque testamento, neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad praestandum fideicommissum ei, qui capere non potest.»

(Se considera que en los fideicomisos tácitos se defrauda a la ley, siempre que uno no fuese rogado ni en el testamento, ni en los codicilos, pero en caución doméstica, o en quirógrafo se obligase a entregar el fideicomiso al que no puede adquirirlo.)

D.49.14.3pr. (Call. 3 *de iur. fisc.*):

«Non intelligitur fraudem legi fecisse, qui rogatus est palam restituere. Sed cum quidam testamento suo ita scripsisset: “vos rogo, ut in eo, quod a vobis petii, fidem praestetis: perque Deum, ut faciatis, rogo” et quaereretur, an id palam datum intelligeretur: Iulianus respondit, non quidem apparere, quid ab heredibus ex huiusmodi verbis petitum est. Quaeri autem solere, quando intelligatur quis in fraudem legis fidem suam accommodare: et fere eo iam decursum, ut fraus legi fieri videatur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione et chirographo obligaret se ad praestandum ei, qui capere non potest: ideoque dici posse ex supradictis verbis non esse legi fraudem factam.»

(No se entiende que defraudó la ley aquél a quien públicamente se le rogó que restituyera. Pero habiendo uno escrito así en su testamento: “os ruego que prestéis fidelidad a lo que os pedí, y os ruego por Dios que lo hagáis”, y preguntándose si se entendería que esto fue dado públicamente, respondió Juliano, que no aparecía ciertamente qué es lo que con tales palabras se les pidió a los herederos, pero que se solía investigar cuándo se entiende que uno presta su fidelidad en fraude de ley. Y de ordinario se ha llegado ya a que se considere que se defrauda a la ley, siempre que a uno no se le rogase ni en testamento ni en codicilos, sino que en caución doméstica y por quirógrafo se obligase a entregar algo al que no pueda adquirirlo; y por esto se puede decir, que en virtud de las antes dichas palabras no se cometió fraude contra la ley.)

73 Valente (D.49.14.42), Juliano (D.30.103), Mauriciano (D.49.14.15.3 y 4), Terencio Clemente (D.31.52), Gayo (D.34.9.10; D.34.9.23), Marcelo (D.30.123.1; D.35.2.57), Escévola (D.32.37.6), Papiniano (D.22.3.3; D.34.9.11; D.34.9.18; D.34.9.25; D.35.2.13; D.50.1.15.2), Calístrato (D.49.14.1; D.49.14.3), Paulo (D.22.1.17.2; D.28.6.43.3; D.49.14.13; D.49.14.40; D.49.14.48; D.49.14.49), Ulpiano (D.29.2.83; D.42.1.5.1; D.49.14.16; Reg. 25.17).

La otra, de consecuencias totalmente opuestas, es la formulada por Marcelo en D.30.123.1 y desarrollada por Paulo en D.49.14.40pr.:

D.30.123.1 (Marcel. *lib sing. resp.*):

«In testamento ita scriptum est: “Gaio Seio illud et illud heres meus dato. Et te rogo, Sei, fideique tuae mando, uti ea omnia quae supra scripta sunt reddas sine ulla mora ei redde res ipse”. Quaero, an tacitum fideicommissum sit, quum personam testator, cui restitui vellet, testamento non significaverit. Marcellus respondit: si in fraudem legum tacitam fidem Seius accommodasset, nihil ei prodesse potest, si his verbis paterfamilias cum eo locutus esset: non enim ideo circumvenisse minus leges existimandus est, cum perinde incertum sit cui prospectum voluerit.»

(Se escribió así en un testamento: “dé mi heredero esto y aquello a Cayo Seyo; y te ruego, Seyo, y encomiendo a tu fidelidad, que sin demora alguna entregues todo lo que arriba queda escrito; y entrégale tú mismo las cosas a aquél”; pregunto, si será este un fideicomiso tácito, no habiendo indicado el testador en su testamento la persona a la cual quisiera que se hiciese la restitución. Marcelo respondió: si Seyo hubiese acomodado su tácita fidelidad en fraude de las leyes, de nada puede aprovecharle, si en estos términos hubiese hablado con él el padre de familia; porque no se ha de creer que dejó de burlar las leyes, por lo mismo que sea cosa incierta a quién haya querido él que se atienda.)

D.49.14.40pr. (Paul. 21 *quaest.*):

«Ita fidei heredis commissit: “rogo fundum Titio des, de quo te rogavi”. Si Titius capere non possit, non evitabit heres poenam taciti fideicommissi: non enim est palam relinquere, quod ex testamento sciri non potest, quum recitatum est. Quemadmodum nec ille palam dat, qui ita scribit: “rogo vos heredes, in eo, quod a vobis peti, fidem praestetis”. Immo in priore specie maiorem fraudem excogitasse videtur, qui non tantum legem circumvenire voluit, sed etiam interpretationem legis, quae circa tacitum fideicommissum habetur: quamvis enim fundum nominaverit, non tamen cognosci potest, de quo sit rogatus heres, quum diversitas rerum obscurum faciat legatum.»

(Uno encomendó así fideicomiso a su heredero: “te ruego le des a Ticio el fundo, respecto al que te rogué”; si Ticio no pudiera adquirirlo, el heredero no evitará la pena de fideicomiso tácito; porque no es dejar públicamente lo que no se puede saber por el testamento cuando fue leído, a la manera que tampoco da públicamente el que escribe así: “os ruego, herederos, que prestéis fidelidad a lo que os pedí”. Antes bien, se considera que en el primer caso imaginó mayor fraude el que quiso no solamente burlar la ley, sino también la interpretación de la ley, que está admitida respecto al fideicomiso tácito; porque aunque hubiere nombrado el fundo, no se puede, sin embargo, conocer respecto a cuál haya sido rogado el heredero, pues la diversidad de las cosas hace obscuro el legado.)

Acerca de cómo han de interpretarse y conjugarse estos dos pares de textos, se han mantenido dos líneas fundamentales en la doctrina. Por un lado, la que los entiende como una discusión acerca del concepto de fideicomiso tácito; por otro, la que sugiere se está debatiendo cuándo hay fraude en el fideicomiso tácito⁷⁴.

74 Hay una suerte de “tercera vía”, representada por autores que buscan conciliar la contradicción entre los textos. Así, CÁMARA, *o.c.*, p.92, sorprende al afirmar, sin base en fuente alguna, que en realidad, las discrepancias son más aparentes que reales, porque «de lo que está tratando en verdad Juliano es del fideicomiso secreto encomendado al heredero abintestato». TREGGIARI, *o.c.*, p.66, lima las diferencias acudiendo al caso concreto que, según él, trata Marcelo en D.30.123.1. Sugiere este autor que la regla general es la determinada por Calístrato: para este jurista, el problema sería de carácter probatorio, debiendo versar la

La primera línea es defendida por BIONDI⁷⁵. Sugiere este autor que los juristas trataban de determinar cuándo un fideicomiso en beneficio de incapaz era explícito (caso en el cual el fiduciario retenía la cuarta) y cuándo era secreto (situación que hacía al heredero gravado indigno de dicha porción). Así planteado el interés de la cuestión, «según la doctrina de Juliano, para que haya fideicomiso tácito o secreto no basta con la indeterminación de la disposición (*vos rogo ut in eo, quod a vobis peti, fidem praestetis*), sino que es preciso haya ordenado que se dé a un incapaz, no en el testamento ni en codicilo, sino *domestica cautione et chirographo*, esto es, en un documento secreto». En cambio, Marcelo y Paulo hacen recaer el acento en la «indeterminación de la persona a quien se quiere hacer llegar la disposición en caso de que se descubra la voluntad fraudulenta».

