



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**El fideicomiso en Roma y en el Derecho
civil moderno.**

Presentado por:

Mónica Veganzones Gómez

Tutelado por:

Francisco Javier Andrés Santos

Valladolid, 26 de julio de 2021

Resumen

En el siguiente trabajo se expondrán los orígenes de la institución del Fideicomiso en el Derecho Romano. Así mismo, se aludirá a un estudio en profundidad de su uso por los diferentes tipos de sujetos así como su finalidad y clasificación. Son también ámbito de estudio las vicisitudes que el fideicomiso guarda con figuras análogas como por ejemplo la fiducia o el legado. Llegando hasta nuestros días se hará un especial análisis del articulado del Código Civil, con protagonismo de la institución de la sustitución fideicomisaria. Tras un breve estudio de derecho comparado, se acabará por realizar un estudio comparativo del pasado y presente del fideicomiso.

Palabras clave: fideicomiso, sustitución fideicomisaria, derecho romano, Código Civil.

Abstract

The following work will expose the origins of the institution of the Trust in Roman Law. In order to do this, an in-depth study of its use by different types of subjects as well as its purpose and classification will be alluded to. The vicissitudes that the trust has with similar figures such as trust or legacy are also an area of study. Coming to this day, a special analysis will be made of the articles of the Civil Code, with a leading role in the institution of trustee replacement. After a brief study of comparative law, a comparative study of the past and present of the trust will explained.

Key Words: trust, trustee substitution, Roman law, Civil Code.

INTRODUCCIÓN.....	4
1. FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO	5
1.1 Origen etimológico.....	5
1.2 Concepto, finalidad y forma.....	6
1.2.1 <i>Concepto</i>	6
1.2.2 <i>Finalidad</i>	8
1.2.3 <i>Forma</i>	11
1.3 Evolución histórica.....	14
2. CLASIFICACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS EN EL DERECHO ROMANO	19
2.1 Fideicomiso <i>singulae rei</i>	23
2.2 El fideicomiso de herencia	24
2.3 Fideicomiso de familia y de residuo. Otros fideicomisos.	25
3. LA FIDUCIA. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON EL FIDEICOMISO	28
4. EL LEGADO. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON EL FIDEICOMISO.....	30
5. EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.....	35
5.1 Sustituciones hereditarias	35
5.2 Estudio en particular de la sustitución fideicomisaria en el CC actual.	39
5.2.1 <i>Concepto</i>	39
5.2.2 <i>Clases</i>	40
5.2.3 <i>Tratamiento de la legítima en la sustitución fideicomisaria</i>	42
5.2.3 <i>Posición jurídica de fiduciario y fiduciante. Extinción</i>	44
6. DERECHO COMPARADO: SÍNTESIS DEL FIDEICOMISO DE RESIDUO	46
7. ESTUDIO COMPARATIVO DE LA EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO CIVIL MODERNO.....	47
8. CONCLUSIONES.....	56
9. BIBLIOGRAFÍA.....	58

INTRODUCCIÓN

Lo que se persigue con el desarrollo de este trabajo es hacer un estudio exhaustivo de la figura del fideicomiso, sin ahondar más allá en las figuras anexas o derivadas de esta, sino únicamente del fideicomiso original como base y punto de partida. Se tratará de transmitir la importancia que supuso su existencia para determinados sujetos así como las finalidades que posibilitaba su uso y que le hacía gozar de una situación jurídica de especial trascendencia. Si hay un objetivo claro en el desarrollo es tratar de simplificar el asunto que tanta polémica ha causado a lo largo de su evolución, tratando de explicar este de una forma sencilla y conceptual, ordenada y clasificatoria. Tras el estudio de su origen, la finalidad y la forma, cimientos de su existencia, veremos mediante la evolución histórica cómo esta institución pasó a ser clasificada en dos grandes ramas, el fideicomiso *singulae rei* y el fideicomiso de herencia, al que se unirán el estudio en segundo plano de otros fideicomisos. Para solventar las dudas que pudiesen presentarse con el resto de figuras del ámbito sucesorio del derecho civil, se analizarán cuáles son las semejanzas y diferencias que existen entre este y el legado así como con la fiducia.

Llegado a su fin el estudio del fideicomiso en el Derecho romano, daremos un salto al Derecho Civil español entendido como el que actualmente rige en nuestros días. Procederemos a hacer un estudio exhaustivo del articulado y su interrelación con las sustituciones hereditarias, y será la sustitución fideicomisaria la que goce de una trascendencia y protagonismo predominante. Cabe añadir, que se ha querido resaltar el papel que ha supuesto la nueva Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Tan reciente ley ha supuesto algunos cambios en lo que se refería a los sujetos que podían verse envueltos en los casos de sustitución fideicomisaria, a cuyo caso haremos alusión mediante una comparativa de la anterior redacción de los preceptos frente a la actual. Acercándose a su fin, parecía interesante hacer una breve aproximación de Derecho comparado a diversos códigos civiles europeos e iberoamericanos.

Culminando el proceso de análisis, y antes de emitir una conclusión final, se hará una comparación contrastada de la situación existente en Roma y la situación actual, para que el lector pueda apreciar las vicisitudes o aproximaciones entre el fideicomiso antiguo y moderno.

1. FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO

1.1 Origen etimológico.

El término y figura del “fideicommissum” (fideicomiso) aparece por primera vez en Roma con la monarquía alrededor del año 450 a.C, coincidiendo así con el final del periodo arcaico, que se ubica entre el 753 a.C y el 450 a.C, y el inicio del periodo central de la historia del Derecho romano (del año 450 a.C al 230 d.C) . Esta etapa se caracteriza por ser la primera en introducir la formación del Derecho Romano codificado, erigiéndose las XII Tablas como obra culmen en la recopilación del *ius civile* (código de conducta de los ciudadanos, derecho vigente). El uso del término *fideicommissum* continuó utilizándose en la República y en el Imperio. Es a partir de la época postclásica (del 230 d. C al 527 d. C.) cuando cesa su aplicación.

Léxicamente, la palabra “*fideicommissum*” alude a la confluencia de dos vocablos:

- *Fides*: significa compromiso, garantía. Una especie de juramento solemne. Proviene de la misma raíz que el verbo *fido*, *-is*, *-sus*, *-sum*, *-dere*, cuya acepción es “confiar”, o “depositar confianza en”.
- *Commissum*: significa “encomienda”, “encargo”, “cosa confiada”. Proviene de la misma raíz que el verbo *committo*, *-mittis*, *-misi*, *-issum*, *-mittere*, cuya acepción es “encargar”, “entregar”.¹

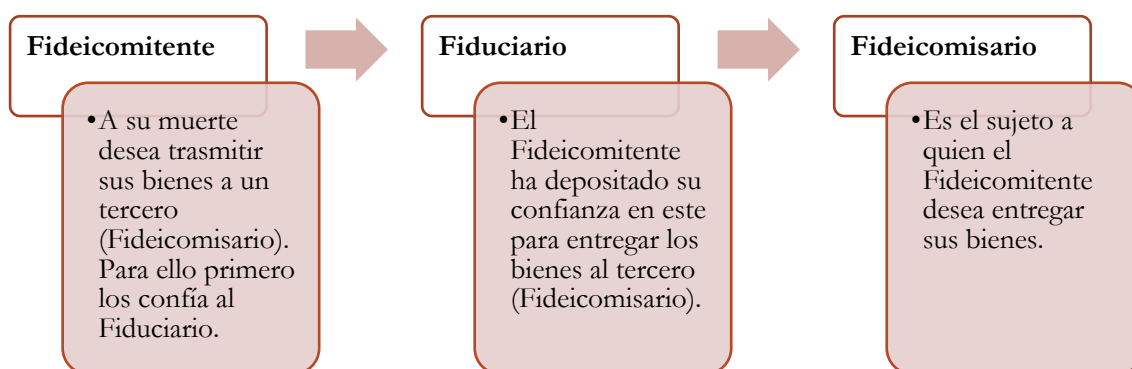
Si unimos ambos, la suma, “*fideicommissum*” se configura como “confiado a la conciencia fiel”. Tiene por tanto sentido, al tratarse la institución de un encargo que, en los actos *mortis causa* (por causa de muerte), hacía una persona a otra por tener en ella confianza o fe. El testador en este caso es quien en base a sus creencias, hace un “encargo de fe” en la persona en quien designa para confiar para cuando este muera.

¹ BELLO KNOLL, Susy Ines. *Fideicomiso Público*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011, pp. 19-29.

1.2 Concepto, finalidad y forma.

1.2.1 Concepto

Nos ubicamos en los actos de liberalidad dentro de la situación de *mortis causa*. El fideicomiso era una fórmula de fuente testamentaria, confiada al honor, la honestidad y la buena fe del instituido. Tal y como antes hemos indicado, se trataba de un ruego para que un sujeto (fiduciario – *fiduciarius*-)² pudiese transmitir los bienes de un causante tras su muerte (fideicomitente) a un tercero (fideicomisario –*fideicomissarius*-).³



Esta figura presentaba un especial interés en la antigua Roma ya que simplificaba la transmisión de la propiedad. Su popularidad se veía incrementada al suponer una forma de “burlar” la falta de *capacitas*⁴ o de idoneidad para ser heredero o legatario. Más allá de los impedimentos legales para heredar, podían acontecer impedimentos de facto, como por

² En ocasiones también puede referirse a este con el término “gravado”.

³ VILLCA POZO, Milenka. *Aspectos jurídico-tributarios del fideicomiso. Especial atención a los países de la comunidad andina*. Tarragona: Universitat Rovira i Virgili, 2012, pp. 31-34.

⁴ Según el Derecho romano, la *capacitas* era la aptitud derivada del hecho de estar en posesión del llamado *ius capiendi*, es decir, el hecho de poder ser heredero titular de la herencia a la que se es llamado por no estar afecto por incapacidad.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1982, pp. 92.

ejemplo la imposibilidad⁵. Cuando los romanos hacían uso del fideicomiso, conocían bien que se trataba de una manifestación de voluntad que no era idónea por si misma, en la línea de producir los efectos reconocidos en el *ius civile*⁶. No será consagrado como carta de naturaleza en el *ius civile* hasta la época de Adriano. Aunque su nivel de obligación al cumplimiento fue variando con el tiempo, en sus orígenes no producía sino una obligación de conciencia, sin gozar por tanto de plena tutela jurídica. Es cuanto menos de admirar la virtud de los primeros romanos, ya que pese a la falta de una sanción jurídica asociada a su incumplimiento y de su obligatoriedad de cumplimientos, este encargo se cumplía prácticamente siempre⁷.

No obstante, aun siendo en su gran mayoría actos de última voluntad, también podían cobrar la forma de contrato, creando derechos y deberes para las personas que en ellos intervenían. En cuanto a su extinción, sus causas eran la nulidad o anularse la cláusula o título en el que se otorgaban, y particularmente la renuncia por parte del fideicomisario que tuviese capacidad para ello.⁸

Hay en su conceptualización dos términos esenciales que deben ser explicados. Hablamos del *dies cedens* y *dies veniens*.

El momento en el que se abre el derecho del fideicomisario es el *dies cedens*. Este no indica el tiempo en el que se abre la restitución inmediata sino que alude al momento en que la restitución se ha de realizar cuando llegue el día marcado por el testador. Supone por tanto el nacimiento de la condición del fideicomisario. Procede así a operarse la delación ipso iure cuando el causante fallezca, al igual que ocurre con la figura del legatario. A raíz de ese instante, el fideicomisario trasmite su condición de tal a sus herederos. En el fideicomiso puro, es el día de la muerte del *cuius* (causante).

⁵ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Barcelona: Sello Editorial, 2010, pp. 453.

⁶ MURILLO VILLAR, Alfonso. *El Fideicomiso de residuo en el Derecho Romano*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989, pp. 21.

⁷ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 21-22.

⁸ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp.13.

Por otro lado, el *dies veniens* hace referencia al tiempo en el que el fiduciario, ya cumplido el término de restitución, está obligado a transmitir los bienes al fideicomisario, quien a partir de ese preciso instante, puede ya ejercitar las acciones correspondientes. En el fideicomiso puro, es el día de la adquisición voluntaria u obligada de la herencia por el fiduciario.

Si bien es cierto, por lo general, no se suele imponer al fiduciario la obligación de transmitir hasta el último de sus días (lo que viene ocurriendo en la sustitución fideicomisaria). Aun así, el término puede ser otro, incluso dándose la posibilidad de que el término se haya dejado al arbitrio del fiduciario, no pudiendo este por motivos lógicos ser uno más allá del día de su muerte. Como veremos posteriormente, el fideicomiso puede ser también con término sometido a condición⁹.

