

FIDEICOMISO TACITO EN LA JURISPRUDENCIA CLASICA

por

Angela Cattan Atala

Fidei alicuius committere, significa encomendar algo a la Buena Fe de una persona, tal fue el concepto originario del fideicomiso que surge en la época republicana, un encargo cuyo cumplimiento no era jurídicamente obligatorio, pero sí cuestión de honor llevarlo a cabo.

Este instituto tuvo su origen en el supuesto que la *institutio heredis* o el *legatum* no eran utilizables por el testador, por oponerse a lo dispuesto por la ley o cuando se trataba de un peregrino.

El carácter del fideicomiso cambia radicalmente en tiempo de Augusto al pasar a ser una disposición jurídicamente obligatoria. No obstante el término se sigue utilizando en la época clásica y los textos donde aparecen las expresiones *legare* y *legatum* referidas al fideicomisum, es probable que sean interpoladas como afirma Schulz.¹

El fideicomiso puede ser impuesto a todo el que recibe algo de la herencia y ordenado en un estamento, en un codicilo e incluso en forma oral.

El objeto de este trabajo es determinar lo que entendieron los juristas clásicos por fideicomiso tácito y las implicancias que este instituto tuvo en la vida jurídica práctica.

Cuando el Sc. Pegasiano extendió al fideicomiso las disposiciones relativas a la *capacitas*, con el fin de evitar la aplicación de tales normas, se instituía en la práctica heredero a una persona dándole en secreto el encargo de que devolviera lo que recibiese a un incapaz.

Rotondi, Biondi, Bonfante y Astolfi² sostienen que los textos referentes al fideicomiso tácito estarían configurados por dos corrientes de opinión, una representada por Juliano y Calistrato, que adoptan un criterio más bien liberal, y otra por Marcelo y Paulo, que sientan una doctrina más rigurosa.

D. 49.14.3 Callistratus libro tertio de iure fisci.

Non intellegitur fraudem legi fecisse, qui rogatus es palam restituere. sed cum quidam testamento suo ita scripsisset: "uos rogo, ut in eo, quod a uobis peti, fidem praestetis: perque deum, ut faciatis,

¹ SCHULZ, FRITZ, *Derecho Romano clásico*, Barcelona, traducción de José Santa Cruz Teigeiro, pág. 300.

² BIONDI, BIONDO, *Suc. testada y donación*, 2ª edición, traducción de Manuel Fairen, pág. 168. BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, Vol. 6 (reimp.

Milano 1944), pág. 421. ROTONDI, GIOVANNI, *Gli Atti in Frode alla Legge nella Dottrina Romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911, págs. 76 y siguientes. ASTOLFI, RICCARDO, *La Lex Iulia et Papia*, Padova, 1970, página 330.

rogo et quaereretur, an id palam datum intellegeretur: Iulianus respondit non quidem apparere, quid ab heredibus ex huiusmodi uerbis petitum est quaeri autem solere, quando intellegatur quis in fraudem legis fidem suam accommodare: et fere eo iam decursum, ut fraus legi fieri uideatur quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione et chirographo obligaret se ad praestandum ei qui capere non potest: ideoque dici posse ex supra dictis uerbis non esse legi fraudem factam.

D. 30.103 Iulianus libro octagesimo tertio In tacitis fideicommissis fraus legi fieri uidetur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione uel chirographo obligaret se ad praestandum fideicommissum ei qui capere non potest.

De acuerdo con los textos citados para estos juristas el fideicomiso es tácito cuando corresponde a un acuerdo secreto entre el testador y el fiduciario.

La segunda corriente mucho más rigurosa está representada principalmente por los juristas Marcelo y Paulo, que establecen la existencia del fideicomiso tácito, toda vez que no se pueda conocer del testamento la persona a quien favorece lo dejado o el objeto del mismo, aun cuando la petición de restitución haya sido hecha en el testamento.

D. 30.123. 1 Marcellus libro singulari responsorum In testamento ita scriptum est: Gaio Seio illud et illud heres meus dato et te rogo, Sei fideique tuae mando, uti ea omnia quae supra scripta sunt reddas sine ulla mora ei redderes. ipse quaero, an tacitum fideicommissum sit, cum personam testator cui restitui uellet, testamento non significauerit, Marcellus respondit: si in fraudem legum tacitam fidem Seius accommodasset, nihil ei prodesse potest, si his uerbis pater familias cum eo locutus esset: non enim ideo circumuenisse minus leges existimandus est, cum, perinde incertum sit cui prospectum uoluerit.

D. 49.14.40 Paulus libro uicensimo primo quaestionum Ita fidei heredis commisit: rogo fundum Titio des, de quo te rogauit. si Titius capere non possit, non euitabit heres poenam taciti fideicommissi: non enim est palam relinquere, quod ex testamento sciri non potest, cum recitatum est quemadmodum nec ille palam dat, qui ita scribit: "rogo uos, heredes, in eo, quod a uobis peti, fidem praestetis", immo in priore specie maiorem fraudem excogitasse uidetur, qui non tantum legem circumuenire uoluit, sed etiam interpretationem legis, quae circa tacitum fideicommissum habetur: quamuis enim fundum nominauerit, non tamen cognosci potest, de quo sit rogatus heres, cum diuersitas rerum obscurum faciat legatum.