ROTONDI, ASTOLFI y BONFANTE⁷⁶ se adscriben a esta corriente; CATTAN ATALA⁷⁷ resume la doctrina de estos autores diciendo que, para Juliano y Calístrato el fideicomiso es tácito «cuando corresponde a un acuerdo secreto entre el testador y el fiduciario», mientras que para Marcelo y Paulo será tácito «toda vez que no se pueda conocer del testamento la persona a quien favorece lo dejado o el objeto del mismo, aun cuando la petición de restitución haya sido hecha en el testamento». TRIFONE, por su parte, se refiere a una diferencia de opiniones entre Bartolo y Baldo que parece indicar que la polémica de los juristas clásicos se interpretó en el derecho intermedio como una discusión en torno al concepto de fideicomiso tácito.⁷⁸

Por contra, ARIAS RAMOS, seguido por ABELLÁN VELASCO⁷⁹, no acepta esta exégesis: «acaso no sea muy acertado decir que tal discrepancia se acusa al determinar el concepto de fideicomiso tácito, al menos sin alguna aclaración respecto al sentido en que se emplea esta frase». Entiende que la «diversidad de opiniones apuntada se refería más bien a cómo había de determinarse, o cuándo había de suponerse, que hubo colaboración del fiduciario en la ocultación del nombre del fideicomisario incapaz». De conformidad con esta hipótesis, para Marcelo y Paulo se presume que hay colaboración dolosa del fiduciario siempre que no se pueda determinar quién es el beneficiario, independientemente del modo en que haya hecho el encargo. El fiduciario denunciado, por tanto, tendría que probar que el beneficiario es capaz⁸⁰, para librarse de la sanción de fraude.

prueba sobre la existencia y contenido de la *domestica cautio* o del *chirographum*. En cambio, Marcelo está ante un supuesto excepcional: el fiduciario es un legatario que ha sido rogado en el testamento, aunque ocultándose el nombre del beneficiario, mientras que el denunciante, cuyo interés resulta más digno de protección, es el heredero. JOHNSTON, *o.c.*, p.54, resuelve las dudas que le suscita Calístrato en D.49.14.3pr. aludiendo a una posible interpolación del texto.

75 BIONDI, *o.c.*, p.169.

76 ROTONDI, G., *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, rist. Roma 1971, pp.76 y ss.; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano, vol.6. Le successione: parte generale*, rist. Milano, 1974, p.421; ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1995, p.299. No obstante, este autor no entra a analizar si hay o no discusión entre los juristas clásicos, ni los términos de la misma; en cambio, sólo se refiere a los fragmentos transcritos para constatar que el sc. Planciano introdujo una nueva forma de indignidad que afectaba al fiduciario en caso de fideicomiso tácito fraudulento.

77 CATTAN ATALA, *o.c.*, pp.10. y 11.

78 TRIFONE, R., *Il fedecommesso. Storia dell'Istituto in Italia I. (Dal diritto romano agli inizi del sec. XVI)*, Roma, 1914, p.131: «Desumendolo dalla Glossa (D.49.14.3.3, gl.2^a) Bartolo diè alla prima maniera il concetto di una *privata promissio restitutionis*, contraposto all'altro di una *promissio fatta vel in testamento, vel in codicillis, vel in instrumentis*, proprio del fedecommesso espresso». En cambio, Baldo, tomando como punto de partida D.30.123.1, «prefiere accostarsi al concetto di Jacopo d'Arena, e ritenere che il fedecommesso dovesse dirsi tacito, allorchè *ex verbis testatoris non potest percipi quid testator sentiat; perchè secondo qualche altro giureconsulto paria sunt non loqui et inintelligibiliter loqui*».

79 ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.161; ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.93

80 ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.94: «Una vez demostrado que el fraude no existía, bien comunicando reservadamente el fiduciario al magistrado la personalidad del fideicomiso, bien por otros medios, el fideicomiso tácito sería plenamente eficaz».

Esta es la postura que trataremos de desarrollar y defender en este trabajo. Sin embargo, antes de entrar en ello, es preciso salvar el escollo de la dualidad de conceptos en las fuentes, al que nos hemos referido más arriba, y que los mismos ARIAS RAMOS y ABELLÁN VELASCO consideran un inconveniente.

2.2 Dualidad de conceptos en las fuentes: inexistencia

ARIAS RAMOS y ABELLÁN VELASCO⁸¹ solventan el problema antedicho haciendo hincapié en que el fideicomiso tácito fraudulento «era la figura o caso que interesaba a los jurisconsultos cuando comentaban este senadoconsulto, el Planciano, o las leyes caducarias»⁸², de modo que resultaba lógico pensar que, para designarlo, «emplearían muchas veces simplemente, con un valor sobreentendido y ahorro de palabras, la expresión “fideicomiso tácito”, que es naturalmente un concepto más amplio». Estamos completamente de acuerdo con esta afirmación, pero no compartimos la conclusión de que «se manejaría así la frase en dos sentidos: 1º, fideicomiso tácito = ocultación del nombre del fideicomisario, y 2º, fideicomiso tácito = ocultación del nombre del fideicomisario, más incapacidad de éste, más colaboración del fiduciario en el propósito *fraudis legis* del causante».

Para demostrar que las fuentes no contienen dos conceptos distintos de fideicomiso tácito, es preciso hacer un análisis contextual de las mismas. Veremos cómo son muy pocos los supuestos en los que la referencia a *tacita fides* o a *tacitum fideicommissum* queda completamente aislada de la incapacidad del beneficiario como requisito del fraude.

Empezaremos por señalar los pasajes en que la voz “fideicomiso tácito” no es sinónimo de fraude (es decir, los representativos de lo que, de ser cierta la tesis que tratamos de rebatir, sería el “concepto amplio”). En todos ellos, junto a la expresión *tacitam fidem accommodare* o *tacitum fideicommissum*, encontramos la referencia a la incapacidad del beneficiario o al hecho de obrar en fraude a la ley. Así sucede con D.22.3.3 (Pap. 9 resp.)⁸³, D.28.6.43.3 (Paul. 9 quaest.)⁸⁴, D.30.103 (Iul., 83 dig.), D.30.123.1 (Marcell. resp.), D.34.9.10pr. (Gai. 15 ad leg. Iul. et Pap.)⁸⁵, D.34.9.11 (Pap. 15

81 ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.162, n.33; ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.93.

82 Es más, incluso podríamos aventurar la hipótesis de que es el supuesto de fraude el que interesa también a los compiladores; pues bien pudiera ser que en la época postclásica el fideicomiso tácito hubiera salido de la órbita jurídica. En efecto, en época justiniana se exigía, para la válida constitución del fideicomiso, la presencia de testigos (igual que para el legado), como ya vimos en el capítulo 1.2.2. Esto podría implicar que el fideicomiso desprovisto de dichas formalidades (y, en consecuencia, el fideicomiso tácito, en el que el nombre del fiduciario quedaba oculto para terceros) hubiera quedado extramuros del Derecho, perdiendo su exigibilidad jurisdiccional, y sólo interesaba en la medida en que el beneficiario era incapaz y existía una delación ante el fisco. No obstante, esta hipótesis plantea muchas cuestiones, cuyo análisis excede de las posibilidades y objetivos del presente trabajo. Fundamentalmente deberíamos indagar si la presencia de testigos, a que se refieren C.6.42.22 y C.6.26.8.3, es un requisito constitutivo (tal y como hemos sugerido) o si su eficacia es *ad probationem*. Además, también cabe preguntarse qué es lo que debe darse a conocer a estos testigos, si el contenido del fideicomiso o la mera existencia del mismo.