En palabras de Ulpiano, este definía el fideicomiso como “Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquatur, nec ex rigore iuris civiles proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis” “(Fideicomiso es lo dejado, no con las palabras que determina el *ius civile*, sino rogando, y no tiene su origen en el rigor del *ius civile*, sino que es dado por la voluntad del que lo deja)”¹⁰.

1.2.2 Finalidad

Antiguamente había múltiples incapacidades para heredar. Algunas de las más recurrentes eran: ser mujer (en determinados casos), esclavo, soltero o casado sin hijos. Vamos a analizar brevemente la situación de cada uno de estos sujetos a los que a través del fideicomiso, se alcanzaba una vía para “eludir” estas prohibiciones hereditarias:

- A la mujer romana no se le posibilitaba participar en la vida pública de la *civitas*. Ello suponía la imposibilidad de votar y de acceder a las Magistraturas, el Senado y las Asambleas Populares, es decir, conserva la ciudadanía pero no los derechos políticos, quedando también excluida de aquellos oficios privados que fuesen considerados para la mujer como incompatibles. En cambio, sí ocuparon cargos sacerdotales

⁹ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 37-38.

¹⁰ BELLO KNOLL, Susy Ines. *Fideicomiso Público*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011, pp. 23.

importantes como las vestales y las flámines. En lo que nos concierne respecto al Derecho Privado, ya desde los inicios en el 450 a.C, la mujer estaba excluida tanto de la familia como de los negocios. No era considerada como poseedora del parentesco legal con sus hijos e hijas legítimos, ya que este era transmitido únicamente por línea de varón¹¹.

Algunas de las leyes que propulsaron la figura del fideicomiso por afectar a la libertad de testar fueron:

- La *Lex Furia Testamentaria* (200 a.C): prohibía recibir a título de legados o *mortis causa* más de 1000 ases. Quedaban exceptuados los parientes consanguíneos hasta el sexto grado y el hijo del primo segundo.
 - La *Lex Voconia* (169 a.C): Limitó la capacidad de la mujer para recibir por medio de testamento. Los ciudadanos pertenecientes a la primera clase del Censo, cuya fortuna fuese superior a los 100.000 ases, no podían instituir como herederas a las mujeres.
 - La *Lex Falcidia* (40 a.C): Limitó la facultad de otorgar legados a la cuantía de $\frac{3}{4}$ de la herencia, de manera que al menos $\frac{1}{4}$ parte debería ir para el heredero¹².
- La posición privativa de libertad de los esclavos era una situación derivada de las norma positiva, de la ley romana. Pese a conservar la capacidad de obrar -capacidad negocial y capacidad penal, con ciertas limitaciones- , el esclavo no era considerado sujeto de derecho, sino cosa (*res*). En cuanto a su relación con las herencia, el esclavo sí podía ser constituido como heredero, aceptando la herencia siempre y con la autorización del *dominus* (su señor, dueño). Pese a ello, la autorización no excluía nunca de la intervención de forma personal del propio esclavo en el acto adquisitivo (aunque debe ser tenido en cuenta que la herencia se perdería para el esclavo si este muere en un momento anterior a la aceptación)¹³. Algunos sujetos como los *latini Iuniani*, manumitidos -esclavos a los que se ha dado libertad- que en virtud de la ley

¹¹ GAMBOA URIBARREN, Blanca. “Mujeres y sucesión hereditaria en Roma”. *Mujeres y Derecho: Pasado y Presente*. Bizkaia: Universidad del País Vasco, 2008, pp. 25-28.

¹² GAMBOA URIBARREN, Blanca. “Mujeres y sucesión hereditaria en Roma”. *Mujeres y Derecho: Pasado y Presente*. Bizkaia: Universidad del País Vasco, 2008, pp. 44-45.

¹³ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Barcelona: Sello Editorial, 2010, pp. 88-90.

no podían hacer testamento ni adquirir directamente por herencia o legado pero sí por fideicomiso¹⁴.

- A los peregrinos (extranjeros, o ciudadanos de una *civitas* distinta a Roma pero que residían en esta última¹⁵) tampoco se les permitía recibir bienes de los *cives* romanos por medio de las disposiciones *mortis causa*, siendo la única vía el fideicomiso. La proliferación de los fideicomisos para peregrinos llegó a ser tal que en tiempos de Adriano y por rescripto de este emperador se declararon ineficaces en provecho del fisco¹⁶.
- En cuanto a los solteros o casados sin hijos, debemos analizar esta perspectiva comenzando por la importancia del matrimonio. La institución del matrimonio era en tiempos arcaicos considerada como un vínculo sagrado, donde varón y mujer ponían en comunidad todo lo que eran y tenían. Había una fuerte hostilidad al celibato, llegando a ser objeto de sanción impositiva en contraposición con los numerosos beneficios y privilegios a los que podían acceder los ciudadanos casados.

El matrimonio no era solo cuestión tradicional sino que se implementó mediante leyes. Con motivo de la merma de nacimientos entre patricios y la necesidad de seguir cubriendo cargos públicos para preservar el linaje de los ciudadanos romanos, en el año 18 a.C. Augusto propuso la *Lex Julia de maritandis ordinibus*, y en el 9 d.C. los cónsules propusieron una norma que recibió el nombre de *Lex Papia Poppaea*. Esta legislación imponía sanciones graves a los varones que no contrajeran matrimonio entre los veinte y los sesenta años, así como a las mujeres que no lo hicieran entre los veinte y los cincuenta (*coelebes*).

¹⁴ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1982, pp. 349.

¹⁵ Distinto concepto al de *peregrini* es el de *hostes*, ya que designaba a aquellos eran extraños a Roma acogidos al *hospitium* -derecho de hospitalidad a las personas de ciudad extranjera- .
GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1982, pp. 281.

¹⁶ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp 23.

De este modo, los casados mayores de veinticinco y las casadas mayores de veinte sin hijos (*orbi*) eran castigados. Las sanciones eran más gravosas para los *coelebes* que para los *orbi* imponiendo castigos económicos así como otras desventajas. Un soltero no podía recibir herencias o legados por testamento de quien no fuese pariente cercano y el casado sin hijos solo podía recibir la mitad de lo que se le hubiese dejado. En caso de no estar previsto un sustituto no incluido en estas limitaciones tanto la herencia como los legados quedaban en poder del erario público. Posteriormente, el emperador Constantino derogó las penas por celibato y esterilidad¹⁷.

1.2.3 *Forma*

La regulación del fideicomiso se basaba en una serie de características a tener en cuenta de entre las cuales cabe destacar la **libertad de forma**. Esta institución estaba exenta de formalidad legal ya desde la época clásica, pudiendo este ordenarse en testamento, en un *codicilo*¹⁸, incluso oralmente o a través de gestos. Este rasgo lo diferenciaba del legado, que por lo contrario, hacía uso de palabras solemnes e imperativas (*certa et sollemnia verba; verbis imperativis*) a las cuales el Derecho otorgaba plena fuerza obligatoria¹⁹. Tampoco era necesaria ninguna forma sacramental.

Las expresiones más usuales para la formulación del fideicomiso eran: «fidei tuae commito» (dejo a tu conciencia) u otras formulaciones como por ejemplo «peto; rogo; volo» (pido, suplico, quiero), siendo estos los más usados. Distintos autores enuncian en sus escritos determinados términos tanto los más usuales como los menos para la formulación del fideicomiso:

- Gayo aludía a palabras como: *peto, volo, rogo, fidei committo*.
- Ulpiano aludía a palabras como: *volo dari, fidei committo, peto*.
- Paulo aludía a palabras como: *mando, deprecor, desidero, iniungo, cupio, rogo, peto, volo, impero*.

¹⁷ CASTRO, Olivia & CANALES, Ana Edith. “El matrimonio y su disolución: Del Derecho Romano al Derecho Mexicano”. *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2020, pp. 407–409.

¹⁸ “Codicilo: instrumento desprovisto de formalidades que podía redactarse al margen del testamento y que tenía por objeto añadirle ciertas disposiciones particulares”. BELLO KNOLL, Susy Ines. *Fideicomiso Público*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011, pp 23.

¹⁹ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Barcelona: Sello Editorial, 2010, pp. 453.

Sin embargo, al contrario que Gayo y Ulpiano, Paulo incluye también entre los términos usados la palabra *impero*. Resulta controvertido ya que en ninguno de los sentidos la palabra *impero* hace referencia a un ruego sino más bien lo contrario, es decir, un mandato de carácter imperativo. A esta cuestión responde Ferrini, alegando a que su inclusión puede deberse a que en tiempos del jurista romano Paulo el carácter riguroso del lenguaje había comenzado ya a perderse.²⁰

En cuanto al idioma, se posicionaba como un ámbito flexible ya que podía también el fideicomiso estar constituido en lengua griega²¹ (siendo la expresión más usada Βόλομαι – yo quiero). Así pues, los fideicomisos podían ser expresados en cualquiera de los territorios sobre los que Roma tenía dominio.

Ejemplo de fórmula completa²²:

“Te ruego y pido, Flavio Lucio, que tan pronto como puedas aceptar mi herencia, la devuelvas y restituyas a Cayo Sempronio”

“Quiero que al morir mi heredero Marco Numerio mi herencia pertenezca a Tiberio Servio”.

Dada su carencia de ordenación formal sumada a su ejercicio por la sola determinación de la moral, no es hasta la época augustea cuando pasa el fideicomiso a estar dotado de un carácter jurídico de obligatoriedad. El incumplimiento de esta figura se consideraba sanción, como acto doloso. Suponía una infidelidad con efectos públicos infamantes. Fue Augusto quien sometió el fideicomiso al control jurisdiccional de los cónsules y años después a unos pretores especiales denominados *praetor fideicomissarius* (establecidos por Claudio) dedicados únicamente a materia fideicomisaria²³.

²⁰ MURILLO VILLAR, Alfonso. *El Fideicomiso de residuo en el Derecho Romano*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989, pp. 26.

²¹ KASER, Max. *Tratado de Derecho romano privado*. Madrid: BOE, 2021, pp.721 [en prensa].

²² DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 39.

²³ BELLO KNOLL, Susy Ines. *Fideicomiso Público*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011, pp. 27.

Los motivos que incitaron a Augusto a llevar a cabo esta protección jurídica del fideicomiso nos los brinda Justiniano, Inst. 2, 23, 1, siendo básicamente tres²⁴:

1. *Gratia personarum motus*
2. *Vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur*
3. *Aut ob insignem quorundam perfidiam*

Sin embargo, cabe destacar que el fideicomiso no llegó a ser ubicado en el marco procesal del *ordo iudiciorum* (orden de los juicios) teniendo que imponerse su cumplimiento a través de procedimientos *extra ordinem* (facultad de pedir al Estado que decidiera una controversia), desarrollado ante los cónsules, así como los *praetores fideicommissarii* o los gobernadores provinciales²⁵. La protección jurídica del fideicomiso antes de Augusto es defendida por Lemercier, quien afirma basándose en texto de Cicerón (*pro Cluentio* 7) y Valerio Máximo 4,2,7, que hay una cierta intervención del censor para la protección de los fideicomisos llegados al último siglo de la República. Se intenta entonces dar un procedimiento para obligar al sujeto fiduciario a cumplirlos, ya que el éxito o fracaso de la figura, dependía en último término de este. La protección que otorgaba el censor era claramente variable, debido a que se dependía del arbitrio del censor. Sin embargo esta postura que defiende Lemercier encuentra críticas por considerar el papel del censor como simple sujeto para tachar de infamia la actitud del fiduciario que no cumple con su cometido de entregar los bienes.²⁶

Pese a la libertad de forma, gozan de especial trascendencia las exigencias derivadas de los periodos teodosiano y justiniano. Con Teodosio se exige para el fideicomiso la existencia de cinco testigos y con Justiniano se permite exigir juramento al heredero o legatario de que no se ha confiado fideicomiso alguno a condición de que el pretendido fideicomisario jure también que no obra con ánimo de enredo. Por su parte, si el heredero se niega a jurar, el fideicomiso se presume y está obligado a restituir²⁷.

²⁴ MURILLO VILLAR, Alfonso. *El Fideicomiso de residuo en el Derecho Romano*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989, pp. 34.

²⁵ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Barcelona: Sello Editorial, 2010, pp. 447.

²⁶ MURILLO VILLAR, Alfonso. *El Fideicomiso de residuo en el Derecho Romano*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989, pp. 33.

²⁷ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 28.

1.3 Evolución histórica

Históricamente, su origen se basa en su causa, en una necesidad de eludir las prohibiciones de la herencia a aquellos que carecían de la *testamenti factio passiva*²⁸. Se concebía como una vía de libertad extralegal (y no por ello ilegal), tanto para efectuarla como para formularla.

