

TÍTULO XXIII.—*De las herencias fideicomisarias y del Senado-consulto Trebeliano.*

P. ¿Cuál fué el origen de los fideicomisos?

R. Ocurría con frecuencia que un ciudadano romano quería mejorar ó favorecer por acto de última voluntad á una persona con quien no tenía testamentifacción ó que era incapaz de recibir por otros modos más que una parte de lo que se le hubiera dejado (1). Para conseguir indirectamente este objeto,

(1) Por ejemplo, un *peregrinus*, un celibatario (V. lib. II, tít. XX), y antes de Adriano, una persona incierta.

se imaginó hacer la institución ó el legado en favor de un instituido ó un legatario capaz de recibir por otros modos, suplicándole (1) que entregara á aquél á quien se quería favorecer realmente el todo ó parte de la herencia ó del legado. Tales fueron los primeros fideicomisos. (Gayo, II, 285.) El heredero ó el legatario no estaba obligado civilmente á cumplir el deseo que se confiaba de esta suerte á su buena fe (*fideicommissa*); pero en adelante, Augusto mandó á los cónsules que interpusieran su autoridad para hacer ejecutar los fideicomisos. La intervención de estos magistrados, que parecía justa y que era secundada por la opinión pública, llegó á hacerse insensiblemente una jurisdicción habitual: los fideicomisos obtuvieron tan gran aceptación, que en breve se creó, para determinar sobre el derecho en materia de fideicomisos, un pretor especial que se llamó *pretor fideicomisario* (2).

P. ¿Se conservó la facultad de hacer en forma de fideicomisos disposiciones en favor de personas incapaces de ser instituidas herederos ó de recibir un legado?

R. No, señor: esta facultad recibió modificaciones sucesivas, y en adelante se hizo prevalecer el principio, que para recibir un fideicomiso se necesitaba la misma capacidad que para recibir un legado (3). Por lo demás, los fideicomisos permanecieron exentos de la mayor parte de las reglas estrictas del derecho civil, al cual quedaron sometidos los legados y las instituciones de heredero (4).

P. ¿Era, pues, importante no confundir un legado con un fideicomiso, ó cómo se le distinguía?

(1) Justiniano dice que en un principio no eran obligatorios los fideicomisos, porque nadie está obligado á dar cumplimiento á una súplica: más exacto es decir que el testador se servía de términos suplicatorios porque no podía exigir; pues si el testador hubiera podido asegurar el efecto de sus disposiciones dando una orden positiva, no hubiera empleado la vía indirecta de la súplica, y no hubiera remitido á la discreción de un tercero lo que hubiera podido hacer él mismo. (V. M. Ducaurroy, núm. 777.)

(2) Este pretor, en vez de enviar á las partes y el examen de la causa ante el juez, según el curso ordinario del procedimiento (V. el título *de las acciones*), resolvía directamente, es decir, sin dar ninguna acción. (Gayo, II, 278. V. la pág. 55.)

(3) Tal era la regla general en el tiempo de Ulpiano; pero esta regla tenía sus excepciones. (V. Ulp., tit. XXV, §§ 6, 7, 30.)

(4) Así, mientras que no podían hacerse los legados sino por el testador, ó no podían imponerse más que al heredero instituido, pudieron siempre hacerse los fideicomisos aun *ab intestato*, y ponerse á cargo de todos los que, sin ser herederos, hubieran recibido alguna cosa del difunto. Ya hemos indicado otras muchas diferencias. (V. Ulp., tit. XX.) Obsérvese que, á diferencia del legado, el fideicomiso no podía transferir directamente la propiedad ni la reivindicación: nunca imponía más que una obligación y sólo daba una acción personal.

R. Se les distinguía por los términos de que se había servido el testador; el legado debía hacerse (*legis modo et civilibus verbis*) (1) con fórmulas sacramentales y determinadas: toda disposición expresada de otra suerte no podía ser más que un fideicomiso. Pero cuando Constantino dispensó que se empleara para el legado palabras consagradas ó solemnes y determinadas, fué difícil distinguirlos, y esto sin duda empeñó á Justiniano á asimilar los legados á los fideicomisos y á confundir sus efectos.

P. ¿Qué cosas se podían dar por fideicomiso?

R. Se podía dar por fideicomiso, bien objetos particulares (V. el tít. sig.), bien universalidades de derechos y de acciones.

P. ¿Podía, pues, comprender un fideicomiso la totalidad ó una cuota parte de la herencia?

R. Sí, señor, y semejante fideicomiso podía hacerse, no solamente por testamento, sino también *ab intestato* (por un codicilo; V. el tít. XXV) (2). Cuando se quería disponer por testamento de toda ó una cuarta parte de la herencia en favor de un fideicomisario, era preciso instituir un heredero (3) y encargarle en seguida que la restituyera á tal persona. Así, después de haber escrito: *Lucius Tilius hæres esto*, se añadía: *Rogo te, Lucii Titi, ut cum primum poteris hæreditatem meam adire, eam Caio Seio reddas, restituas*. Por lo demás, el fideicomiso, aun el que comprendía toda la herencia, podía dejarse, no tan sólo puramente ó bajo condición, sino también á cierto término, esto es, desde cierto día (4).