83 Es una simple norma de carga de la prueba, que no determina si se trata de un fideicomiso tácito fraudulento o bien de uno válido que se quiere hacer efectivo: «*Cum tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo quam in secundo testamento pro eadem parte vel postea pro maiore heres scribitur, probatio mutatae voluntatis ei debet incumbere qui convenitur, cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat, eos ita heredes scribere, quorum fidem elegerunt.*»

84 «*...qui tacitam fidem accommodaverat, ut non capienti partem ex eo quod acceperat daret...*»

85 «*In fraudem iuris fidem accommodat, qui... tacite promittit restitutum se personae quae legibus ex testamento capere prohibetur...*»

quaest.)⁸⁶, D.34.9.18pr.⁸⁷ y 2 (Pap. 13 *resp.*)⁸⁸, D.34.9.23 (Gai. *de tac. fideic.*)⁸⁹, D.40.5.12.2 (Mod. *de manum.*)⁹⁰, D.49.14.3pr. y 2 (Call. 1 *de iur. fisc.*)⁹¹, D.49.14.13.1⁹² y 8 (Pau. 7 *ad leg. Iul. et Pap.*)⁹³, D.49.14.40 (Pau. 21 *quaest.*), D.49.14.42.pr. (Val. 5 *fideic.*)⁹⁴, D.49.14.48 (Paul. 2 *decr.*)⁹⁵, D.49.14.49 (Paul. *de tac. fideic.*)⁹⁶ y D.50.1.15.2 (Pap. 1 *resp.*)⁹⁷.

Analicemos a continuación los pasajes en los que tan sólo se habla de “fideicomiso tácito”, sin hacer referencia a la capacidad del beneficiario, puesto que en ellos se apoya la doctrina romanística cuando sostiene que existe, junto con el concepto “amplio” de fideicomiso, otro “restringido”, sinónimo de fraudulento. Comenzaremos por D.49.14.42.1 (Val. 5 *de fideic.*), referido a los beneficiarios que transigen con el poseedor «aún después de la manifestación hecha sobre un fideicomiso tácito»⁹⁸. No habla por ninguna parte del beneficiario, pero es evidente que no está manejando un supuesto concepto restringido de fideicomiso tácito, dado que en el *principium* del mismo fragmento ya estableció que se trataba del supuesto en que el fideicomisario carece de *ius capiendi*. Lo mismo ocurre con D.34.9.10.2 (Gai. 15 *ad leg. Iul. et Pap.*)⁹⁹: no se puede decir que estemos ante un concepto restringido de fideicomiso tácito, sino que debemos ponerlo en contexto con todo el pasaje, cuyo *principium* hemos catalogado entre los clara y meridianamente “amplios”. En idéntica situación quedan D.49.14.3.1, 3 y 4 (Call. 1 *de iur. fisc.*), que, si bien no hacen específica mención a la condición de incapaz del beneficiario, deben interpretarse conjuntamente con el resto del fragmento que, además, está extraído de la misma rúbrica del mismo libro.

De Papiniano encontramos dos pasajes que podrían justificar la idea de un concepto restringido: se trata de D.34.9.25 y D.35.2.13. El primero de ellos dice así:

«Si gener socerum heredem relinquerit, taciti fideicommissi suspicionem sola ratio paternae affectionis non admittit.»

86 «Heres, qui tacitam fidem contra leges accommodavit...»

87 «...tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit...»

88 «...in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium suscepit...»

89 «Si quilibet heres ex cuiuscumque testamento tacite rogatus fuerit, ut quadrantem, quem legis Falcidiae beneficio retinuit, non capienti restituat...»

90 «...hereditate fisco vindicata, quoniam tacite quis rogatus erat ei, qui capere non poterat...»

91 «Quando autem fraus interposita videatur, agendum est, id est, utrum exitus spectari deberet, an consilium: forte si tunc, cum tacite fideicommitteretur, non capiebat is, cui restitui iubebatur, mortis vero tempore capere poterat, vel contra...»

92 «...quaecumque professa esset vel palam, vel tacite relictum sibi quod capere non posset...»

93 «Ad eos beneficium Traiani pertinet, qui ex defuncti voluntate relictum sibi capere non possunt...» El beneficio de Trajano permitía al beneficiario incapaz de un fideicomiso denunciar su existencia y, como premio, obtener la mitad de lo que se le había dejado (y a lo que, de otro modo, no tendría derecho). D.49.14.13 (Paul. 7 *ad leg. Iul. et Pap.*), D.49.14.15.3 y 4 (Iun. Maur. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*), D.49.14.16 (Ulp. 18 *ad leg. Iul. et Pap.*), D.49.14.42 (Val. 5 *fideic.*), D.49.14.49 (Paul. *de tac. fideic.*).

94 «...qui tacite rogatus fuerat non capienti fideicommissum reddere...»

95 «Status Florus testamento scripto heredis sui Pompeii tacitae fidei commiserat, ut non capienti fundum et certam pecuniae quantitatem daret...»

96 «Cum tacitum fideicommissum is cui datum erat capere se nihil posse detulisset...»

97 «In fraudem civilium munerum per tacitam fidem praedia translata fisco vindicantur...»

98 «Quia autem nonnulli ingrati adversus beneficium Divi Traiani post professionem quoque de tacito fideicommissio factam cum possessoribus transigunt...»

99 «Recte dictum est, si pater filii, quem in potestate habebat, tacitam fidem interposuerit, non debere id filio nocere, quae parendi necessitatem habuerit.»

(Si el yerno hubiere dejado heredero a su suegro, la sola razón de afecto paterno no admite la sospecha de un fideicomiso tácito.)

No se encuentra en los fragmentos inmediatamente anteriores y posteriores del Digesto una referencia a la incapacidad del beneficiario. Sin embargo, sí la hallamos en la Palingenesia¹⁰⁰, que sitúa el párrafo, correspondiente al libro XIV de los *Responsa* papinianos, en el capítulo referido *ad legem Iuliam et Papiam*, con el número 713. El número anterior, el 712, se corresponde con D.34.9.18¹⁰¹, que nos proporciona una vista adecuada de la urdimbre.

Más problemas nos plantea el otro fragmento, D.35.2.13, que permite al esclavo detraer la cuarta Falcidia cuando, mandándosele su señor, se hubiere encargado de un fideicomiso tácito¹⁰². La Palingenesia no nos ayuda en este caso, puesto que LENEL no sabe dónde ubicar el fragmento, dentro del libro XXXVII de las *Quaestiones* de Papiniano, al que pertenece. Sin embargo, un sólo pasaje, quizá mutilado por los compiladores y cuyo contexto (pues sin duda lo tenía) desconocemos, no nos permite afirmar que el jurista manejara dos conceptos de fideicomiso, uno amplio y otro restringido al fideicomiso tácito fraudulento.

En cuanto Paulo, en D.49.14.13.6 habla del fideicomiso tácito, dando por hecho que es fraudulento¹⁰³, pero el contexto nos impide defender que emplease dos conceptos diferentes de fideicomiso tácito¹⁰⁴. Sin embargo, al igual que sucedía con Papiniano, hay un fragmento dudoso, en el que se podría sostener el argumento de la dualidad de conceptos. Se trata de D.22.1.17.2:

«In tacito fideicommisso omne emolumentum heredi auferendum et fisco praestandum Divus Pius rescripsit: ergo et usurarum emolumentum aufertur heredi.»

(Respondió por rescripto el Divino Pío, que en el fideicomiso tácito se ha de privar de todo emolumento al heredero, y se le ha de entregar al fisco; luego también se priva al heredero del emolumento de los intereses.)

100 LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, vol.I, *Institutiones et Digesta*, Leipzig, 1889.

101 Ya hemos citado este pasaje entre los ejemplos de “amplitud” del concepto. Hay que añadir que encontramos, además de las transcritas (véanse nn.87 y 88), la voz “fideicomiso tácito” (*principium* y 1) y *tacite relictorum* (también en el *principium*), sin acompañarse de la especificación sobre la incapacidad del beneficiario. Sin embargo, es obvio que, dado el contexto, no se puede fundamentar sobre esto un “concepto restringido”.