Algunos autores como Carle, remontan los inicios del fideicomiso a la primitiva plebe romana, ya que su posición frente al patriciado era únicamente de hecho y por lo tanto no estaba reconocida ni sancionada por el Derecho²⁹. Si bien es cierto, la opinión generalizada como primer antecedente de la figura del fideicomiso se atribuye a la *mancipatio familiae*, siendo esta la modalidad originaria del *testamentum per aes et libram*, llevado a cabo mediante *mancipatio* del patrimonio del testador por un precio fingido a un *familiae emptor*, adquirente fiduciario, quedando este encargado por el testador de cumplir su última voluntad y así dar el destino requerido a los bienes³⁰. En palabras simplificadas, era aquella situación en la cual un ciudadano transmitía su patrimonio a un amigo, haciendo ruego de que cuando falleciese, lo repartiese de la forma por él indicada. Hay por tanto una clara analogía tanto funcional como estructural entre *mancipatio familiae* y fideicomiso.

Otros autores como Torrent, consideran la venta de la herencia como el primer instrumento que se utilizó para conseguir los efectos fideicomisarios. Sin embargo, había mayores dificultades prácticas en la figura debido a las evasiones de los límites de la capacidad sucesoria. Será Justiniano quien nos afirma que en su origen el fideicomiso no creaba ningún vínculo jurídico, que carecía de fuerza para obligar por ser un simple ruego o solicitud, sin poseer la dignidad de ocupar un puesto entre los institutos reconocidos por el Derecho. La situación cambia con la llegada de Augusto, dotando al fideicomiso de tutela jurídica³¹.

²⁸ Capacidad exigida para poder ser considerado como heredero por cualquiera de las formas de declaración de la herencia. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1982, pp. 668.

²⁹ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp.16.

³⁰ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1982, pp. 452.

³¹ MURILLO VILLAR, Alfonso. *El Fideicomiso de residuo en el Derecho Romano*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989, pp. 23-26.

La doctrina ha llegado a considerar en esta línea tres fases en la evolución del fideicomiso romano en las cuales la posición de la relación jurídica fideicomisaria, aunque idéntica en su base, ha ido sumando peculiaridades:

1. La más antigua y primera supone aquel periodo en la que el fideicomiso se establecía como una figura ajena al Derecho, que llega a su fin de la mano de Augusto con la imposición del carácter de obligación jurídica.
2. La segunda fase se suele situar desde Augusto hasta el senadoconsulto Trebeliano bajo el imperio de Nerón.
3. La tercera y última fase, va desde el senadoconsulto Trebeliano hasta el Pegasiano, bajo Vespasiano, cerrándose el ciclo histórico con la reforma de Justiniano³².

Nos adentraremos en el análisis de las dos últimas etapas por ser estas las que mayores cambios³³:

Desde Augusto hasta el senadoconsulto Trebeliano, se trata de años en los que el Derecho sucesorio romano aún no aporta una fórmula adecuada para acoger jurídicamente la personalidad del fideicomisario. El fiduciario “es heredero” y debe restituir. Pero, como ser *heres*³⁴ (heredero) es un título personal, no ligado necesariamente a la titularidad de un patrimonio, parece compatible la condición de heredero con la obligación de transmitir a otro la masa hereditaria, cumpliendo el encargo del testador.

Puede sostenerse también, quizá con más aceptación por parte de la doctrina, que en esta fase no era institución del *ius civile*. A ojos del Derecho civil, el fiduciario es heredero y no

³² DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp.21.

³³ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 32-37.

³⁴ El *heres* era el sucesor a título universal de una persona fallecida en virtud de una disposición testamentaria o por disposición de la ley. Este pasa a ser titular de la totalidad o parte del patrimonio del *de cuius* (causante), dependiendo de si estuviese sometido o no a la potestad de la persona fallecida y de conformidad con el parentesco que le uniese sus derechos sucesorios son distintos.

tiene obligación alguna de transmitir, pero ante las autoridades administrativas, ya fuese ante el pretor fideicomisario en Roma y ante el Gobernador en las provincias, el fideicomisario, en un procedimiento *extra ordinem*, se podían reclamar tales sumas, ejercitando un derecho de crédito (personal) al fiduciario.

Entre los intereses del fiduciario y del fideicomisario podemos decir que:

- Interesa al fiduciario cumplir el encargo para dar satisfacción a la *fides* (fe) puesta en él, pero al mismo tiempo, no puede resultar gravado con la responsabilidad -como a *heres* corresponde- por las deudas del causante.
- El fideicomisario, por su parte, tiene interés en ejercitar los créditos integrados en el fideicomiso.

Combinando estos intereses, fiduciario y fideicomisario conciertan las estipulaciones *quasi emptae venditae hereditatis*, en virtud de las cuales:

- El fideicomisario asegura al fiduciario aquellas situaciones en las que éste tenga que pagar como heredero, así como garantizándole su papel contra las acciones que como heredero ejerciten contra él los acreedores del causante.
- A cambio se compromete el fiduciario a transmitirle aquello cuanto a título de heredero perciba y a la cesión, como útiles, de las acciones directas del fiduciario como heredero.

Así pues, una vez terminado el negocio, el fiduciario queda aún como heredero, aunque nada retenga como tal y, en cambio, se dice del fideicomisario que se encuentra como *loco emptoris*.

Esta ficción presentaba dos grandes problemas:

1. En un primer lugar, la debilidad del derecho del fideicomisario queda inutilizado ante terceros adquirentes de buena fe.
2. En un segundo lugar, el riesgo que corre el fiduciario, ajeno al interés patrimonial, ante la supuesta la insolvencia del fideicomisario, que le imposibilita repetir de éste las deudas desembolsadas como heredero.

Bajo Nerón, con los cónsules Séneca y Trebelio Máximo, de quien toma el nombre el senadoconsulto Trebeliano hacia el año 814 de Roma (62 - 63 d. C.), se revoluciona el panorama en materia de fideicomisos.

Fundamentalmente puede afirmarse que el fiduciario continúa siendo heredero, pero ya solo nominalmente, puesto que lo único que conserva es el título, mientras que sus derechos son, en relación a lo que conlleva ser heredero prácticamente inútiles. Las acciones del fiduciario pasan *in solidum* (por entero) como útiles, al fideicomisario. El fideicomisario se considera *loco heredis*³⁵ y es, a los efectos patrimoniales, el verdadero heredero, el cual reclama los créditos por el ejercicio de las acciones útiles y responde de las deudas, ya que contra él se dirigirán los acreedores al oponerles el fiduciario la *exceptio* de restitución de herencia. Este senadoconsulto trebeliano implicaba una verdadera revolución del derecho sucesorio antiguo. Se abría la posibilidad a figuras sucesorias anómalas hasta entonces (como por ejemplo el heredero a término, heredero a condición resolutoria), aunque se daba sólo en la práctica y no formalmente. Aun así, se satisfacían los intereses patrimoniales del fiduciario y del fideicomisario, puesto que se salvaban los riesgos de la insolvencia del uno o del otro.

Con el senadoconsulto Pegasiano, bajo Vespasiano, siendo cónsules Puvión y Pegaso, quien le da nombre, en el 75 d. C. Llama la atención que se otorgaba al fiduciario el derecho a la cuarta falcidia, que la *Lex Falcidia* de 40 a. C. otorgaba al heredero gravado de legados, a deducir de la masa hereditaria. Esta atribución perturbaba una vez más la posición jurídica de los sujetos en la relación fideicomisaria. Para el correcto estudio es preciso distinguir varios supuestos:

1. Si la cuantía de los bienes en fideicomiso no alcanza las tres cuartas partes la masa hereditaria.

Rige el Trebeliano, y en ende, el fiduciario queda como heredero nominal respecto del todo y como pleno heredero respecto de los bienes que el testador excluyó del fideicomiso. El fideicomisario por su parte recibe como útiles las acciones en la proporción correspondiente a los bienes, que por mandato del testador le transmite el fiduciario. En esta porción se encuentra *loco heredis* y responde, proporcionalmente, ante los acreedores, pudiendo, en la misma proporción, ejercitar sus créditos.

2. Si el fideicomiso absorbe la totalidad de la herencia o excede simplemente de las tres cuartas partes de la misma.

³⁵ Se dice “loco heredis” de la persona que sin tener la consideración de heredero se encuentra en situación de tal.

Aquí el Trebeliano ya no se aplica. El fiduciario queda como heredero plenamente. Puede retener la cuarta o cumplir íntegramente la voluntad del testador. En todo caso asume las responsabilidades conexas al título de heredero. Para la transmisión se utiliza de nuevo el procedimiento anterior al Trebeliano, y por ello, el fiduciario corre de nuevo el riesgo de la insolvencia del fideicomisario.

3. Si el fiduciario repudia la herencia.

El SC Pegasiano, previendo esta posibilidad, faculta al fideicomisario para que demande ante el Pretor el que se exija forzosa aceptación por el fiduciario. Aquí, la posición jurídica de ambos sujetos es de nuevo diferente. Se aplica ahora también el Trebeliano y el fiduciario pierde la cuarta e incluso lo que le hubiere dejado el testador. La subrogación del fideicomisario -de nuevo *loco heredis*- es plena ya que acoge todas las acciones que ejercita contra deudores y responde plenamente frente a los acreedores.

Finalmente, la legislación justiniana se caracteriza por un sentido realista, en virtud del cual el fideicomisario se encuentra en todo caso, *loco heredis*. Subsiste a su vez para el fiduciario el derecho a la cuarta reconocida por Pegasiano, no perdiéndola sino en caso de que rehúse de hacer la adición y se le obligue a aceptar forzosamente exigencias de fideicomisario, liberándose al propio tiempo de toda responsabilidad. Tanto si el fideicomiso alcanza las tres cuartas partes de la herencia como si no, se aplica el Trebeliano, dándose proporcionalmente a favor y en contra del fiduciario y del fideicomisario las acciones hereditarias (directas las del primero, y útiles las del segundo).

El realismo culmina al regularse el supuesto de que el testador deje al fiduciario una cosa designándola concretamente y no en forma abstracta como alícuota. Aquí, aun cuando la cosa – como por ejemplo enuncia Domingo; un fundo- exceda de la cuarta parte de la masa hereditaria, el fiduciario -heredero nominal- se entiende *loco legatarii* y en consecuencia está libre de responsabilidad. El derecho del fideicomisario queda también severamente tutelado. No se corre el riesgo de la repudiación del fiduciario (porque se mantiene la disposición de Pegasiano) y puede, por lo mismo, exigir la adición forzosa, y de otro, frente a terceros adquirentes de buena fe.

2. CLASIFICACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS EN EL DERECHO ROMANO

Se han venido estableciendo distintas clasificaciones para el fideicomiso por parte de la doctrina, pero en general pueden estos resumirse en tres grandes grupos y un cuarto más en desuso:

1. Puros y condicionales
2. Simples y graduales
3. Particulares y universales, subdividiéndose los últimos en expresos y tácitos
4. Perpetuos y temporales

Puros y condicionales

Es fideicomiso **puro** aquel que no depende de ninguna condición para su cumplimiento. Al contrario, es fideicomiso **condicional**, como su propio nombre indica aquel en el que para que llegue a tener efecto, se necesita de un acontecimiento futuro o incierto por parte de quien lo ordena.

Simples (ordinarios) y graduales (sucesivos)

Es fideicomiso **simple u ordinario** cuando el fideicomisario a quien el heredero fiduciario debe restituir a su vez la herencia, no está encargado a su vez de restituirla a otro. Es, sin embargo, fideicomiso **gradual o sucesivo** aquel en el cual el fideicomisario está gravado respecto a otras personas: de esta forma, tras entrar en posesión de los bienes que el testador le hubiese dejado, debe conservarlos para aquellas personas que estén llamadas después de él. A esta última suele denominarse fideicomiso de familia.

Particular (singular) y universal

Es fideicomiso **particular o singular** aquel que recae sobre objetos o cosas determinadas y especiales, mientras que se dice fideicomiso **universal** a aquel que recae sobre la totalidad de la herencia o alguna cuota de ella. La división del fideicomiso universal en expreso o tácito se debe una cuestión formal. Es fideicomiso expreso aquella situación en la que el ordenador

ha manifestado con claros términos y de manera expresa, utilizando palabras positivas y determinantes su voluntad de que el heredero restituya la herencia o una parte de ella al fideicomisario. Será fideicomiso tácito aquella situación en la que sin hacer mención alguna de la restitución de las cláusulas testamentarias se deduce una obligación de restituir.

Respecto a los universales debemos hacer algunas precisiones. Los efectos eran distintos según que la restitución se hubiere efectuado de forma voluntaria o forzosamente y según se tratara del fiduciario o del fideicomisario.