P. ¿Cómo se verifica la restitución de los objetos hereditarios?

(1) V. Ulp., tít. XXIV, § 1. He aquí cómo definía este jurisconsulto el fideicomiso: *Quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur; nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*.

(2) La facultad de imponer un fideicomiso á los herederos *ab intestato*, parece contrariar el principio de que ninguno puede encargarse de restituir más que lo que recibió (L. 1, § 17, *ad Sc. Trebel.*), porque puede decirse que los herederos no reciben nada del difunto, sino de la ley. Pero debe observarse que el difunto ha dado realmente algo á sus herederos legítimos al no excluirlos: háceles herederos una voluntad tácita, pero al mismo tiempo real. (L. 8, § 1, ff. *de jus codicil.*) Así, el que no puede testar, no puede imponer fideicomisos á sus herederos legítimos, porque en tal caso éstos reciben únicamente de la ley la sucesión.—Los legados, á diferencia de los fideicomisos, no podían existir nunca sin testamento (*nisi ex testamento*, § 10). No obstante, podían hacerse en un codicilo; pero este codicilo debía confirmarse por testamento. (Gayo, 2, 270. V. el tít. XXV.)

(3) En efecto, sin institución de heredero, el testamento, y por consiguiente el fideicomiso que contenía, serían nulos. Así debe entenderse el § 2 comparado con el § 10.

(4) A diferencia de la institución de heredero. (V. lib. II, tít. XIV.)

R. Verifícase aun antes de la tradición por el consentimiento del heredero que se desprende, en beneficio del fideicomisario, del derecho que tiene sobre estos objetos como heredero (L. 37 y 63, ff. *ad Sc. Trebel.*)

P. ¿Cesaba el heredero de ser heredero después de la restitución de la herencia hecha al fideicomisario?

R. No, señor: permanecía siendo siempre heredero; pero el fideicomisario, sin ser heredero propiamente dicho, concluyó por ser asimilado, bien al heredero, en virtud del Senado-consulto Trebeliano, bien al legatario parciario (§ 3), en virtud del Senado-consulto Pegasiano.

P. ¿Cuál fué el progreso del derecho sobre este punto?

R. Antiguamente el heredero restituía la herencia al fideicomisario, vendiéndosela por un precio ficticio: entonces éste no se consideraba ni como heredero ni como legatario, sino como comprador de la herencia. (Gayo, II, 252.) Ahora bien, el que vende una herencia no se despoja del título indeleble de heredero, no puede ceder más que los beneficios y las cargas que resultan de este título: así, permanece solamente expuesto á las acciones de los acreedores y de los legatarios, y continúa teniendo solamente las acciones activas contra los deudores hereditarios; pero el heredero y el comprador se garantizan respectivamente por medio de las estipulaciones llamadas *emptæ et venditæ hereditatis*, un recurso respecto de todo lo que el heredero reciba ó pague en esta cualidad. Tales eran las estipulaciones que intervenían entre el heredero fiduciario (1) y el fideicomisario.

P. ¿Ofrecía inconvenientes este modo de restitución?

R. Sí, señor: acontecía con frecuencia que los herederos, no queriendo permanecer expuestos á las reclamaciones de los acreedores y legatarios, y temiendo que la insolvencia del fideicomisario hiciera ineficaz su recurso, rehusaban aceptar la herencia, anulando su negativa todo el testamento. Por esto se dió el Senado-consulto Trebeliano (2), por el cual se decidió que después de la restitución de la herencia, á consecuencia del fideicomiso, todas las acciones que, según el rigor del derecho (*juri civili*), se daban en pro ó en contra del heredero, se dieran (3) en pro ó en contra de la persona á quien se hubie-

(1) Llámase *fiduciario* al encargado de pagar el fideicomiso.

(2) El año de Roma 815, durante el reinado de Nerón, bajo el consulado de Trebelio Máximo y de Séneca.

(3) Las acciones que se daban en pro ó en contra del fideicomisario, apoyándose en una cualidad ficticia, se distinguían con el nombre de acciones *útiles*, de las acciones directas concedidas en pro ó en contra del heredero propiamente dicho. (V. lib. II, tit. I.) En efecto, al restituyente á quien no ha quitado el Senado-con-

se restituido la herencia en virtud de un fideicomiso. Según este Senado-consulta, el fideicomisario fué asimilado al heredero cuyo lugar ocupaba.