102 «*Si tacitum fideicommissum servus iniungente domino suscepit, habiturum eum legis Falcidiae beneficium, quia parere domino debuit, constitutum est: idemque placuit in filio, qui fuit in patris potestate.*» Se trata, además, de un pasaje oscuro, que suscita muchas dudas: ¿estamos ante un esclavo que acepta un encargo fraudulento en vida de su dueño y luego, manumitido por disposición *mortis causa* de éste, cumple el encargo? En este caso, se justifica que haya aceptado el encargo, por entenderse que se veía compelido a hacerlo en su condición de esclavo, pero, una vez libre, también lo es de no llevar a cabo el fraude. ¿Por qué se le premia, entonces? Se podría pensar que la libertad estaba condicionada al cumplimiento del fideicomiso; sin embargo, la misma norma se aplica al hijo y no se entiende que esta explicación valga para uno que, como consecuencia de la muerte del causante, deviene *sui iuris*. ¿Estamos, pues, ante el caso de un dueño que ordena a su esclavo aceptar el encargo fiduciario que le hace un tercero? No parece lógico, pues entonces el premio de conservar la Falcidia revierte en el dueño cuyo dolo ha intervenido en el fraude. ¿Será que el esclavo reclama la Falcidia una vez obtenida la libertad, o bien es su nuevo dueño el que lo hace? Se diría contrario al espíritu romano de seguridad jurídica, puesto que semejante interpretación puede dar pie a la revisión extemporánea de transmisiones patrimoniales (sea al fisco, sea a terceros).

103 «...*heredes eorum, quibus tacitum fideicommissum relictum est, ita demum ex beneficio Traiani deferre se posse...*»

104 Puesto que, como vimos, en los párrafos 1 y 8 aparece claramente que el beneficiario debe ser incapaz. Además, se está tratando el beneficio Trajano, cuya aplicación presupone la falta de *ius capiendi* del fideicomisario.

El fragmento, que corresponde al libro único *de Usuris* de nuestro jurista, aparece en la *Palingenesia* como el único, dentro de dicho libro, que se refiere a los fideicomisos tácitos. No hay, por tanto, un contexto al que podamos agarrarnos para rebatir que Paulo, aquí, esté usando el concepto restringido al que se refiere la doctrina. No obstante, sirve aquí igualmente lo antedicho respecto a Papiniano, D.35.2.13.

No hemos mencionado todavía Ulpiano, D.29.2.83, que sólo habla de aquél a quien se le hubiera rogado tácitamente que restituyera¹⁰⁵. Sin embargo, no se pueden perder de vista dos datos: (a) que el fragmento pertenece al libro XVIII de sus comentarios *ad legem Iuliam et Papiam*, lo que nos proporciona un contexto bastante delimitado¹⁰⁶; y (b), que el propio Ulpiano, en sus *Regulae*¹⁰⁷, es tajante al afirmar que no podrá deducir la cuarta ni beneficiarse de los bienes caducos el que *in fraudem tacitam fidem accomodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat*.

Esto en cuanto a los juristas, pero también se puede indagar en las constituciones imperiales, siendo interesante hacer referencia a C.6.50.3¹⁰⁸ y C.10.11.1¹⁰⁹, otorgadas ambas por el emperador Alejandro Severo en 222 y 223, respectivamente. La primera de ellas podría considerarse que utiliza un concepto restringido de fideicomiso tácito, pero debe ponerse en relación con la segunda, que distingue el instituto del fraude que se pueda cometer a través de él (excluyendo explícitamente del régimen de delaciones los fideicomisos tácitos en beneficio de personas capaces de adquirir). A mayor abundamiento, cabe citar también CTh.16.2.27 (año 390)¹¹⁰ y 16.5.17 (año 389)¹¹¹.

Tras este análisis, podemos concluir que no se puede hablar de dos conceptos de fideicomiso tácito en las fuentes. En todos los casos (excepto D.22.1.17.2 y D.35.2.13) el contexto demuestra que los juristas, cuando no hacen referencia explícita al requisito del beneficiario incapaz, simplemente están economizando palabras. Por tanto, no se puede elevar a la categoría de tecnicismo lo que es un mero recurso estilístico que tiene, como única finalidad, hacer más fluida la exposición (pues sería muy pesada si constantemente hubiera de repetirse la retahíla “fideicomiso tácito en beneficio de quien no puede adquirir” y semejantes).

105 «*Si totam an partem, ex qua quis heres institutus est, tacite rogatus sit restituere, apparet nihil ei debere ad crescere, quia rem non videtur habere.*»

106 De hecho, el fragmento lo que hace es excluir al heredero fiduciario de la posibilidad de beneficiarse del acrecimiento en cuanto a la porción que devino caduca, por haber sido destinada a un incapaz.

107 Reg. 25.17

108 «*Etiamsi tacitum fideicommissum heredem administrasse apparuerit, legata tamen seu fideicommissa, quae testamento relicta sunt, praestanda esse ambigi non oportet, ad eum videlicet modum, quem lex Falcidia patitur, cum quartam, quae aufertur heredi, qui contra legem fidem suam obtulit, legatariis proficere non placuit.*»

109 «*Si ei qui capere potest tacitum fideicommissum relictum est, cessat delatio. His enim prohibetur tacite relinqui, qui palam relictum capere non possunt.*»

110 «*...Immo si quid ab his morienti, fuerit extortum, nec tacito fideicommissio aliquid clericis in fraudem venerabilis sanctionis callida arte aut probrosa cuiuspian communitia deferatur...*»

111 Este precepto niega a los eunomianos una serie de derechos, entre los que se incluye el de recibir fideicomisos tácitos: «*Eunomiani... post hanc nostri oraculi sanctionem non habeant possidendi licentiam, non petendi, non etiam relinquendi heredem nomine principali, non fideicommissario, non legatario, non tacito fideicommissio...*».

3. REVISIÓN CRÍTICA DE LAS FUENTES ACERCA DEL CONCEPTO DE FIDEICOMISO TÁCITO

3.1 La falta de publicidad como elemento esencial del fideicomiso tácito y de la presunción del fraude

Acabamos de llegar a la conclusión de que las fuentes sólo manejan un concepto de fideicomiso tácito, y es hora, por tanto, de analizar cuál sea el mismo. En primer lugar, debemos descartar que se trate de un instituto sistemáticamente fraudulento, puesto que, como ya vimos, los textos romanos distinguen claramente el *tacitam relinquere* del *fraus legi*. El objeto de este epígrafe, por tanto, será responder a la pregunta de qué debemos entender por *tacitum fideicommissum* y delimitar la relación de éste con la presunción de fraude, el secreto y lo implícito.

Tomaremos como punto de partida los textos de la polémica Juliano-Calístrato *versus* Marcelo-Paulo¹¹². De éstos, Calístrato y Paulo parecen contraponer los conceptos de *palam relinquere* y *tacite relinquere*¹¹³.

Calístrato nos relata el caso de un sujeto que consigna en su testamento la existencia de un fideicomiso, pero sin especificar cuál sea el contenido de éste. La pregunta que se formula a Juliano es la de si estamos ante un ruego público, *palam*. Juliano responde que, ciertamente, no aparece con claridad qué era lo que con tales palabras se pidió a los herederos.

Lo que interesa a los juristas aquí no es propiamente el concepto de fideicomiso tácito (que sobrentienden), sino el determinar si se encuentran ante un supuesto en el que se deba presumir el fraude; por esa razón, Juliano prosigue diciendo que se suele indagar cuándo uno presta su fidelidad en fraude a la ley, considerando que esto sucede cuando *neque testamento, neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione et chirographo obligaret se ad praestandum ei, qui capere non potest*. Es decir, para Juliano no se puede decir que el fideicomiso testamentario sea *palam* cuando se omite manifestar su contenido (pues él mismo reconoce que *non quidem apparere, quid ab hereditibus ex huiusmodi verbis petitum est*), si bien, por contra, este caso queda exento de la presunción de fraude que Calístrato formula al principio del párrafo.

Tomemos ahora el pasaje de Paulo, que también nos habla de *palam* y *tacite relinquere*, por ver si nos arroja algo más de luz. Para este jurista, el fideicomiso testamentario sin expresión del objeto o del destinatario nunca se puede considerar *palam*. En la misma línea debe entenderse el fragmento de Marcelo, a quien preguntan si un fideicomiso testamentario sin indicación del beneficiario se debe considerar como tácito¹¹⁴. Está claro que, para estos dos juristas, siempre que en el fideicomiso testamentario no se haga mención de alguno de sus elementos, falta publicidad, lo cual da lugar a la presunción de fraude.