- En el primer caso, voluntaria, la restitución comprendía todo aquello que formaba parte del fideicomiso sujeto a las disposiciones del testador. Respecto a sus accesiones y a los frutos, tenía derecho el fiduciario a conservar los que había percibido desde el instante de la adición de la herencia hasta que llegaba el momento de la restitución. Sin embargo, debía este devolver los percibidos antes de la adición y los frutos o intereses correspondientes a cuando estuviere en mora. En ende, estaba el fiduciario facultado para exigir que se le indemnizaran las expensas que hubiere acometido y se le librara de las obligaciones que se vio obligado a contraer para cumplir el fideicomiso. El fideicomisario por su parte, una vez efectuada la restitución, adquiría de pleno los bienes fideicomitados en la parte que le correspondiente (quedaba convertido en *heredis loco*, respecto del fiduciario y respecto a los terceros).
- En el segundo caso, la restitución forzosa se daba, bien cuando el fiduciario la rehusaba por cualquier motivo, o bien cuando, por otras causas, faltaba la adición del fiduciario, sin que hubiera rehusado (como por ejemplo cuando había premuerto el fiduciario al testador sin que éste hubiera tenido conocimiento de ello, también cuando había fallecido después de estar abierta la sucesión, pero sin que la hubiera adquirido ni transmitido a otro, y por último, cuando por ausencia del fiduciario, u otro cualquier motivo, se encontraba el fideicomisario imposibilitado de reclamar, lo que en su caso estaba equiparado a la negativa del fiduciario a aceptar la herencia)³⁶.

³⁶ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 26.

Perpetuos y temporales

Es fideicomiso **perpetuo** aquel en el que los llamamientos y fiducias se suceden a perpetuidad mediante el cumplimiento de distintas reglas, mientras que en el fideicomiso temporal solo existen un número limitado de llamamientos³⁷.

Esta última clasificación, y en concreto el fideicomiso perpetuo, era controvertida y sobre ello habla Domingo ya que atañe a un tema de moral, Derecho y economía política. Respecto a la moral, los fideicomisos perpetuos se consideraban como contrarios al organismo de la familia, ya que privaban al padre de medios para fomentar la “virtud y el mérito de sus hijos” y daban lugar a que el primogénito se convirtiese en dueño en perjuicio del resto de hijos. Suponía un apoyo al lujo excesivo y corrupción de costumbres. Por el lado del Derecho se vulneraban los consagrados principios de sucesiones, y en lo económico, la perpetuidad del fideicomiso desencadenaba una disminución de la riqueza en la población, poniendo los inmuebles sobre los que recaían fuera del tráfico comercial. En palabras de Jovellanos era considerado “no solo repugnante a los dictámenes de la razón y a los sentimientos de la naturaleza, sino también a los principios del pacto social y a las máximas generales de la legislación y la política”.³⁸ Esto no ocurre con los fideicomisos temporales, especialmente los universales y familiares, que mantienen esa unidad de familia para la conservación de patrimonio, basado en sentimientos de benevolencia, y gratitud.

Pese a la pluralidad de distinciones y referencias en cuanto a las clases de fideicomiso, la única diferenciación a la que aluden los textos romanos originales eran dos:

1. *Fideicommissum singulae rei*; era aquel en que únicamente se dejaban cosas determinadas.
2. *Fideicommissaria haereditatis*; hacía referencia a todo o parte de la herencia.

No podemos obviar hacer referencia a la figura de la **sustitución fideicomisaria**, tratándose esta de una disposición por la cual el autor de la sucesión encomienda a su sucesor conservar durante toda su vida los bienes, para transmitirlos al morir a una segunda persona que

³⁷ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 12.

³⁸ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 14.

designa. En el Derecho romano, no se concebía como tal el concepto de la herencia sucesiva, en la que heredase primeramente un heredero y al que le sucediese un segundo cuando se diese el cumplimiento de un término o condición. Para encauzar este fenómeno y hacer posible el animo perpetuador se ha venido utilizando la llamada sustitución fideicomisaria.

La sustitución perpetuaba el deseo del testador de disponer no solo de su propia sucesión, sino también la de sus sucesores, a veces de forma indefinida, de generación en generación. A las sustituciones fideicomisarias se las denominó **fideicomiso de familia** (*fideicommissum quod familiae relictum*) debido a que se tenía que conservar la herencia en favor de un miembro de la familia. Llegada la época de Justiniano, para limitar este rasgo perpetuador, se limitó a permitir el fideicomiso de familia únicamente hasta la cuarta generación³⁹. A su vez, cuando el encargo hecho al heredero fiduciario es que este restituya lo que quede de la herencia, nos hallamos ante el **fideicomiso de residuo**.⁴⁰

Hay sin embargo controversias ya que su concepción dista bastante de lo que el verdadero Derecho romano ligaba al término fideicomiso. Esto se debe a que el fideicomiso, en su más pura forma, incluye un único llamamiento, una única liberalidad, siendo el deseo del testador que los bienes fuesen disfrutados por una o varias personas, pero de una sola vez (*semel heres semper heres*). En ningún caso suponía en su fundamento un doble llamamiento de disfrute sucesivo. El testador puede favorecer al fiduciario y al fideicomisario pero el objeto de derecho que les tramitará será siempre diferente y no el mismo. Son fundamentales dos elementos:

- El *tractus temporis*; es el disfrute en valor del fiduciario que sí se da en la sustitución fideicomisaria y que no tiene lugar en el fideicomiso.
- El llamado *ordo successivus*; en la sustitución fideicomisaria, el orden sucesivo implica la subrogación sucesiva en la posición jurídica del causante, cuyo título es el mismo para todos los subrogados. Es por ello que no se suceden unos a otros sino que lo hacen

³⁹ KASER, Max. *Tratado de Derecho romano privado*. Madrid: BOE, 2021, pp.722 [en prensa].

⁴⁰ BELLO KNOLL, Susy Ines. *Fideicomiso Público*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011, pp. 25-26.

escalonadamente a término incierto en cuanto al *dies veniens* (que se refiere al momento en el cual se computan o producen los efectos)⁴¹.

2.1 Fideicomiso *singulae rei*

A este tipo de fideicomisos también se les llamaba *fideicommissum speciali*. Mientras que para otorgar fideicomiso *singulae rei*, el fideicomitente debía disponer de la *testamenti factio*⁴², para ser beneficiario, solo es necesario que el fideicomisario estuviese vivo en el día que coincide con la muerte del testador (*dies cedens*) pero en caso de término indeterminado o de condición suspensiva se tomará al tiempo de cumplimiento de dichos sucesos. Sin embargo, a lo largo de los años fueron surgiendo excepciones aisladas, como por ejemplo la incorporación al fisco de los fideicomisos a peregrinos en la época de Adriano o las exclusiones a personas inciertas. Con la figura en cuestión, podían ser gravados tanto los herederos testamentarios como los herederos *ab intestato*. A su vez, cabían ser gravados los legatarios, y todos aquellos que recibiesen algo en la herencia. En conexión con todas estas figuras, cabe destacar que únicamente podían responder hasta la cuantía del valor de aquello que hubiesen recibido. Si nos preguntamos por la posición que guardaban las personas jurídicas, el Estado podía ser también gravado (debido a su capacidad de ser adquirente en las herencias sin herederos).⁴³

En cuanto a los objetos aptos de fideicomiso, lo eran todas aquellas prestaciones que pudiesen ser contenido de una obligación, así como la totalidad de la herencia o en su caso una cuota de ella. Se otorgaban en fideicomiso elementos, como por ejemplo, fondos, un esclavo, dinero, vestimenta o incluso labores como la de construcción o mantenimiento del sepulcro. Los objetos que se podían dejar mediante fideicomiso eran, por tanto, indeterminados, llegando más allá de lo recogido en los textos⁴⁴. Además, mientras que la

⁴¹ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 26.

⁴² Capacidad o aptitud para disponer por testamento y que es exigida ininterrumpidamente desde el momento en que se hace testamento hasta el fallecimiento del testador. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1982, pp. 662.

⁴³ KASER, Max. *Tratado de Derecho romano privado*. Madrid: BOE, 2021, pp.721 [en prensa].

⁴⁴ MURILLO VILLAR, Alfonso. *El Fideicomiso de residuo en el Derecho Romano*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989, pp. 32.

ineficacia del fideicomiso sigue al uso las reglas generales, la revocación no está ligada a ninguna forma y hace extinguir la figura⁴⁵.

2.2 El fideicomiso de herencia

Como bien hemos anunciado anteriormente, el fideicomiso de herencia (*fideicommissum haereditatis*) se encuadran dentro de los fideicomisos universales. El fideicomiso de herencia tiene lugar cuando el heredero (fiduciario) recibe la *hereditas* -herencia, ya sea en su totalidad o una parte de ella- con el gravamen de restituir dicha herencia en su totalidad, o bien una parte de ella, a un sucesor (fideicomisario) en caso de cumplirse una determinada condición o término que habría fijado el causante⁴⁶. El heredero podía transmitir las cosas hereditarias pero, sin embargo, no podía ceder su condición de heredero. Esto se debía al cumplimiento del principio *semel heres, semper heres* (una vez heredero siempre heredero)⁴⁷.

En el fideicomiso de herencia, el heredero queda obligado a restituir la herencia al sucesor transmitiéndola. Es, por tanto, que son dos las principales obligaciones, por un lado a conservar, y por el otro la de transmitir la herencia al fideicomisario. Cuando el disponente mandaba al heredero *restitutere hereditatem* hace pasar al fideicomisario la situación jurídica de *heres*. Aun con ello, el sucesor no se hacía realmente heredero por ello, ya que para acercar su posición a la de heredero necesitaba de la realización de unas estipulaciones habituales en la compra de herencia. En ellas, prometía el sucesor indemnizar al heredero por las condenas y prestaciones que hubiese podido sufrir derivadas de la herencia. La venta ficticia de la herencia se hacía por una moneda, y se realizaban las estipulaciones de la herencia comprada y vendida (*stipulationes emptae et venditae hereditatis*) para poder hacer así la transferencia de los créditos y las deudas al fideicomisario.

En esta situación, podía el fiduciario no aceptar el fideicomiso de toda la herencia cuando no le reportaba a este ningún beneficio, situación ante la que el fideicomisario no podía hacer

⁴⁵ KASER, Max. *Tratado de Derecho romano privado*. Madrid: BOE, 2021, pp.723 [en prensa].

⁴⁶ ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier. *Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho Romano Clásico*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1997, pp. 139-142.

⁴⁷ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 41.

ninguna acción. Para salvar esta situación, el S. C Pegasiano, dictado bajo Vespasiano (años 69-79 a.C), trataba de impedir que el fiduciario dejase ineficaz el fideicomiso por no tener interés para él adir la herencia. Lo que se hizo fue autorizar al fiduciario que adía la herencia a mantener en su propio beneficio la *quarta Falcidia*, ya fuese sobre los legados o sobre los fideicomisos (esta era concedida a favor del heredero de un testador que hubiese dispuesto de la herencia por legados; en virtud de la *Lex Falcidia*, el testador únicamente podría disponer por legados de las tres cuartas partes de sus bienes, quedando reservada una cuarta – *quarta falcidia*- para el heredero, quien tenía el derecho a retenerla). Era de este modo, con el S. C Pegasiano, cómo el fiduciario llegaba a ostentar la condición de heredero, mientras que el fideicomisario jugaba el papel de legatario. Suponía la aparición de un gran estímulo para aceptar la petición de contraer fideicomiso, pues se quedaría este con la *quarta Pegasiana* (esta era la cuarta que se ordenaba reservar en materia de fideicomisos por el *Senatus consultum Pegasianum* a favor de la herencia cargada con un fideicomiso, el cual pasaba a tener derecho a retener para él una cuarta parte de la herencia). De no hacerlo, es decir, restituir por completo la herencia y no aprovechar los beneficios que suponía la *quarta Pegasiana*, se entrecruzaban las estipulaciones propias de la venta de herencia que se daban entre fiduciario y fideicomisario⁴⁸. Fue Justiniano quien, para tratar de evitar la arbitrariedad, realizó disposiciones para esclarecer la situación.

2.3 Fideicomiso de familia y de residuo. Otros fideicomisos.

Fideicomiso de familia

El fideicomiso de familia (*fideicommissum familiae relictum*) es aquel encargo o disposición por el cual el testador pedía a su heredero que conservase el patrimonio hereditario y que, a su muerte, fuese transferido a personas pertenecientes a su familia o, de no ser así, a aquellos que tuviesen un determinado grado de parentesco. La principal característica es que el propiamente dicho podía vincularse en sucesivas generaciones.

⁴⁸ MURILLO VILLAR, Alfonso. *El Fideicomiso de residuo en el Derecho Romano*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989, pp. 39.

En los primeros momentos, parecía existir un límite. Con ello nos referimos a que podía llamarse sucesivamente al primer grado, es decir, a la primera generación de aquellos que no habían nacido a la muerte del fideicomitente.