P. ¿Fué suficiente esta medida para obligar á los herederos á aceptar la herencia?

R. No señor: el Senado-consulta Trebeliano garantizaba á los herederos de todo riesgo, pero no les concedía ningún otro beneficio que el que podía haberles reservado el testador. Acontecía, pues, con frecuencia que los instituidos, encargados de restituir toda ó casi toda la herencia, rehusaban hacer adición por un beneficio nulo ó casi nulo. En su consecuencia, se autorizó á los herederos para retener la cuarta parte sobre los legados, en virtud de la ley Falcidia. Tal fué el primer objeto del Senado-consulta Pegasiano (1).

P. Cuando los herederos retenían la cuarta en virtud del Senado-consulta Pegasiano, ¿pasaban las acciones hereditarias al fideicomisario y se daban en pro y en contra de él?

R. No, señor: el Senado-consulta Pegasiano, al conceder á los herederos la retención de la cuarta parte, dejaba que recayeran sobre ellos todas las consecuencias del título de heredero, es decir, todas las acciones activas y pasivas. El fideicomisario no se asimilaba, pues, en este caso á un heredero, sino á un legatario parciario; así, las estipulaciones que se usaban entre el heredero y el legatario parciario, se usaban igualmente entre el heredero y el fideicomisario que recibía la herencia, es decir, que se obligaban, por las estipulaciones *partis et pro parte*, á darse mutuamente cuenta de las cargas y beneficios hereditarios, en razón de su parte y porción. (V. el lib. II, tit. XV.)

P. ¿Contenía el Senado-consulta Pegasiano otras disposiciones relativas á los fideicomisos?

R. Sí, señor: según el mismo Senado-consulta Pegasiano, si el heredero instituido rehusaba aceptar la herencia, alegando que temía sus cargas, el pretor podía, á petición del fideicomisario, obligarle á hacer adición y á restituir la herencia sin hacer retención alguna; pero entonces se daban las acciones en pro ó en contra del fideicomisario, como se daban según el Senado-consulta Trebeliano. Así, en este caso, se confundían los dos Senado-consultos (§ 6).

sulto la cualidad de heredero, y contra el mismo es á quien competían también las acciones directas; pero estas acciones se hacían ineficaces por la excepción *restituæ hereditatis* concedida por el Senado-consulta.

(1) Dado en 829, bajo el reinado de Vespasiano, y en el consulado de Pegaso de Pusion.

P. ¿Abrogó el Senado-consulto Pegasiano al Senado-consulto Trebeliano?

R. No, señor; pero estos dos Senado-consultos se aplicaban á casos diferentes.

P. ¿En qué casos se aplicaba el Senado-consulto Trebeliano?

R. El Senado-consulto Trebeliano se aplicaba, y por consiguiente el fideicomisario era asimilado á un heredero: 1.º, cuando la restitución con que era gravado el instituído no excedía de las tres cuartas partes de la herencia (1); 2.º, cuando el instituído, no queriendo aceptar la herencia por sí mismo, la aceptaba por orden del pretor á costa y riesgo del fideicomisario; 3.º, finalmente, cuando no queriendo retener nada de una herencia aceptada voluntariamente, declaraba el heredero expresamente restituirla según el Senado-consulto Trebeliano. (Paulo, IV, tít. III, § 2.)

P. ¿En qué casos se aplicaba el Senado-consulto Pegasiano?

R. El Senado-consulto Pegasiano se aplicaba cuando, comprendiendo el fideicomiso la totalidad ó más de las tres cuartas partes de la herencia, hacía adición voluntariamente el instituído, y restituía reteniendo ó aun sin querer retener la cuarta Pegasiana, á menos, en este último caso, que declarase restituir conforme el Senado-consulto Trebeliano. Según que la restitución hecha conforme al Senado-consulto Pegasiano era de tres cuartas partes ó de toda la herencia, se consideraba al fideicomisario como legatario parciario, lo cual daba lugar á recurrir, ya á las estipulaciones *partis et pro parte*, ya á las *emptæ et venditæ hæreditatis*.

P. La complicación de estas reglas y el inconveniente de las estipulaciones (2) restablecidas por el Senado-consulto Pegasiano, ¿no obligaron á Justiniano á dar á la restitución fideicomisaria un efecto más general, más seguro y más sencillo?

R. Sí, señor: Justiniano, abrogando el Senado-consulto Pegasiano, dió toda autoridad al Senado-consulto Trebeliano, ó más bien confundió los dos Senados-consultos en una ley que, conservando el nombre del Senado-consulto Trebeliano, reunió las disposiciones del uno y del otro. Así, según el nuevo

(1) En este caso se daban las acciones al heredero y al fideicomisario y contra cada uno de ellos por su parte respectiva, á saber: contra el heredero, según el derecho civil, y contra el fideicomisario, según el Senado-consulto Trebeliano.