Da la sensación de que Paulo y Marcelo tienen un concepto del *palam relinquere* distinto del que manejan Juliano y Calístrato, con importantes consecuencias de cara a la

112 D.30.103 (Iul. 83 dig.) D. 49.14.3pr. (Call. 3 de iur. fisc.) D.30.123.1 (Marcel. lib sing. resp.) D.49.14.40 (Paul. 21 quaest.)

113 JOHNSTON, o.c., p.45: «The words *palam relinquere* are used to denote dispositions made openly, *palam* being the opposite of *tacite*».

114 Si bien da la sensación de que este pasaje ha podido ser mutilado, pues Marcelo no responde, realmente, a tal pregunta, sino a esta otra: «El fideicomiso tácito del supuesto, ¿se presume fraudulento o, por el hecho de haber sido consignado en el testamento queda libre de dicha presunción?»

aplicación de la presunción de fraude en el fideicomiso tácito. Es esta apariencia la que está en la base de las discusiones de la doctrina romanística en torno a estos pasajes¹¹⁵.

Para intentar clarificar la exégesis de estos fragmentos, proponemos distinguir entre publicidad formal y publicidad material. Entendamos por publicidad formal la que permite conocer la existencia del fideicomiso a través del instrumento previsto para la expresión de las últimas voluntades (en este caso, testamento y codicilo). La publicidad material, por su parte, implica la manifestación del contenido del fideicomiso, de modo que sus extremos puedan ser conocidos por terceros. Precisemos ahora cómo se pueden ensamblar estas categorías en la casuística de los pasajes discutidos.

El problema que se plantea a los cuatro juristas de la polémica es el mismo: un fideicomiso testamentario cuyos extremos no quedan claros, ¿es un fideicomiso tácito? Y, en caso afirmativo, ¿se presume fraudulento? La respuesta, en cuanto a la primera pregunta, consideramos que es afirmativa en todos ellos. El mismo Juliano (citado por Calístrato), como hemos visto, admite que *non quidem apparere, quid ab heredibus ex huiusmodi verbis petitum est*, con lo cual da a entender que, efectivamente, estamos ante un fideicomiso tácito y que el concepto del mismo implica un ruego en el que los terceros no saben qué es exactamente lo que se ha encargado al fiduciario. Se puede decir, por tanto, que el fideicomiso es tácito: (a) cuando faltan ambos tipos de publicidad, de tal suerte que se pueda considerar secreto; y (b) cuando falta publicidad material, de modo que, aunque se haya manifestado su existencia en testamento o codicilo, no se hayan precisado sus términos. Para los cuatro juristas romanos, por tanto, el fideicomiso es tácito siempre que no se puede conocer su contenido, es decir, que éste no sea *palam*.

La respuesta a la segunda cuestión es más polémica. Está claro que hay acuerdo en la máxima *non intelligitur fraudem legi fecisse, qui rogatus est palam restituere*¹¹⁶ y que, *sensu contrario*, todos entienden que debe presumirse el fraude cuando el ruego no es *palam*. Sin embargo, para Juliano y Calístrato esta presunción no opera cuando existe publicidad formal, aunque no se dé publicidad material en el ruego testamentario o codicilar; en consecuencia, para estos dos juristas el fideicomiso tácito sólo se presume fraudulento cuando es secreto. Manejan, por tanto, la expresión *palam relinquere* diferenciando la publicidad de la existencia del fideicomiso en sí, de la publicidad de su contenido. De este modo, un fideicomiso es tácito cuando su contenido no es *palam*, con independencia de que goce o no de publicidad formal; sin embargo, la existencia del fideicomiso tácito¹¹⁷ puede ser *palam* si se consigna en el testamento o el codicilo, es decir, si goza de publicidad formal, en cuyo caso no se presumirá el fraude¹¹⁸.

En cambio, Marcelo y Paulo son mucho más estrictos y no hacen distinciones: siempre que el fideicomiso sea tácito, es decir, de contenido *nec palam*, el fraude debe presumirse, con independencia de que la existencia del mismo goce de publicidad formal. Aducen como argumento que, en este caso, el testador está defraudando a la ley doblemente: por un lado, si el beneficiario es incapaz, porque pretende burlar la norma que le impide adquirir; por otro, porque intenta disfrazar ese fideicomiso con las formas de uno *palam*, para evitar que se indague sobre el posible fraude.

Hemos hecho mención por dos veces al fideicomiso secreto. Buena parte de la doctrina, como ya expusimos en el capítulo anterior, entiende que el fideicomiso tácito

115 Véanse epígrafes 2, *principium* y 2.1.

116 D.49.14.3pr. (Call. 3 *de iur. fisc.*).

117 Es decir, un fideicomiso cuyo contenido es *nec palam*.

118 Lo cual no obsta, como veremos, para que, si el fideicomiso así dejado tiene como beneficiario a alguien que no puede adquirir, sea una disposición ineficaz.

es siempre secreto. Nosotros, en cambio, a partir de la distinción que acabamos de formular entre publicidad material y publicidad formal, consideramos que debe excluirse esta identificación. El fideicomiso tácito cuya existencia se consigna en un testamento y que, por tanto, goza de publicidad formal, no puede ser tenido como un fideicomiso secreto, puesto que su existencia no queda oculta, sino sólo su contenido. “Tácito” (del latín *tacitus*, participio pasivo de *tacere*, callar), en nuestro idioma, significa “callado, silencioso” y, también, algo “que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone e infiere”¹¹⁹. Algo muy distinto, por tanto, del “secreto” (del latín *secretum*, voz que apenas si aparece una vez en las fuentes romanas sobre los fideicomisos tácitos¹²⁰), palabra que en español se refiere a una “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”.

El secreto supone ocultación, mientras que lo tácito conlleva, simplemente, silencio. Un fideicomiso con publicidad formal pero no material, es tácito, puesto que calla sus extremos, pero no es secreto, porque su existencia queda a la vista de todos. Es secreto sólo aquel fideicomiso tácito que carece de publicidad formal, el realizado *neque testamento neque codicillis, sed domestica cautione vel chirografo*¹²¹. No hay que confundirlo, como muy bien dice IGLESIAS¹²², con el fideicomiso implícito, derivado de hechos concluyentes, que no es sino un encargo que se deduce de las disposiciones del testamento¹²³.

Como conclusión de todo lo antedicho, y para cerrar ya el presente epígrafe, podemos señalar lo siguiente:

1) Los cuatro juristas de la polémica usan el mismo concepto de fideicomiso tácito, concepto que consideramos extensible a todo el pensamiento jurídico romano, y que supone un ruego fideicomisario del que no se pueden conocer sus términos, por falta de publicidad de los mismos.

2) Difieren en el tratamiento de la falta de publicidad para presumir la existencia de fraude: para Marcelo y Paulo todo fideicomiso tácito se presume fraudulento, y el fiduciario deberá probar que no lo era para evitar la sanción. Juliano y Calístrato, en cambio, consideran que sólo se presume el fraude cuando el fideicomiso tácito es también secreto; si el fideicomiso tácito goza de publicidad formal, no se aplicará la presunción de fraude¹²⁴.

119 *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, vigésimo segunda edición, www.rae.es.

120 Uno de los pocos supuestos en que se hace referencia al “secreto” es D.22.3.3 (Pap. 9 *resp.*). El caso que plantea el jurista es el siguiente: a un individuo a quien se nombra heredero en testamento se le encarga un fideicomiso tácito; un segundo testamento instituye al mismo individuo como heredero en la misma o mayor cuota. La pregunta es: ¿subsiste el fideicomiso tácito? Papiniano responde que la prueba del cambio de voluntad corresponde al demandado, y ello porque *secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat, eos ita heredes scribere, quorum fidem elegerunt*. Es de suponer que el demandado será el fiduciario y, el demandante, el fideicomisario. Se trata, por tanto, de una norma que reparte la carga de la prueba de la existencia y contenido del fideicomiso tácito, en el caso concreto que se expone.