Con el tiempo, Justiniano, logra superar esta limitación, llegando incluso a ampliar el límite hasta después a la cuarta generación. El mismo emperador también decide que en la familia se incluyan patronos, libertos y esclavos (un cambio trascendental para la época). Esta institución tiene una gran aplicación y desarrollo en el Derecho medieval y feudal y en la Edad Moderna, en que se vincula un patrimonio a la misma familia y del que derivan instituciones como el mayorazgo.

Fideicomiso de residuo

El fideicomiso de residuo tiene por objeto en la transmisión «lo que queda de la herencia» (*quidquid de hereditate supererit*). En estos supuestos el heredero fiduciario puede disponer de la herencia y disminuirla según las exigencias de la buena fe, e incluso puede también sustituir los bienes hereditarios por otros. El emperador Justiniano fija el límite de disposición del fiduciario en las tres cuartas partes y hace reserva al fideicomisario la cuarta restante.

Otros fideicomisos: Fideicomiso de libertad

Al testador se le posibilitaba rogar al heredero que manumitiese (concediese la libertad) a un esclavo propio o ajeno. El esclavo en cuestión no podía exigir su propia libertad por causas de capacidad, pero se llegó a permitir que actuase en el procedimiento extraordinario solicitando el cumplimiento del fideicomiso. Fueron varios los senadoconsultos de la época imperial que hicieron obligatoria esta manumisión fideicomisaria. Los juristas tratan también de los supuestos del fideicomiso de libertad de una esclava mujer, en lo que se refiere a la condición de los hijos de ésta. Justiniano equipara esta manumisión a la testamentaria o directa, pero el manumitido se hacía liberto no del testador, sino del heredero fiduciario.

Ejemplo de fideicomiso en el Derecho romano.

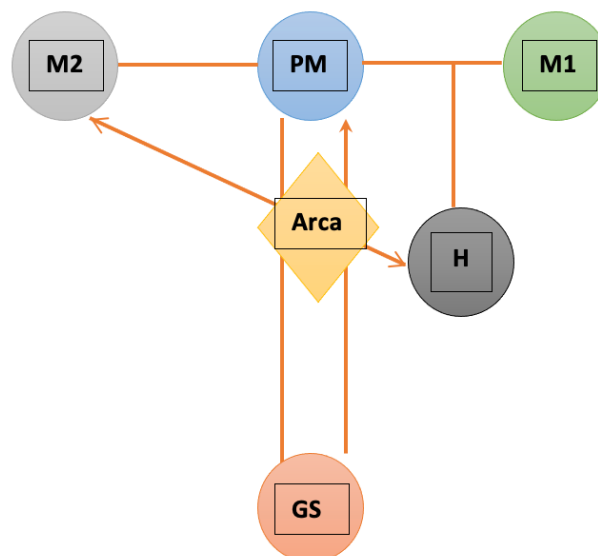
Depósito y fideicomiso de un arca (Paulo, 4 resp. D. 16.3.26pr)

Publia Mevia, al emprender el viaje a la casa de su [nuevo] marido, encomendó a Gaya Seya un arca cerrada que contenía su ajuar y accesorios domésticos y le dijo: "Me la devolverás cuando yo haya regresado sana y salva, pero si me acaeciera la muerte, la devolverás al hijo que tuve del otro marido.

Habiendo ella fallecido intestada: ¿a quién deberán restituirse las cosas encomendadas, al hijo o al marido?

Personas que intervienen en el litigio:

- PM → Publia Mevia: depositante y fideicomitente. Fallece intestada.
- GS → Gaya Seya. Depositaria y fiduciaria.
- H → Hijo del otro marido. Beneficiario y fideicomisario.
- M1 → Antiguo marido.
- M2 → Nuevo marido. Posible fiduciario de la sucesión de Publia Mevia, su mujer.



Existe un depósito del arca de PM que la depositaria GS deberá devolver si PM regresa.

La disposición que hace PM del arca para después de su muerte puede considerarse como un fideicomiso.

En el posible litigio entre el hijo del matrimonio anterior de PM, a quien ésta deja el arca, y el nuevo marido, éste resultaría vencido cualquiera de los medios que eligiese.

En conclusión:

- Si pide el cumplimiento del fideicomiso, el arca pertenece al hijo por disposición expresa de P. Mevia.
- Si pide la posesión hereditaria de los bienes ab intestato será rechazado al existir un hijo que hereda en primer lugar.

Respuesta: Al hijo⁴⁹.

3. LA FIDUCIA. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON EL FIDEICOMISO

La fiducia romana era un negocio jurídico *inter vivos* basado en la buena fe por el cual el *dominus* confiaba, entregaba en confianza, a otro sujeto distinto, el “usus” de un bien con fin de garantía o protección. Se transmitía por *mancipatio* por *in jure cesio*, la propiedad de determinada cosa.

En la fiducia se producían en suma, dos negocios jurídicos distintos dentro de la misma figura:

- Por un lado la obligación personal de confianza.
- Por otro lado, la transmisión real del bien.

Pese a sus semejanzas con el fideicomiso, cabe destacar del fideicomiso que este último consistía en una transmisión por causa de muerte y no *inter vivos*.

En cuanto a los sujetos intervinientes, existían por norma general tres sujetos en la relación fiduciaria, (aunque en ocasiones uno de ellos podía desempeñar un doble papel):

⁴⁹ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 44-45.

- El fiduciante (*dominus*).
- El fiduciario (receptor de la cosa).
- El beneficiario.

La fiducia sólo podía utilizarse para transmitir un conjunto determinado de cosas como por ejemplo los fundos itálicos, los esclavos y los animales de tiro y carga, es decir las denominadas *res mancipi*. En épocas posteriores, al desaparecer esta limitación específica de las cosas objeto de *mancipatio*, la fiducia pasó a carecer de objeto, quedando definitivamente abolida por Justiniano.

Había dos tipos distintos conforme el fin para el cual se constituía la fiducia:

a) *Fiducia cum amico*

Suponía una gestión de la cosa ajena. Su fin era poner a resguardo bienes de propiedad de quien los entregara en fiducia. Se celebraba a título no oneroso, en interés del fiduciante y no del fiduciario y se utilizaba generalmente cuando alguien tenía que ausentarse por un largo tiempo, por ejemplo por causas como guerras. De este modo, en vez de dejar los bienes en manos de un amigo por medio de contrato (confiriendo sólo la tenencia de los bienes), se optaba por transferir los mismos en fiducia para que el amigo pudiese gozar de amplias facultades para administrarlos, celebrar contratos en relación a los mismos y defenderlos ante el ataque de terceros.

b) *Fiducia cum creditore*

Esta fiducia tenía en cierto modo mayor complejidad que la anterior. Suponía un negocio a título o con causa onerosa. Se trataba de la constitución de un derecho real de garantía a favor del fiduciario. Se entregaba en confianza un bien de modo que si el deudor pagaba, el mismo se le restituía y, en el caso contrario, se producía la venta del bien por parte del fiduciario para que el acreedor se cobrara con el producido de esa venta.

La relación obligacional que complementaba la transferencia del dominio del bien se realizaba mediante un *pactum fiduciae* donde el deber del fiduciario es hacer solo un uso limitado del

bien adquirido para restituirlo luego al transmitente o a un tercero por aquél indicado. En el *pacto fideiuciae* o también denominado *pactu conventum* se determinaban las condiciones en que debía realizarse la devolución del fiduciario al fiduciante y también indicaba si se estaba en presencia de una fiducia *cum amico* o *cum creditore*.

La transmisión de la propiedad cuyo objeto era garantizar el pago de deudas (fiducia *cum creditore*), o de custodia o depósito del bien (fiducia *cum amico*) era lo que diferenciaba este instituto de otros contratos como la prenda (*pignus*), el comodato y el depósito los cuales aparecieron ya con posterioridad.

	FIDEICOMISO	FIDUCIA
Actos en los que se utilizaba	<i>Mortis causa</i>	<i>Inter vivos</i>
Tipos	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Fideicommissum singulae rei.</i> • <i>Fideicommissaria haereditatis.</i> - Fideicomiso de familia (<i>fideicommissum quod familiae relictum</i>). - Fideicomiso de residuo. 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Fiducia cum amico.</i> • <i>Fiducia cum creditore.</i>
Sujetos	<ul style="list-style-type: none"> • Fiduciante (<i>dominus</i>). • Fiduciario (receptor de la cosa). • Beneficiario. 	<ul style="list-style-type: none"> • Fideicomitente. • Fiduciario. • Fideicomisario.

Diferencias entre fideicomiso y fiducia. Tabla de elaboración propia.

4. EL LEGADO. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON EL FIDEICOMISO.

El legado en Roma se configuraba como una disposición *mortis causa* formal, y su surgimiento es anterior al fideicomiso en términos históricos. En esta institución, el testador, ordenaba bien en testamento bien en codicilo confirmado la atribución de un concreto bien a determinada persona, a cargo del patrimonio hereditario o del propio heredero, con lo que

se configuraba como una sucesión a título singular (lo que implica un traspaso de derechos singulares y separados)⁵⁰.

En el Derecho clásico se conocen cuatro tipos de legados con diferentes formas y efectos propios:

- *Legatum per vindicationem* (“legado de propiedad” o “legado de disposición”): Una vez la herencia es aceptada, pasa a ser propiedad del legatario, aunque también cabe legar derechos reales como por ejemplo un usufructo o servidumbre.
- *Legatum per damnationem* (“legado de obligación”): Se atribuye al legatario un derecho de crédito, pudiendo también recaer este sobre cosa cierta o incierta (incluso de un tercero, ya que cabe legar aquello que no existe si se espera que esta vaya a existir).
- *Legatum sinendi modo* (“legado a modo de permiso”): el testador ordena al heredero que permita tomar al legatario un determinado objeto que le había sido dejado⁵¹. Se diferencia del legado damnatorio en que solo puede recaer sobre cosas propias del testador o del heredero (en el momento de la muerte del primero).
- *Legatum per praeceptionem* (“legado de mejora”): No es siempre interpretada esta categoría de igual forma, ya que para algunos (sabinianos), suponía que solo se puede legar en beneficio de quien al propio tiempo ha sido instituido en una parte de la herencia – por lo que únicamente es admisible para el coheredero. Sin embargo otros (proculeyanos) entiende que se puede legar así incluso a un extraño⁵².

En cuanto a los sujetos intervinientes, al igual que en el fideicomiso eran tres, pero con ciertas diferencias.

- El causante o disponente: para otorgar el legado debía disponer de la *testamenti factio activa*, al igual que en el fideicomiso.
- Gravado: era la persona que debía satisfacer el legado, teniendo este la obligación de hacerlo. Únicamente podría serlo un heredero testamentario (según se disponía en

⁵⁰ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Barcelona: Sello Editorial, 2010, pp. 447.

⁵¹ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Reus, pp. 356.

⁵² IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Barcelona: Sello Editorial, 2010, pp. 447- 448.

el régimen antejustiniano). En el caso de que nada se dijese en el testamento, debería ser satisfecho por la totalidad de los herederos, siendo la responsabilidad proporcional a sus propias cuotas.

- Legatario: era el beneficiario del legado. Este debía tener la *testamenti factio passiva* con el difunto (estar vivo al tiempo de fallecer el causante). Además no podía ser alguien aquejado de *incapacitas*⁵³ o *indignitas*⁵⁴.

La evolución de esta institución se aproximó a la del fideicomiso en ciertas épocas. Ya a partir de los tiempos clásicos hay una tendencia a fusionar estos, debido a corrientes que llegaron en cierta medida a liberar el legado de los tradicionales y rígidos formalismos a la par que la sumisión del fideicomiso a la observancia de determinados requisitos.⁵⁵ Algunos ejemplos de las aproximaciones eran por ejemplo: la incorporación de ciertas exigencias en los sujetos con respecto al fideicomiso propios del legado o la aplicación de la *Lex Falcidia* a los fideicomisos⁵⁶. Asimismo, se tendió a la aproximación entre el fideicomiso y el legado por diversas Constituciones postconstantinianas. Con ellas se liberó a las disposiciones testamentarias de la rigidez en la observancia de las formas. A lo sumo, por medio de una

⁵³ Sufrir *incapacitas* implicaba la falta de capacidad para adquirir una herencia, no para ser heredero, por estar así dispuesto legalmente, como era el caso de los célibes, según las leyes caducarias. Sin embargo, en el derecho del Bajo Imperio, este concepto también abarca la posibilidad de ser instituido como heredero (lo cual ocurre con los hijos de culpables de alta traición, los apóstatas, los herejes y la viuda que no respete el año de luto). GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Reus, pp. 292.