(2) Justiniano dice que el inconveniente de estas estipulaciones fué conocido por los antiguos, y que el mismo Papiniano las había declarado como peligrosas. En efecto, en el circuito de acciones y de cuentas respectivas que producían, cada una de las partes tenía que temer la insolvencia de la otra.

derecho, el heredero que ha hecho adición voluntariamente, puede retener la cuarta parte de la sucesión (1) sin estar obligado á las cargas hereditarias que excedan de esta porción, puesto que siempre se transfieren las acciones activas y pasivas al heredero fideicomisario, en proporción á lo que recibe de la herencia. Si el heredero rehusa hacer adición, se le puede obligar á aceptar y á restituir toda la herencia á costa y riesgo del fideicomisario.

P. El heredero instituído en parte, ¿puede hacer una retención proporcional, como el que es instituído en el todo?

R. Sí, señor, pues no debe hacerse distinción alguna entre el heredero á quien se instituye por el todo, con ruego de restituir el todo ó parte de la herencia, y el heredero instituído solamente en parte, con ruego de restituir el todo ó parte de su porción: en ambos casos se aplican las mismas reglas (2).

P. Cuando en lugar de dejar la cuarta parte al heredero instituído le reservó el testador uno ó muchos objetos determinados, como una heredad ó una suma de valor por lo menos igual á la cuarta parte de la herencia, ¿con arreglo á qué Senado-consulta se hacía la restitución?

R. La restitución se hacía conforme al Senado-consulta Trebeliano, de la misma manera que si el testador hubiera reservado al instituído la cuarta parte de la herencia, es decir, que en uno y otro caso el fideicomisario se hallaba *loco hæredis*, y las acciones hereditarias pasaban al fideicomisario ó se daban contra él. Pero había esta diferencia, que en el caso de que el testador hubiera reservado la cuarta parte de la herencia, se dividían las acciones proporcionalmente entre el heredero y el fideicomisario, como entre dos coherederos, mientras que cuando el testador había reservado al heredero objetos determinados, éste los conservaba como un legado (*quasi ex legato*) y no como una fracción de la herencia, y en su consecuencia, las acciones activas y pasivas pasaban en su totalidad al fideicomisario. Así, como los objetos determinados podían exceder en valor á lo que debía quedar en la sucesión después de pagar las deudas, el fideicomisario, que era el único que debía estar encargado de las obligaciones hereditarias,

(1) En la evaluación de esta retención se siguen las mismas reglas que respecto de la cuarta Falcidia. Así, se puede aplicar aquí lo que hemos dicho sobre la ley Falcidia, relativamente al caso en que no tiene lugar la reducción y á lo que debe imputarse en la cuarta.—Justiniano concede al heredero la repetición de lo que entregó por error (de hecho) al fideicomisario en lo que excediera de las tres cuartas partes.

(2) Ya hemos visto (lib. II, tít. XXII) que cada heredero parciario puede aplicar la Falcidia al legado con que se halla cargada su parte.

era quien debía deliberar si le convenía aceptar ó rehusar la restitución (*an expediat sibi restitui*). Todo esto se conservó por Justiniano.

P. Si el objeto particular reservado al heredero no equivalía á la cuarta parte, ¿qué derecho se le debía conceder?

R. El heredero podía pedir un suplemento; pero entonces era claro que debía hacerse la restitución, antiguamente según el Senado-consulto Pegasiano. Después de Justiniano, las acciones debían dividirse, en el mismo caso, entre el fideicomisario y el heredero que toma una cuota parte en la herencia.

P. ¿Gozan los herederos *ab intestato* de la reducción permitida á los herederos testamentarios?

R. El Senado-consulto Pegasiano no había autorizado la reducción de los fideicomisos, sino en favor de los herederos testamentarios; pero se extendieron los mismos beneficios á los herederos legítimos. (L. 5, *ad Sc. Trebel.*)

P. ¿Puede encargarse al mismo fideicomisario que haga la restitución á otro fideicomisario?

R. Sí, señor, y puede transmitirse la herencia de esta suerte por medio de muchas restituciones sucesivas: pero el fideicomisario que está encargado de restituir la herencia á otro, no puede retener la cuarta, aun cuando no la hubiera retenido el heredero: por ejemplo, porque hubiera aceptado por orden del pretor á costa y riesgo del fideicomisario. (L. 55, § 2, ff. *eod.*) En efecto, la retención de la cuarta no tiene más objeto que asegurar un heredero al difunto; no se estableció, pues, sino en favor de los que pueden tener esta cualidad y conservarla siempre.

P. ¿Puede retener el fideicomisario la cuarta Falcidia sobre los legados?

R. Sí, señor, porque no es responsable de los legados sino en nombre del heredero (1).

(1) Respecto al modo de probarse los fideicomisos, véase el título siguiente.—

*(N. del T.)*