121 D.49.14.3pr. (Call. 3 de *iur. fisc.*) y D.30.103 (Iul. 83 *dig.*).

122 IGLESIAS, *o.c.*, p.129.

123 CÁMARA, *o.c.*, p.84 y s.: «... el contenido del fideicomiso implícito es conocido por cualquiera que examine el testamento, pues el encargo implícito se deduce de las disposiciones del mismo».

124 Abonan esta postura ARIAS RAMOS, *o.c.*, pp.161-162 y ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, pp.92-93. En contra, cabe destacar la opinión de JOHNSTON, *o.c.*, p.53, para quien la polémica en realidad no es tal, sino que plasma una evolución en la sanción del fideicomiso tácito fraudulento, en tres fases: «(i) Secret trusts in private documents are determined to be *in fraudem legis*. They do not feature in the will and are therefore fully secret trusts. (ii) Trusts cryptically referred to in a will in such a way that neither the beneficiary nor the object concerned can be made up (half-secret trusts) are *in fraudem legis*. (iii) Trusts any of whose details are not ascertainable from the will are *in fraudem legis*». Sin embargo, no ofrece una explicación satisfactoria de la postura de Calístrato en D.49.14.3 (véase nota 72), y además confunde, a nuestro juicio, fideicomiso tácito con fideicomiso secreto.

3.2 Requisitos para aplicar la sanción por fraude: fideicomiso tácito, burla de las normas sobre capacidad y dolo del fiduciario

Algo que sí está claro, como se puso de manifiesto en su momento¹²⁵, es que las fuentes, cuando se refieren al fideicomiso tácito, lo hacen siempre en relación con el fraude. Ello no implica que la figura fuera sistemáticamente objeto de sanción, sino que, como explica ARIAS RAMOS¹²⁶, siendo una modalidad de otorgamiento perfectamente válida, era perseguida solamente cuando con ella se pretendía burlar las disposiciones limitadoras del *ius capiendi*. En estos casos, ni el objeto del fideicomiso iba a parar al beneficiario incapaz¹²⁷, ni el fiduciario, en virtud del senadoconsulto Planciano¹²⁸, podía lucrarse con la cuarta pegasiana.

Para que la sanción del senadoconsulto Planciano fuera aplicable, ARIAS RAMOS sostiene que era preciso concurrieran las siguientes circunstancias: «a) otorgamiento del fideicomiso en forma tácita, es decir, designación del fideicomisario de manera oculta, quedando su identificación o determinación entre causante y fiduciario; b), que el fideicomisario así designado carezca del *ius capiendi*; y c) colaboración dolosa del fiduciario». ¹²⁹ El fraude, por tanto, se verificaba cuando se utilizaba un medio lícito (el fideicomiso tácito) para obtener una finalidad ilegítima (atribución patrimonial *mortis causa* a alguien que carece de *ius capiendi*), contando con el concurso, como sujeto activo, del encargado de llevarlo a cabo (el fiduciario). De estos tres elementos, el único que no precisa de mayores explicaciones, por exceder del propósito del presente trabajo, es el segundo: la falta de capacidad del beneficiario. Ya se habló más arriba de las leyes caducarias y demás supuestos de restricción de las posibilidades de adquirir vía sucesoria¹³⁰. En cuanto a los otros dos, es conveniente analizarlos con un poco más de detalle.

3.2.1 El fideicomiso tácito como figura jurídica válida

Si el fraude de ley se define como la utilización de un medio lícito para conseguir fines ilícitos, lo primero que debemos hacer es asegurarnos de que el fideicomiso tácito es, efectivamente, idóneo para cometer la infracción. Hasta ahora, hemos llegado a la conclusión de que se trata de un instituto no necesariamente fraudulento, pero,

125 Véase cap. 2.

126 Véase n.70. ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.160.

127 El fideicomiso devenía caduco o bien correspondía al fisco (ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.53); a excepción, claro está, de los casos de autodelación conforme al beneficio de Trajano, que permitía al fideicomisario incapaz denunciarse al fisco, obteniendo como premio la mitad de lo que hubiera recibido en caso de haber gozado de *ius capiendi*, con exclusión de la cuarta del fiduciario (JOHNSTON, *o.c.*, p.59). El círculo de personas que podían acogerse a este beneficio era muy grande, incluyendo a las mujeres, que, si bien no podían presentar delaciones, sí podían denunciarse en virtud del *beneficium divi Traiani* (ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.90, n.149), D.49.14.16 (Ulp. 18 *ad leg. Iul. et Pap.*).

128 D.34.9.11 (Pap. 15 *quaest.*), D.34.9.23 (Gai. *de tac. fideic.*), D.35.2.13 (Pap. 37 *quaest.*) y D.35.2.59.1 (Mod. 9 *pand.*); Ulp. *Reg.* 25.17. Buena parte de la doctrina está de acuerdo en que el sc. Planciano responde a la ineficacia de los incentivos anteriormente previstos para el descubrimiento de fideicomisos tácitos fraudulentos, especialmente en lo tocante al *beneficium Traiani*. Esta situación llevó a cambiar de táctica y atacar al instrumento voluntario del mismo: el fiduciario. CÁMARA, *o.c.*, p.88; JOHNSTON, *o.c.*, p.59; ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.161; APELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.90.

129 ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.161, aunque, si tenemos en cuenta lo expuesto en el cap.3.1, y a tenor de lo expresado por D.49.14.40 (Pau. 21 *quaest.*), habría que reformular la definición que del fideicomiso tácito ofrece este romanista. Le siguen APELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.91; y CÁMARA, *o.c.*, pp.91 y ss., si bien no estamos de acuerdo en la interpretación que da este autor al primero de los requisitos.

130 Véanse caps. 1.1, 1.2.1 y 1.2.3. Además, C.10.11.1 (año 223).

¿quiere decir eso que sea válido y exigible? Una primera respuesta afirmativa a esta pregunta nos la ofrece la lógica: si el fraude de ley implica el uso de una figura jurídica lícita, y el fideicomiso tácito se puede emplear para cometer un fraude de ley, el fideicomiso tácito es una figura jurídica lícita. Esto comporta la validez y eficacia del fideicomiso tácito, con posibilidad de protección ante los órganos jurisdiccionales, puesto que, de no ser así, estaríamos ante un instituto extrajurídico y, por tanto, no podríamos considerarlo un medio idóneo para cometer el fraude.

Abona esta postura el hecho de que la sanción impuesta al fiduciario en caso de fraude es, precisamente, la pérdida de la cuarta pegasiana: si el fideicomiso tácito no fraudulento careciera de eficacia jurídica, ¿en qué podría perjudicar esta sanción al fiduciario? Si el heredero gravado con un fideicomiso tácito no tiene posibilidad legal de exigir ni retener la cuarta, ¿qué perjuicio puede causarle el senadoconsulto Planciano? Mas, planteado el análisis desde el punto de vista del fideicomisario, debemos reconocer que, si el fideicomiso tácito no gozara de eficacia jurídica, el beneficiario tendría mucho que ganar y muy poco que perder con la aplicación del *beneficium Traiani*.

Esta, exactamente, es la postura de JOHNSTON¹³¹, para quien las reglas de la cuarta difícilmente se pueden considerar aplicables a los fideicomisos secretos, reconduciendo el cumplimiento del fideicomiso a la simple *fides* del heredero fiduciario. Según este autor, con el beneficio de Trajano «for the first time the beneficiary had an entitlement recognized by law to a certain proportion of the property secretly left», ya que, si llevaba a cabo la autodelación, recibía la mitad del fideicomiso (excluida la cuarta). Opina JOHNSTON que el fiduciario deshonesto se ve incentivado con esta medida a entregar al menos la mitad de lo debido, para evitar la *delatio* del fideicomisario.