⁵⁴ Tener *indignitas* implicaba la indignidad para suceder a otra persona en una sucesión mortis causa por distintas circunstancias que el derecho de la época tenía en consideración como por ejemplo el tener una conducta incorrecta, inmoral o delictiva por parte del heredero, donde se solían asociar conductas como por ejemplo las faltas contra el difunto (atentando contra su honor o su persona), los comportamientos contrarios a la voluntad del causante (incumplimiento de los legados, destrucción de testamento...) así como los comportamientos contrarios a la voluntad del causante. Pese a que quien tenía *indignitas* podía ser instituido como heredero y adquirir la herencia, el Estado procedía a desposeerle de la misma proveyéndola al fisco.). GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Reus, pp. 294.

⁵⁵ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Barcelona: Sello Editorial, 2010, pp. 453.

⁵⁶ MURILLO VILLAR, Alfonso. *El Fideicomiso de residuo en el Derecho Romano*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989, pp. 46.

Constitución de Teodosio se permitió otorgar testamento en lengua griega (elemento hasta entonces solo permitido para los fideicomisos), y por otra del mismo emperador se prescribió que para dar validez de los fideicomisos fuese necesario que hubieran sido redactados por escrito y ante cinco testigos⁵⁷. Esta última exigencia afectaba más que a la constitución del fideicomiso, a la protección de los herederos ante fraudulentas reclamaciones.

Fue entre los años 529 y 531 cuando Justiniano dictó dos constituciones que fusionaron el fideicomiso con el legado. Justiniano abogaba por que se aplicase siempre el medio más favorable de acuerdo a la voluntad del testador. Se llegó a establecer de forma expresa que las disposiciones de ambos institutos fueran aplicadas indistintamente, con la única salvedad de que si existieran preceptos contradictorios. En este caso debían prevalecer las normas del fideicomiso por ser consideradas más humanas y moderadas⁵⁸.

	FIDEICOMISO	LEGADO
Actos en los que se utilizaba	<i>Mortis causa</i> . Liberalidad de última voluntad.	<i>Mortis causa</i> . Liberalidad de última voluntad.
Forma del pedido y lengua ⁵⁹	Informal. Uso de palabras rogativas. Válido en lengua griega.	Formal. Uso de palabras imperativas. No válido en lengua griega.
Tipos	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Fideicommissum singulae rei</i> • <i>Fideicommissaria haereditas</i> <ul style="list-style-type: none"> - Fideicomiso de familia (<i>fideicommissum quod familiae relictum</i>). - Fideicomiso de residuo. 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Legatum per vindicationem</i>. • <i>Legatum per damnationem</i>. • <i>Legatum sinedi modo</i>. • <i>Legatum per praeceptionem</i>.
Sujetos intervinientes	<ul style="list-style-type: none"> • Fideicomitente • Fiduciario 	<ul style="list-style-type: none"> • Causante • Gravado

⁵⁷ DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 26.

⁵⁸ BELLO KNOLL, Susy Ines. *Fideicomiso Público*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011, pp. 28.

⁵⁹ GAYO, 2, 281.

	• Fideicomisario	• Legatario
Aceptación	No tiene efecto hasta que es aceptado.	No tiene efecto hasta que es aceptado.
Institución de heredero⁶⁰	Se puede dejar sin institución de heredero.	Sin institución de heredero no tiene valor.
Codicilo⁶¹	El fideicomiso dejado en codicilo es válido incluso sin confirmar.	El Legado dejado en codicilo no es válido (a no ser que estuviese confirmado por el testador).
Procedimiento para reclamar⁶²	Se reclaman por vía extraordinaria en Roma ante cónsul o pretor, y en provincias ante gobernador.	Se reclaman por el procedimiento formulario. ⁶³
Jurisdicción⁶⁴	En cualquier tiempo.	Según el calendario judicial.
Mora⁶⁵	Se deben intereses y frutos cuando hay retraso en el pago.	No se deben intereses.
Sujetos que podían adquirir⁶⁶	<ul style="list-style-type: none"> - Solteros: Sí. - Quienes no tuviesen hijos: Sí. - Persona incierta o hijo póstumo ajeno: Sí. 	<ul style="list-style-type: none"> - Solteros: No - Quienes no tuviesen hijos: Perdían la mitad del legado. - Persona incierta o hijo póstumo ajeno: No.

Diferencias entre fideicomiso y legado. Tabla de elaboración propia. (Fundamentación en las diferencias enunciadas por Gayo)⁶⁷.

⁶⁰ GAYO, 2, 269.

⁶¹ GAYO, 2, 270a.

⁶² GAYO, 2, 278.

⁶³ Se habla de procedimiento formulario a aquel proceso civil cuyo uso sustituye al de las acciones de la ley a partir del siglo I a.C, aunque ya venía utilizándose desde el s. III a.C.

⁶⁴ GAYO, 2, 279.

⁶⁵ GAYO, 2, 280.

⁶⁶ GAYO, 2, 286; GAYO, 2, 286a; GAYO, 2, 287.

⁶⁷ MURILLO VILLAR, Alfonso. *El Fideicomiso de residuo en el Derecho Romano*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989, pp. 42-48.

5. EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

En el Derecho Civil español contemporáneo, el fideicomiso puro, tal y como lo era en el Derecho romano, es un instituto desconocido. No se encuentra en el Código Civil actual ninguna referencia a este instituto, ni tampoco hay alusiones en el Código de Comercio⁶⁸.

5.1 Sustituciones hereditarias

No obstante, es cierto que hay figuras estrechamente ligadas al fideicomiso que sí que gozan de un especial interés en el Derecho de sucesiones actual. En concreto, estamos ante la figura de las sustituciones hereditarias, las cuales quedan reguladas en los artículos 774 a 789 CC. Podríamos definir tal sustitución como la disposición por la que el testador ordena que otra persona se coloque en el lugar ocupado por el heredero o legatario primeramente designado.

Dentro de las sustituciones hereditarias, destacan cuatro tipos, la sustitución vulgar, la pupilar, la ejemplar y la fideicomisaria. Pese a enunciar cada una de ellas, haremos un especial estudio de esta última.

Sustitución vulgar

Así como enuncia el art. 774 CC “*puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso de que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia*”.

La finalidad principal es un llamamiento (pudiendo este ser doble o múltiple), para evitar la sucesión intestada o un posible acrecimiento, es decir, se trata de un llamamiento subsidiario. Nos ubicamos por tanto ante tres posibles supuestos:

- Una situación previa a la muerte
- El caso de repudiar la herencia
- Que aquellos llamados no puedan aceptar por incapacidad o indignidad.

La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario.

⁶⁸ Bello, S. I. (2011) “Fideicomiso Público”. Universidad de Salamanca, pp. 74.

En cuanto a sus formas y efectos, hay que remitirse a los arts. 778 a 780 CC.

Acerca de los sujetos, el art. 778 distingue dos posibilidades:

- Pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola.
- Y al contrario, también puede sustituirse una sola persona a dos o más herederos.

Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, a no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador (art. 779 CC). Se critica aquí por parte de la doctrina la defectuosa redacción, porque solo puede ser aplicable cuando son tres o más instituidos herederos.

Finalmente, el Art. 780 nos dice que *“El sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido”*.

Si tratamos de observar la relación que mantiene la sustitución vulgar con otras instituciones sucesorias, debemos tener en cuenta que la sustitución no debe perjudicar en ningún caso los derechos de los legitimarios (**art. 813**) ya que *“El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”*.

Se concluye, por ende, que para evitar el derecho de acrecer, lo mejor es crear una sustitución plural o simple.

Sustituciones pupilar y ejemplar.

Estas sustituciones están ligadas a los casos de la incapacidad para testar (aquellos cuya edad esté por debajo de los catorce años y los que no se hallaran en su cabal juicio). En conexión con la historia de esta figura, la institución proviene del Derecho Romano, y se consagra como la única excepción al carácter personalísimo del testamento, ya que se faculta a padres y ascendientes.

La **sustitución pupilar** se regula en el art. 775 CC, donde se enuncia que *“los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad”*.

Respecto a lo que se refiere a la **sustitución ejemplar**, es de especial interés abordar la reforma a la que se ha sometido por parte de la iniciativa legislativa del Senado en el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (621/000019), recientemente consagrada en la ya Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En anteriores disposiciones legislativas, la llamada sustitución ejemplar se regulaba en el **art. 776 CC**, el cual nos decía que *“el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental”*. Es importante precisar que, aunque la literalidad del artículo se refería solo a la incapacidad mental, sería aplicable a cualquier causa, no solo la derivada de un trastorno mental.

Sin embargo, debe ser tenido en cuenta que esta sustitución quedaría sin efecto *“por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”*.

El Pleno del Senado, en su sesión número 30, celebrada el aún reciente día 12 de mayo de 2021, ha aprobado el Dictamen de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad sobre el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En consecuencia al tema que nos concierne, el artículo 776 ha quedado suprimido.

De la redacción la resultante Disposición transitoria tercera bis (nueva) en lo referido a las sustituciones realizadas en virtud del artículo 776 del Código Civil:

“Cuando se hubiera nombrado sustituto en virtud del artículo 776 del Código Civil, en el caso de que la persona sustituida hubiera fallecido con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, se aplicará lo previsto en ésta y, en consecuencia, la sustitución dejará de ser ejemplar, sin que pueda suplir el testamento de la persona sustituida. No obstante, la

sustitución se entenderá como una sustitución fideicomisaria de residuo en cuanto a los bienes que el sustituyente hubiera transmitido a título gratuito a la persona sustituida.”⁶⁹

El ánimo de la reforma es en palabras del Senado “dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente”.

Debido a la complejidad del asunto, es el Senado quien puntualiza **“podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo. Es también relevante** que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria —domicilio, salud, comunicaciones, etc.—“. Se aboga por el respecto del derecho a la toma de sus propias decisiones en las personas con discapacidad.

⁶⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales Senado XIV legislatura Núm. 190 20 de mayo de 2021, pp 62.

5.2 Estudio en particular de la sustitución fideicomisaria en el CC actual.

5.2.1 Concepto

La **sustitución fideicomisaria** cobra especial interés al tratarse de llamamientos sucesivos a la herencia, posibilitando a ésta que la disfrute un primer heredero y a una fecha determinada, muerte o condición, pase la herencia a un segundo heredero.

El artículo **781 CC** enuncia que *“Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y **surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador**”* .

Del análisis de esta definición, cabe hacer una corrección, y es que, de la lectura del tenor literal del artículo, podría parecer el encargo al heredero una cuestión de voluntad (que pueda o no llevar a cabo), pero, sin embargo, lleva implícito un carácter imperativo y debe llevarse a cabo. No se exime el incumplimiento, sino que se trata de un encargo que el heredero debe cumplir.

Además, debemos hacer hincapié en que el art. 781 CC considera eficaces las sustituciones si los llamamientos sucesivos recaen en favor de personas vivas a la muerte del testador o si no pasan del “segundo grado” (el límite estará en que muera la última que está viva), pero no se refiere a grados de parentesco, sino número de llamamientos.

En cuanto a los requisitos esenciales para una correcta sustitución fideicomisaria cabe destacar los siguientes:

- 1º La sustitución tiene que ser expresa: debe quedar claro que el testador ha ordenado una sustitución fideicomisaria (no tácita).
- 2º Tiene que haber un doble o múltiple llamamiento: Todo depende de cómo lo haya ordenado el testador y de las facultades que se le hayan concedido al primer instituido (fiduciario).
- 3º Se caracteriza porque el primer instituido tiene un gravamen, lo que se traduce en entregar en un momento determinado los bienes en el fideicomisario.
- 4º Debe existir un orden cronológico y sucesivo en la beneficiarios.

Debido a que la incorporación de esta figura en cierto modo estaba mal vista por el legislador y generaba controversias, se optó por establecer **límites** (art. 785 CC), en cuyo caso, *No surtirán efecto:*

1. Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero.

2. Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781.

3. Las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión.

4. Las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.”

En cuanto a los casos de nulidad. “*La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria*” (art. 786 CC).

5.2.2 Clases

Cabe diferenciar dos grandes clasificaciones

a) Sustitución fideicomisaria ordinaria y sustitución fideicomisaria de residuo.

En palabras de Díaz Alabart, “el fideicomiso de residuo es perfectamente posible a nuestro Código, que en parte lo contempla y que en parte contiene normas que, aun no dictadas en particular para él, le son de aplicación a falta de las suyas propias”, afirmando también que “el fideicomiso de residuo no es sino un caso de sustitución fideicomisaria”.⁷⁰

Nos situamos en una u otra dependiendo del alcance de las **facultades** que se le den al fiduciario.

⁷⁰ DIAZ ALABART, Silvia. *El fideicomiso de residuo*. Barcelona: Jm Bosch, 1981, pp. 31-32.

Sustitución fideicomisaria ORDINARIA	Sustitución fideicomisaria DE RESIDUO
Si se trata de una sustitución ordinaria (o también llamada “normal”), el fiduciario está obligado a conservar y transmitir todo aquello que recibió. Llegado el momento lo debe restituir en su totalidad.	Si se ha dispuesto que el fiduciario tiene facultades dispositivas, se le permitirá en consecuencia poder realizar actos dispositivos (de diversa índole) por lo que es probable que en el momento de la entrega solo tenga que entregar “lo que quede”, motivo por el cual se le denomina “de residuo”.

b) Sustitución fideicomisaria a término o condicional.

Se tiene aquí en cuenta el **momento temporal**.

Sustitución fideicomisaria A TÉRMINO	Sustitución fideicomisaria CONDICIONAL
<p>La sustitución a término, implica que el fiduciario estará obligado a restituir al segundo llamado cuando llegue el momento temporal fijado por el testador. Ejemplo: el testador fija la sustitución a día 1/1/2022.</p> <p>Sin embargo, a veces ese término no es una fecha determinada sino indeterminada, pero que se sabe que llegará.</p> <p>Ejemplo: el testador fija la sustitución a la muerte del fiduciario.</p>	<p>En la sustitución condicional, solo habrá de entregar al fideicomisario la herencia si se cumple una condición. En este caso, a diferencia de lo que ocurría con la sustitución a término, los derechos no son ciertos desde un principio, ya que el derecho dependerá de que se cumpla la condición.</p> <p>Se aplica aquí el art. 759 CC que dice así <i>El heredero o legatario que</i></p>

Siendo a término, los derechos son ciertos desde la apertura de la sustitución. En esta línea, el art. 784 CC nos dice que *El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos.*

muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos.

5.2.3 Tratamiento de la legítima en la sustitución fideicomisaria.

Situación de especial interés es el caso de la legítima. Las sustituciones fideicomisarias no podrán gravar la legítima, salvo excepciones (813 y 782 CC).

No podemos abordar el tema sin hacer expresa mención del art. 808 CC, el cual sienta las bases de la legítima en nuestro Código Civil. Fue en este precepto en el que por primera vez que aparecía contemplada una sustitución fideicomisaria de residuo en el Código Civil. El testador tuvo siempre la posibilidad de instituir fideicomiso de residuo bajo el amparo del art. 783 CC *in fine*, pero esta institución, de naturaleza jurídica discutida, ha sido en su gran mayoría una creación de la jurisprudencia⁷¹.

La redacción actual de Artículo 808, reformado por la ley 8/2021 dice así:

Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores.

Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

La tercera parte restante será de libre disposición.

Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa.

⁷¹ Muñoz, E. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid, 2020, pp. 320.

Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.

En un primer momento, puede parecer comprometido que se explicita la sustitución fideicomisaria de residuo para vulnerar el principio de intangibilidad de la legítima. Esta distorsión de la intangibilidad de la legítima es aún mayor cuando se establece el único límite al fiduciario de que “no podrá disponer de los bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*” es decir que, el fiduciario no está obligado a entregar nada a sus colegitimarios fideicomisarios; puede enajenar a título oneroso cuantos bienes desee y consumirlos a su voluntad.

Textualmente, antes de la reforma de discapacidad, el artículo hacía alusión a que “Cuando alguno los hijos se encontraren una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, el testador podrá disponer” de ese fideicomiso de residuo. El concepto indeterminado sobre discapacidad dificultaba la valoración de las circunstancias en que se encontraba el hijo y si eran estas las apropiadas para beneficiarlo con un fideicomiso de residuo.

Ante el temor de que el precepto derivase en supuestos de vulneración grave de la intangibilidad de la legítima, exigía la incapacitación judicial del legitimario fiduciario. Ahora, con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en palabras de Muñiz Espada, “se quebranta de forma radical el sistema legitimario con un fideicomiso de residuo y sólo se exige que en el legitimario fiduciario concurra un concepto etéreo de discapacidad. La finalidad de esta proyectada norma no es proteger al discapacitado sino, cercenar la intangibilidad de la legítima. En castizo: «para este viaje no hacían falta alforjas».”⁷²

En conexión con los artículos 813 y 782, primer lugar, debemos precisar, que debido a la reforma ya mencionada, el art. 813 CC mantiene su literalidad en el primer párrafo, mientras que se da una nueva redacción al segundo.

⁷² MUÑIZ ESPADA, E. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad.* Madrid: Wolters Kluwer, 2020, pp. 332.

El antiguo texto decía así: *El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados.*

Actualmente, el segundo párrafo se adapta a las modificaciones referidas a la particular situación de los incapacitados: *Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808.* Cambia únicamente el final de este articulado en cuanto a la diferente referencia que se hace a los discapacitados, sustituyendo la mención por el articulado objeto de reforma.

Lo mismo ocurre en el art. 782 CC anteriormente mencionado, en el que mientras la anterior redacción enunciaba que:

Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.

La actual redacción dice así:

Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad.

Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes.

5.2.3 Posición jurídica de fiduciario y fiduciante. Extinción.

Posición jurídica del fiduciario

El fiduciario que acepta la herencia tiene la condición de heredero y no de mero usufructuario (ya sea temporal o condicional). Debe además realizar la administración de manera diligente y, como heredero que es, responder de las deudas y cargas de la herencia, en principio ilimitadamente, a no ser que acepte a beneficio de inventario.

Su obligación principal es conservar la herencia para restituirla al fideicomisario, así como enuncia el art. 783.2° CC: *el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.* Además también se habla de las mejoras, no solo las de mantenimiento (es decir, abordando los aspectos referidos a los gastos extraordinarios).

Posición jurídica del fideicomisario

Diferenciamos dos situaciones:

- Si la sustitución es a término, aplicamos el art. 784 CC en el que nos dice que *“el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos?”.*
- Si la sustitución es condicional, el llamamiento sólo genera una expectativa, pero no hay transmisión a sus herederos (art. 759 CC). Es el último beneficiario que ha sido designado por el testador y tiene derecho a recibir el todo o la parte que le corresponda. Diferenciamos su posición entre antes que reciba la entrega, cuya posición es la de heredero con expectativa jurídica. Se permite que pueda poner en práctica todas las facultades para proteger esa expectativa (reclamar o exigir del fiduciario que conserve adecuadamente la herencia...). Una vez se realiza la entrega, este se convierte en pleno propietario. Si el fiduciario no realiza la entrega, puede ejercitar la acción para que se le atribuya.

Extinción

La extinción de la sustitución fideicomisaria acontecerá cuando se haga la entrega al fideicomisario, pero también pueden darse otros casos de extinción por diversos motivos, como por ejemplo el caso en el que haya una renuncia por parte del fideicomisario o si no se cumple la condición prevista.

Además, el CC admite en el Art. 787 CC que *La disposición en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia, y a otra el usufructo, será válida. Si llamare al usufructo a varias personas no simultánea, sino sucesivamente, se estará a lo dispuesto en el artículo 781.*

6. DERECHO COMPARADO: SÍNTESIS DEL FIDEICOMISO DE RESIDUO

Haciendo una breve reflexión acerca de las diferencias que encontramos en el tratamiento civil del fideicomiso de residuo en el Derecho Comparado, códigos como el holandés, el francés, y el italiano prohíben con carácter general las sustituciones fideicomisarias, pero en los dos últimos casos el problema de si el fideicomiso de residuo se ve también incluido bajo esa prohibición es un tema que aborda la doctrina y jurisprudencia, de tal forma que se ha llegado a soluciones opuestas en cada país. En cambio, en el derecho civil holandés, el fideicomiso de residuo sí que goza de una admisión legal expresa (cuya regulación aparece de manera expresa en los arts. 928, 1036-1038).⁷³

Por su parte, en los países iberoamericanos, el fideicomiso de residuo no es de acogida en Argentina, pero sí en Chile y Brasil. En Chile (cuya regulación se aproxima bastante a lo que era el fideicomiso de residuo en el Derecho romano clásico), la aceptación legal es expresa por medio del art. 3732, en la que, con diversos argumentos, se acaba por destacar una serie de limitaciones que conciernen al fiduciario, tanto en lo referido a la disposición *mortis causa* del fideicomiso como la perturbación del orden sucesorio que se derivaría de una excesiva amplitud de esas facultades. Pese a las posibles divergencias entre los códigos iberoamericanos, coinciden estos en una peculiaridad dogmática de la que carecen las legislaciones europeas, y es que hay una regulación expresa de la propiedad fiduciaria (dominio fiduciario o propiedad resoluble) y del enlace con ella de la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo.⁷⁴

⁷³ CUENA BOY, F. *El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*. Santander: Universidad de Cantabria, 2004, pp. 194.

⁷⁴ CUENA BOY, F. *El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*. Santander: Universidad de Cantabria, 2004, pp. 211.

7. ESTUDIO COMPARATIVO DE LA EVOLUCIÓN DEL FIDEICOMISO DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO CIVIL MODERNO.

Cobra especial interés para culminar el estudio del fideicomiso en hacer una comparación de las diferencias o semejanzas que ha podido experimentar esta figura a lo largo de tantos años. Para ello procederemos en este apartado a realizar una exhaustiva comparación entre el Derecho Romano y el Derecho civil moderno, centrándonos en la legislación española vigente para su contraste.

Como punto de partida en la comparación debemos hacer hincapié en el hecho de que terminológicamente, no aparece ninguna alusión expresa de la palabra “fideicomiso” como tal a lo largo de todo el Código Civil, siendo, sin embargo, la figura de referencia la “sustitución fideicomisaria”. Es por tanto, que centraremos nuestra comparación en estos dos elementos.

Etimología

A pesar del gran trascurso de los años (hablamos de un periodo de casi 2.500 años desde sus primeros usos hasta hoy), etimológicamente, la figura ha conservado su estructura léxica de la unión de los vocablos *fides* y *comissum*, denotando así la perpetuidad del sentimiento de compromiso o confianza y encargo.

Derecho Romano	Derecho Civil español
Término: “ <u>fideicommissum</u> ”	Término: sustitución <u>fideicomisaria</u>

Concepto

En ambos casos, pasado y presente nos ubicamos en que se trata en actos de liberalidad en situaciones *mortis causa*, entroncando así con el entramado del derecho de sucesiones.

En el Derecho Romano se hacía mucho hincapié en la honestidad y buena fe del instituido, al tratarse de un ruego para que un sujeto pudiese transmitir los bienes de un causante tras su muerte a un tercero. Tomando como referente para la comparación la definición que daba Ulpiano del fideicomiso y la que aporta el Código Civil, vemos que se simplifica el concepto, ya que resume la figura en un encargo, sin aludir tanto al *animus* que se desprendía en lo relativo a confiar honor de la persona y el ánimo de ruego.

Derecho Romano	Derecho Civil español
Acto de liberalidad mortis causa	Acto de liberalidad mortis causa
Definición: “Fideicomiso es lo dejado, no con las palabras que determina el <i>ius civile</i> , sino rogando, y no tiene su origen en el rigor del <i>ius civile</i> , sino que es dado por la voluntad del que lo deja” (Ulpiano) ⁷⁵ .	Definición: Encargar al heredero "que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia" (art. 781 CC).

Sujetos

En cuanto a los sujetos participantes en la institución, los tres eslabones se conservan a día de hoy: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

Derecho Romano	Derecho Civil español
Fideicomitente: A su muerte desea transmitir sus bienes a un tercero (Fideicomisario). Para ello primero los confía al Fiduciario.	Fideicomitente: Es el testador que ordena la sustitución.

⁷⁵ ROSENFELD, Carlos, “Antecedentes históricos del Fideicomiso”, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E, pág. 1191.

<p>Fiduciario (<i>fiduciarius</i>): El Fideicomitente ha depositado su confianza en este para entregar los bienes al tercero (Fideicomisario).</p> <p>Fideicomisario (<i>fideicommissarius</i>): Es el sujeto a quien el Fideicomitente desea entregar sus bienes</p>	<p>Fiduciario: es el heredero encargado de transmitir la herencia. Queda obligado a entregarla sin otras deducciones que las que le correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras (a no ser que el testador haya dispuesto cosa distinta, art. 783 CC).</p> <p>Fideicomisario: es a quien debe entregarse la herencia, adquiriendo este su derecho a la sucesión desde que muere el testador (pese a que pueda morir antes el fiduciario, art. 784 CC).</p>
---	---

Forma

Es la forma una de las cuestiones que más a variado a lo largo de los años. En la antigüedad, pese a la libertad de forma que caracterizada al fideicomiso en comparación con otras figuras análogas en el derecho de sucesiones, había ciertas solemnidades como ya hemos visto en anteriores apartados del trabajo. Con ello nos referimos a que pese a poder ordenarse en testamento, codicilo, de forma oral o mediante gestos, sin necesidad de formas sacramentales, posibilitándose incluso el uso de la lengua griega, sí que era usual para su formulación una serie de términos puntuales, así como el empleo de formulaciones tal que *fidei tuae commito, peto, rogo, volo*. También es destacable el hecho de que ubicándonos en el fideicomiso universal, se contemplaba la posibilidad de que este fuese expreso (con términos claros y utilizando palabras determinantes emitiendo su voluntad) pero también tácito, entendiéndose por esta cualquier situación en la que sin hacer mención alguna de la restitución de las cláusulas testamentarias se deduce una obligación de restituir.