Sin embargo, no podemos estar conformes con tal interpretación, en primer lugar porque malamente puede comprenderse que el derecho romano desprotegera por completo a los beneficiarios de fideicomisos tácitos lícitos, y en cambio permitiera a los incapaces obtener nada menos que la mitad. En segundo lugar, porque esa mitad, como bien expone el propio JOHNSTON¹³², no lo es del total, sino de los tres cuartos restantes después de haber excluido la cuarta¹³³. Esto carecería de sentido si el fiduciario en el fideicomiso tácito no tuviera derecho a esa cuarta, como pretende el autor citado, tanto por las razones arriba expuestas, cuanto porque la sanción no gravaría al fiduciario, sino al propio fideicomisario que se delató. En tercer lugar, el beneficio de Trajano se aplica por igual a fideicomisos tácitos y expresos¹³⁴, sin distinciones ni normas especiales para aquéllos, lo que nos hace suponer que ambos institutos tienen el mismo régimen jurídico (es decir, derecho del fiduciario a la cuarta y exigibilidad por parte del fideicomisario)¹³⁵.

131 JOHNSTON, *o.c.*, p.60.

132 JOHNSTON, *o.c.*, p.63.

133 D.49.14.49 (Paul. *de tac. fideic.*): «Cum tacitum fideicommissum is cui datum erat capere se nihil posse detulisset, in quaestionem venit, dodrantis an totius assis partem dimidiam ex beneficio Divi Traiani recipere debeat. De qua re extat Rescriptum Imperatoris Antonini in haec verba: "Imperator Antoninus Iulio Rufo. Qui tacitam fidem accommodavit, ut non capienti restitueret hereditatem, si deducta parte quarta restituit, nihil retinere debet. Quadrans autem qui heredi imponitur ipsius eripiat et ad fiscum transferatur. Unde dodrantis semissem solum capit qui se detulit".»

134 D.49.14.13.1 (Paul. *7 ad leg. Iul. et Pap.*).

135 Esto, por otra parte, implica la posibilidad de que existan fideicomisos ineficaces por estar destinados a un incapaz (que se puede acoger al beneficio de Trajano para, al menos, obtener la mitad de los tres cuartos), pero no fraudulentos y en los que, por tanto, el fiduciario no pierde la cuarta pegasiana. Un ejemplo de ello es el de la incapacidad sobrevenida del fideicomisario, a que se refiere Gayo en D.34.9.10. Sobre esta cuestión abundaremos al tratar del dolo en el fraude a través de fideicomiso tácito.

Por otra parte, no podemos perder de vista que el otorgamiento del fideicomiso se regía por el principio de la más absoluta libertad de forma, tal y como se pone de manifiesto en fragmentos como D.32.11pr. (Ulp. 2 *fideic.*)¹³⁶, D.32.21pr. (Paul. 4 *sent.*)¹³⁷, D.42.1.5.1 (Ulp. 59 *ad Edic.*)¹³⁸, Ulp. Reg. 25.3¹³⁹, C.6.23.15 (año 339)¹⁴⁰ o C.6.37.21 (año 339)¹⁴¹. La posibilidad de dejar fideicomisos verbalmente e incluso por gestos, nos lleva a pensar en los fideicomisos tácitos, pues difícilmente podrían constatar terceros la existencia y contenido de un ruego efectuado de este modo, por falta de publicidad del mismo¹⁴². Además, el fideicomiso podía gravar a un heredero *abintestato*, lo cual excluye la publicidad testamentaria o codicilar y exige prueba de que se ha producido el ruego (ello significa que, en cualquier caso, éste no era *palam*)¹⁴³. Asimismo, podemos encontrar en las fuentes casos en los que se debe probar la existencia de un fideicomiso carente de publicidad¹⁴⁴.

En definitiva, todo lo expuesto nos lleva a considerar que el fideicomiso tácito es una institución en sí misma válida y eficaz, sujeta al mismo régimen que los fideicomisos expresos. Por lo tanto, es también un medio a través del cual se puede cometer un fraude a las normas sobre incapacidad, aunque para ello es preciso que concurra otro elemento: el dolo.

136 «*Fideicommissa quocumque sermone relinqui possunt, non solum Latina vel Graeca, sed etiam Punica vel Gallicana vel alterius cuiuscumque gentis.*»

137 «*Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodo is nutu relinquat, qui et loqui potest, nisi superveniens morbus ei impeditio sit.*»

138 «*Si iudex aliquem sic condemnet, ut, quod habet ex testamento vel codiciliis Maevii, restitueret Titio, sic accipiendum est, quasi quantitatem nominavit, quae testamento vel codicillis relicta est. Sed et si fideicommissum sine scriptura pronuntiatum, idem erit probandum.*»

139 «*Etiam nutu relinquere fideicommissum usu receptum est.*»

140 «*Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexo. Nec enim interest, si dicatur “heredem facio” vel “instituo” vel “volo” vel “mando” vel “cupio” vel “esto” vel “erit”, sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit solemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem.*»

141 «*In legatis vel fideicommissis verborum necessaria non sit observantia, ita ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit aut quis loquendi usus effuderit.*»

142 Si bien hay que tener en cuenta que, en la época postclásica, se exigió la presencia de testigos en el otorgamiento de los fideicomisos (C.6.42.22 —año 294-305— y C.6.26.8.3 —año 424—), lo cual plantea dudas acerca de la subsistencia del fideicomiso tácito como figura jurídica (véase n.82); aunque la referencia a los eunomianos en C.Th.16.5.17 (año389) parece significar que, en cualquier caso, el fideicomiso tácito era, como regla general, un modo válido de adquirir (véase n.111).

143 Así, cabe citar C.6.42.29 (año 294-305): «*Ex testamento, quod iure non valet, nec fideicommissum quidem, si non intestato quoque succedentes rogati prohentur, peti potest.*»

144 Por ejemplo, C.6.42.1 (año 212): «*Si probaveris Demetrium petiisse de matre heredeque sua, ut tibi alimenta menstrua et vestiarium annuum praestaret, eamque secutam voluntatem filii sui per multum temporis, id est non minus in tali causa triennio, ea praestitisse: ut in futurum quoque ea praestentur et, si qua in praeteritum praestita non sunt, exsolvantur; impetrabis.*» Plantea esta constitución el supuesto de un hijo que pide a su madre, heredera suya, que preste alimentos y vestidos a un tercero. Puesto que se exige prueba, no parece un legado (que goza de publicidad suficiente en el testamento), sino que es posible nos encontremos ante un fideicomiso. Para poder cobrar los alimentos y el vestido, el demandante debe acreditar, por una parte, la existencia del ruego («*si probaveris Demetrium petiisse de matre heredeque sua*»), pero también que la fiduciaria gravada lo aceptó, para lo cual sirve como prueba indiciaria el hecho de haber procedido a cumplir el encargo durante al menos tres años. Da la sensación de que estamos ante un fideicomiso tácito perfectamente válido y eficaz, cuya existencia, contenido y obligatoriedad para el fiduciario se debe probar mediante hechos concluyentes. También se puede citar aquí D.22.3.3 (Pap. 9 *resp.*), al que ya nos hemos referido al hablar del secreto.

3.2.3 Segundo requisito del fraude: dolo; carga de la prueba del *consilium fraudis*

Hemos llegado a la conclusión de que el fideicomiso tácito es una institución válida y eficaz. La pregunta que inevitablemente viene ahora a nuestra mente es la de por qué, entonces, Paulo y Marcelo, en los textos ya transcritos, hacen tanto hincapié en presumir el fraude en todo fideicomiso tácito. En este punto es donde se ancla aquella parte de la doctrina que ve el fideicomiso tácito como un instituto sistemáticamente fraudulento. Sin embargo, como ya hemos tenido oportunidad de demostrar, esto no es así: el fideicomiso tácito, si no tiene a un incapaz como beneficiario, es perfectamente válido y eficaz, desplazando los efectos de cualquier fideicomiso.