En el derecho civil español, la forma imperante para formular una sustitución fideicomisaria es mediante la creación de un documento, que debe contener toda la información ligada a la institución, los sujetos participantes, así como los bienes afectos. Este podrá ser redactado

por el testador (fideicomitente) o su abogado patrimonial y en todo caso deberá ser firmado ante notario. En nuestro ordenamiento, los llamamientos de la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos (art. 783 CC), ya sea denominándolos expresamente como institución fideicomisaria o imponiendo al sustituido la obligación de hacer entrega de los bienes al segundo heredero. De no ser expresa la sustitución, esta no surtirá efecto (art. 785 CC).

Derecho Romano	Derecho Civil español
<ul style="list-style-type: none"> - Liberalidad de forma (en testamento, codicilo, forma oral o mediante gestos). - Empleo de términos como <i>peto, rogo, volo</i>. - Expreso o tácito. 	<ul style="list-style-type: none"> - En documento escrito. - Firmado ante notario. - Expreso

Finalidad

Abordamos en este apartado uno de los aspectos que albergan mayor interés en la comparación. La gran proliferación de la figura del fideicomiso en el Derecho Romano fue que possibilitaba el dejar una puerta abierta para aquellos en los que no poseían la idoneidad para ser herederos o legatarios. Era una manera de solventar impedimentos. Esta finalidad ya no impera en el derecho civil presente debido a la igualdad de derechos y la evolución del derecho de la persona. Es por ello que su figura en la actualidad va más ligada a una voluntad del testador que a una vía de eludir la ley (sin ahondar en cuestiones fiscales u otro tipo de negocios).

Derecho Romano	Derecho Civil español
<p>Principales beneficiarios del fideicomiso como vía de escape de la posible imposibilidad para heredar (siempre tratado con ciertos matices):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Mujer romana • Esclavos • Peregrinos • Solteros o casados sin hijos 	<p>Derivado de la evolución y equiparación de Derechos en el derecho de la persona, serán beneficiarios todos aquellos a los que el testador les conceda esta posición, pero con independencia de su estatus o sexo.</p>

Clasificación

Abordamos en este apartado una cuestión que en muchas ocasiones ha llevado a confusión, y es el tratar de hacer una clasificación clara y tajante del fideicomiso. Nos quedaremos con los textos de Derecho Romano originales en los que para simplificar el asunto dividía el fideicomiso en dos tipos, el *fideicommissum singulae rei* (cuyo objeto eran cosas determinadas) y la *fideicommissaria haereditas* (cuyo objeto hacía referencia a todo o parte de la herencia). A su vez, el *fideicommissum quod familiae relictum* (sustitución fideicomisaria) se encuadra dentro de la *fideicommissaria haereditas* (fideicomiso de herencia).

Por su parte, se añade también a esta clasificación en textos la clasificación doctrinal, en la que dependiendo de determinadas circunstancias, un fideicomiso puede pertenecer a más de una de ellas. Es por tanto que esta queda dividida puros y condicionales; simples y graduales; particulares y universales (subdividiendo los últimos en expresos y tácitos) y perpetuos y temporales.

En nuestro actual Código Civil, no aparece de forma expresa ninguna clasificación a la que atenerse. Si bien es cierto, a raíz del uso continuado en el tiempo que, se han ido estructurando por parte de la doctrina diferentes tipos de sustitución fideicomisaria, separando estos por criterios facultativos en lo referido a las capacidades del fiduciario así como criterios de tiempo y condición (sustitución fideicomisaria a término y sustitución fideicomisaria a condición).

Derecho Romano	Derecho Civil español
<p>Clasificación en textos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Fideicommissum singulae rei</i> • <i>Fideicommissaria haereditatis</i> <ul style="list-style-type: none"> - <i>fideicommissum quod familiae relictum</i> <p>Clasificación doctrinal:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Puros y condicionales 2. Simples y graduales 3. Particulares y universales, (subdividiéndose los últimos en expresos y tácitos) 4. Perpetuos y temporales 	<p>Clasificación en función de las facultades conferidas al fiduciario:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sustitución fideicomisaria ordinaria • Sustitución fideicomisaria de residuo <p>Clasificación en función del momento temporal o condición:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sustitución fideicomisaria a término • Sustitución fideicomisaria a condición

Objeto

Eran objetos aptos de fideicomiso en el Derecho todas aquellas prestaciones que pudiesen ser contenido de una obligación. Así bien podíamos hablar de la totalidad de la herencia o en su caso una cuota de la misma (con ciertos matices dependiendo de la época). Como enunciábamos en la primera parte del trabajo, se solían otorgar en fideicomiso elementos como fondos, esclavos, dinero, vestimenta o incluso labores de mantenimiento del sepulcro. Los objetos eran por tanto indeterminados, llegando más allá de lo recogido en los textos. En el Derecho civil actual sí que aparecen tajantes límites respecto del objeto en conexión con la legítima, debiendo respetarse de forma imperativa los límites que aparecen en el art. 782 CC.

Derecho Romano	Derecho Civil español
<p>Objeto del fideicomiso:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Determinado bien/bienes - Totalidad de la herencia - Cuota de la misma 	<p>Objeto del fideicomiso: Límites en relación a la legítima (art.782):</p> <p><i>Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad. Si la sustitución fideicomisaria recayere sobre el tercio destinado a mejora, solo podrá establecerse a favor de los descendientes.</i></p>

Límites

En cuanto a los límites, en el Derecho Romano pese a las variantes que sufrió la regulación al respecto, en el caso del fideicomiso de familia, sí que aparecen restricciones en los llamamientos, pero enfocados a los grados de parentesco. Mientras que en los inicios de la figura podía llamarse sucesivamente al primer grado (primera generación de aquellos que aun no habían nacido a la muerte del fideicomitente), con Justiniano se llegó a ampliar hasta la cuarta generación.

Esto se debe a la posibilidad romana de constituir fideicomisos perpetuos o temporales pese a la controversia moral que se derivaba de su prolongación.

En el derecho civil español, el CC se muestra tajante al abordar este límite y es que a tenor del art. 781, solo serán válidas y surtirán efecto aquellas sustituciones fideicomisarias que “no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”.

A lo sumo, se suman dos límites más, derivados del art. 785, en los que se enuncia que no surtirán efecto “las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781” así como “las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión”.

Por último, este mismo artículo remarca en último lugar que tampoco surtirán efecto las sustituciones “que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador”.

Derecho Romano	Derecho Civil español
<p>Límites en los llamamientos: Restricciones en los llamamientos en relación a los grados de parentesco. Evolución desde el primer grado hasta el cuarto grado con Justiniano.</p>	<p>Límites en los llamamientos: En el llamamiento de la sustitución fideicomisaria no podrá pasarse del segundo grado o bien debe hacerse a favor de personas que vivan al tiempo de fallecimiento del testador (art.781 CC).</p> <p>Límites del art. 785 CC</p>

Extinción

Los causas de extinción del fideicomiso romano la nulidad así como la anulación de la cláusula o título en el que se otorgaban, y particularmente la renuncia por parte del fideicomisario que tuviese capacidad para ello.

En nuestro Derecho Civil, el motivo más común de extinción es la entrega de los bienes al fideicomisario, pero pueden darse a su vez otros, ligados a que el fideicomisario no quiera o no pueda (como el caso de no cumplir la condición) heredar. En este último caso, pasaría el fiduciario a ser pleno dueño de los bienes en cuestión. Si por el contrario es el fiduciario quien no quiere o no puede heredar, no por ello implica la extinción del fideicomiso, sino que esta función se verá desempeñada por un sustituto vulgar y en su defecto, por un heredero abintestato.

Derecho Romano	Derecho Civil español
<p>Extinción del fideicomiso por:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Nulidad - Anulación - Renuncia 	<p>Extinción de la sustitución fideicomisaria por:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Entrega de los bienes al fideicomisario. - Que el fideicomisario rechace la herencia - Que el fideicomisario no cumpla la condición

8. CONCLUSIONES

En conclusión, me gustaría hacer primeramente una reflexión general acerca de la importancia que la asignatura de Derecho Romano representa. Se trata de un pilar fundamental, una gran y valiosa herencia del pasado que nos ayuda a comprender mejor el presente, de una forma más completa y exhaustiva, que nos permite observar la evolución de figuras como en mi caso la del fideicomiso. Este tema que elegí por voluntad propia no habría supuesto para mi tanto aprendizaje si no hubiese tenido la posibilidad de acceso a las fuentes, investigaciones y literatura de autores con las que cuenta el derecho romano. Considero una suerte el legado que se ha hecho de esta rama del Derecho contando con las dificultades que suponía la perpetuación de la información en épocas pasadas.

Sin alguna duda podemos destacar de esta investigación que la institución del fideicomiso en Roma fue de gran importancia para la población romana. El hecho de que se presentase como una alternativa más permisiva que otras modalidades para perpetuar el derecho de sucesión, hizo que su uso se popularizase enormemente. Las liberalidades de forma así como respecto a los sujetos que podían ocupar las figuras de fideicomisario, fiduciario y fiduciante posibilitaba en las situaciones *mortis causa* una mayor independencia y autonomía. Si bien es cierto, en el transcurso de los años la figura estuvo sometida a diversos cambios legislativos en función de las circunstancias que azotaban el Derecho y la población romana de la época así como el paso de diferentes emperadores. A lo largo de su evolución, llegó incluso a ser asimilado al legado, institución de gran rigidez que también sufrió modificaciones a lo largo de los años. Su evolución a lo largo de la Edad Media a través de los mayorazgos ha conservado la importancia de la figura, llegando hasta nuestros días, más de dos mil años después la figura de la sustitución fideicomisaria, presente en nuestro Código Civil español.

En lo referido a mi tema en particular, al suponer una conexión entre el Derecho Romano y el Derecho Civil moderno, he podido observar significativas diferencias entre ambos en el ámbito del fideicomiso, de su estudio y su uso. Son en mi opinión algo escasas las referencias a la sustitución fideicomisaria que aparecen al Código Civil, el cual parece tratarlo de una forma sucinta y quizás solo comprensible en su totalidad por verdaderos conocedores del derecho civil. Sin haber realizado un estudio previo de sus orígenes, la aproximación a esta figura queda muy limitada. Su estudio en las asignaturas de Derecho de Familia y Sucesiones es también abordado de una forma breve y a la que en mi opinión debería darse más

importancia. De mi investigación personal, diré que son pocos los textos legales en los que he podido encontrar información acerca de este, más allá del articulado. Considero la sustitución fideicomisaria una herramienta muy útil en el derecho sucesorio y cuya proliferación en España no tiene tanto calado como en otros países como por ejemplo los anglosajones. En resumen, el estudio comparativo temporal de la regulación del fideicomiso me ha hecho comprender mejor su sentido y apreciar la gran importancia que representaba este en Roma y cómo ha ido aminorando su apogeo. La importancia que daban los romanos a la palabra dada, al honor y a la confianza en el fideicomiso no deja sino en evidencia los sólidos valores a los que se liga esta institución y que de alguna manera ya no son tan visibles.

9. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier. *Subrogación real y patrimonios especiales en el Derecho Romano Clásico*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1997.

BELLO KNOLL, Susy Inés. *Fideicomiso Público*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011.
CASTRO, Olivia & CANALES, Ana Edith. “El matrimonio y su disolución: Del Derecho Romano al Derecho Mexicano”. *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2020.

CUENA BOY, F. *El fideicomiso de residuo en el Derecho Romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*. Santander: Universidad de Cantabria, 2004.

DIAZ ALABART, Silvia. *El fideicomiso de residuo*. Barcelona: Jm Bosch, 1981.

DOMINGO AZNAR, Antonio. *El Fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GAMBOA URIBARREN, Blanca. “Mujeres y sucesión hereditaria en Roma”. *Mujeres y Derecho: Pasado y Presente*. Bizkaia: Universidad del País Vasco, 2008, pp. 25-28.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1982.

IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Barcelona: Sello Editorial, 2010.

KASER, Max. *Tratado de Derecho romano privado*. Madrid: BOE, 2021, [en prensa].

MUÑIZ ESPADA, Esther. *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

MURILLO VILLAR, Alfonso. *El Fideicomiso de residuo en el Derecho Romano*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1989.

ROSENFELD, Carlos, “Antecedentes históricos del Fideicomiso”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Tomo 1998-E.

VILLCA POZO, Milenka. *Aspectos jurídico-tributarios del fideicomiso. Especial atención a los países de la comunidad andina*. Tarragona: Universitat Rovira i Virgili, 2012.