No obstante, por sus características se trata de una figura ampliamente utilizada en la antigüedad para cometer fraude, y por esta razón los juristas se esfuerzan en establecer reglas para determinar cuándo hay colaboración dolosa del fiduciario en el fideicomiso tácito en beneficio de un incapaz. Como explica ARIAS RAMOS¹⁴⁵, era la aceptación del encargo por el fiduciario, «al haberse comprometido previamente con el causante, lo que castigaba el senadoconsulto Planciano y lo que, por tanto, interesaba a los jurisconsultos fijar».

Este *consilium fraudis*, en opinión de Marcelo y Paulo, se debía presumir siempre. La consecuencia era una inversión de la carga de la prueba: el fiduciario, para verse libre de la sanción, debía demostrar que el fideicomisario era capaz¹⁴⁶, o bien (cosa más difícil de acreditar) que no había actuado dolosamente.

La solución de Juliano y Calístrato era diferente. Para éstos, el dolo se presumía cuando no existía ni siquiera publicidad material (es decir, cuando el fideicomiso era secreto)¹⁴⁷. Como consecuencia, había que distinguir entre el fideicomiso tácito secreto y el que gozaba de publicidad formal. En el primer caso, no hay diferencias con la opción de Marcelo y Paulo: la carga de la prueba se invierte y es el fiduciario quien debe probar, bien la validez del fideicomiso tácito, bien su falta de dolo. Sin embargo, en el segundo la situación cambia. Nos encontramos ante un fideicomiso tácito en beneficio de un incapaz, sobre cuyo fiduciario no pesa la presunción de *consilium fraudis*.

En este supuesto, la carga de la prueba sigue siendo la ordinaria: para que se pueda aplicar el senadoconsulto Planciano y, por tanto, se imponga sanción al fiduciario, es el demandante (generalmente el fisco) quien debe probar que ha existido colaboración dolosa de éste. Si no lo demuestra, el senadoconsulto no tendrá lugar y el fiduciario podrá retener o reclamar la cuarta¹⁴⁸. Esto no quiere decir que el fideicomiso resulte eficaz, sino simplemente, que no se puede considerar fraudulento. Obviamente, al ir destinado a un incapaz, carecerá de validez, y el fideicomisario sólo podrá obtener de él un lucro si se acoge al *beneficium Traiani*.

Así pues, tras este análisis, no podemos menos que compartir la opinión de CÁMARA¹⁴⁹, según quien, para todos estos juristas, «los factores para determinar el fraude son: la incapacidad del beneficiario y el compromiso o colaboración del fiduciario, con independencia absoluta de que el encargo se mencione o no en el testamento, o de

145 ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.162.

146 Véase n.78: ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.94.

147 Véase capítulo 3.1.

148 Opinión apoyada por ARIAS RAMOS, *o.c.*, p.163 y ABELLÁN VELASCO, *o.c.*, p.92-94.

149 CÁMARA, *o.c.*, p.93.

que exista o no éste». Efectivamente, la disparidad de criterios se da en relación a la presunción de esa colaboración dolosa y, correlativamente, la distribución de la carga de la prueba.

Para terminar el capítulo relativo al dolo, es preciso hacer referencia a los supuestos de incapacidad sobrevenida del beneficiario. Se planteó a los juristas romanos la cuestión de si debía considerarse que el fiduciario había actuado dolosamente o no, de cara a imponer o excluir la sanción de fraude. Gayo¹⁵⁰ entiende que debe estarse a la intención del fiduciario, de tal modo que habrá actuado dolosamente sólo si hubiese prestado su fidelidad también para la eventualidad de que el beneficiario deviniera incapaz. En cambio, Calístrato¹⁵¹ considera que prima el resultado, de modo que siempre que el beneficiario sea incapaz sobrevenidamente se considerará que hay fraude por parte del fiduciario. No deja de ser sorprendente esta conclusión, contraria a otros fragmentos que abonan la idea de la primacía de la libre voluntad del fiduciario¹⁵²; libertad que, por otra parte, es requisito *sine qua non* para hablar de dolo y de sanción¹⁵³. ¿Cómo explicar, entonces, el pasaje de Calístrato?

Lo primero que debemos tener en cuenta es que el caso estudiado por este jurista es precisamente el opuesto al que expone Gayo. Éste daba respuesta a la situación del fiduciario ante la incapacidad sobrevenida del beneficiario, mientras que Calístrato pretende determinar la posición del fiduciario que aceptó un fideicomiso en beneficio de incapaz, cuando, al tiempo de la muerte del causante, el fideicomisario devino capaz. Es evidente que el criterio de la intención resultaría injusto en este supuesto, dado que el fideicomiso, finalmente, es válido; por esta razón Calístrato opta por el criterio del resultado. Sin embargo, no parece lógica la extensión que hace el jurista al supuesto inverso, para el cual parece más coherente la solución de Gayo.

4. CONCLUSIONES

Hasta aquí nuestra exposición acerca del concepto de fideicomiso tácito en el derecho clásico romano. Hemos intentado deslindar nociones confusas, tratando de perfilar los contornos de la institución que nos ocupa.

Así, hemos podido llegar a la conclusión de que el concepto de fideicomiso tácito es unívoco en las fuentes romanas, y se refiere siempre a un ruego fideicomisario en el que al menos parte de su contenido no sea público. Se ha tratado de demostrar que no siempre el fideicomiso tácito es secreto, sino que el secreto es una modalidad válida de otorgamiento del fideicomiso tácito.

Por otra parte, hemos procurado desarrollar nuestra teoría acerca de la validez y eficacia del fideicomiso tácito, rebatiendo los argumentos de la doctrina que lo colocan extramuros del Derecho, y saliendo al paso de las opiniones que lo consideran sistemá-

150 D.34.9.10.1: «*Si quis ei qui capere possit rogatus fuerit restituere et is mortis tempore prohibetur legibus hoc capere, non dubito quin, etsi deficit fideicommissum, apud eum tamen, qui rogatus est restituere, manere debet, quia nulla fraus eius intervenisse videtur, nisi si in futurum casum fidem accommodavit, id est ut, licet capere legibus prohibere coeperit, restituat.*»

151 D.49.14.3.2: «*Quando autem fraus interposita videatur, agendum est, id est utrum exitus spectari deberet, an consilium: forte si tunc, cum tacite fideicommitteretur, non capiebat is, cui restitui iubebatur, mortis vero tempore capere poterat, vel contra. Et placuit exitum esse spectandum.*»

152 D.50.17.79 (Pap. 32 *quaest.*): «*Fraudia interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur.*»

153 Así aparece, por ejemplo, en D.35.2.13 (Pap. 37 *quaest.*), ya comentado (véase n.102).

ticamente como fraudulento. En cuanto a esto último, se ha procurado clarificar la polémica entre los jurisconsultos romanos Marcelo, Paulo, Juliano y Calístrato, llegando a la conclusión de que todos ellos manejan un único concepto de fideicomiso tácito y un único concepto de fraude. Difieren, tan sólo, en el modo de tratar el dolo en lo relativo a la carga de la prueba: para los dos primeros, se presume el dolo en todo fideicomiso tácito, mientras que para los dos segundos ésto sólo ocurre cuando el fideicomiso tácito es secreto.

En definitiva, el fideicomiso tácito fue, durante la antigüedad romana, un modo lícito de disponer, que, sin embargo, dado su carácter reservado, se utilizó ampliamente como medio de eludir las disposiciones restrictivas del *ius capiendi*. La literatura que ha llegado hasta nosotros, seleccionada por los compiladores, muestra la gran preocupación por el fraude a dichas normas, cometido en no pocas ocasiones a través de fideicomisos. Sin embargo, la institución en sí misma considerada era perfectamente válida y gozaba de protección, como todos los fideicomisos, a través de la *cognitio extra ordinem*.