Como se desprende de la lectura de los textos, la petición de restitución si bien está hecha en el testamento, en el primero de ellos no se conoce el nombre del favorecido con el fideicomiso y en el segundo no se puede determinar el objeto del fideicomiso, pues como dice el jurista, la diversidad de las cosas lo hace oscuro. En consecuencia, en ambos casos estaríamos frente a un fideicomiso tácito.

Nardi³ opina en forma diferente a los otros romanistas; en efecto, sostiene que una exégesis correcta de las fuentes excluye toda posibilidad de contraste entre los juristas, piensa que en realidad el problema que ellos se plantean es considerar la posibilidad que una rogatio testamentaria pudiera transformar un fideicomiso tácito en abierto, para evitar así la ereptio de la cuarta y el derecho del fiduciario a la caducorum vindicatio.

Pienso que realmente existieron las dos corrientes antes señaladas, pues Calistrato y Juliano consideran tácito al fideicomiso cuando éste corresponde a un acuerdo secreto entre el fideicomitente y el fiduciario y excluyen en todo caso la rogatio testamentaria; en cambio Marcelo y Paulo son enfáticos en señalar que es tácito este instituto cuando no se conoce la persona favorecida o el objeto del mismo, no obstante la existencia de la petición de restitución hecha en el testamento.

Evolución

En cuanto al origen y evolución del fideicomiso tácito, podemos decir que cuando en época de Augusto se dictan las leyes *Iulia de Mari-tandis Ordinibus* y la *Lex Pappia Poppaea* destinadas a castigar con la caducidad a las instituciones hereditarias en favor de orbis y célibes, los testadores acostumbraron beneficiar a estos incapaces a través de fideicomiso, lo que trajo como consecuencia que en época de Vespasiano se dictara el Sc. Pegasiano que extendió las normas de caducidad al fideicomiso.

Al aplicarse las disposiciones de la Lex Iulia y Pappia a los fideicomisos, comenzó a utilizarse en la vida jurídica práctica el fideicomiso tácito y al parecer su uso se difundió de manera rápida y amplia. Lo anterior motivó la dictación del Sc. Planciano que tuvo por objeto privar al gravado con el fideicomiso tácito la cuarta pegasiana, considerándose desde esa época como caduca y quitó también el derecho de reivindicar, aunque fueran pater, los otros eventuales caduca del testamento.⁴

D. 34.9.11 Papinianus libro quinto decimo quaestionum. Heres, qui tacitam fidem contra lege accommodavit, in ea parte, quae fraudem adhibuit, Falcidia non utitur: et ita senatus censuit. sed si maior modus institutionis quam fraudis fuerit, quod ad Falcidiam attinet, de superfluo quarta retinebitur.

D. 34.9.23 Gaius libro singulari de tacitis fideicommissis Si quilibet heres ex cuius cumque testamento tacite rogatus fuerit, ut quadrantem, quem legis Falcidiae beneficio retinuit, non capienti restituat, aequo locus erit senatus consulto: neque enim multum intererit inter tale fideicommissum et cum quis id, quod ad se ex hereditate peruenit, restituere rogatus sit.

Ulpiani 25.17 liber singularis regularum. Si quis in fraudem tacitam fidem accommodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat,

³ NARDI, ENZO, *I Casi di Indegnità nel Diritto Succesorio Romano*, Mila-no, 1937, pág. 127.

⁴ *Novissimo Digesto Italiano*, Tori-no, 1969, Sv. sc., Volterra, pág. 1072.

nec quadrantem eum deducere senatus censuit, nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habent.

Por último Antonino Pío modifica el Sc. Planciano y atribuye al fisco la cuarta pegasiana o falcidia, que había sido sustraída al heredero fiduciario y atribuida a los herederos o legatarios que *in eo testamento libero habent*. Desde la época de este emperador la cuarta es considerada como *ereptorium*.

D. 35.2.59. 1 pr. Modestino libro nono pandectarum Beneficio legis Falcidiae indignus esse uidetur, qui id egerit, ut fideicommissum intercidat. Praeterea qui non capienti rogatus est restituere hereditatem, senatus consulto non conceditur quartam retinere: sed ea quarta, quam non retinuit, ad fiscum pertinet ex rescripto diui Pii.

D. 49.14.49. Paulus libro singulari de tacitis fideicommissis Cum tacitum fideicommissum is cui datum erat capere se nihil posse detulisset, in quaestionem uenit, dodrantis an totius assis partem dimidiam ex beneficio diui Traiani recipere debeat de qua re exstat rescriptum imperatoris Antonini in haec uerba: Imperator Antoninus Iulio Rufo. Qui tacitam fidem accommodauit, ut non capienti restitueret hereditatem, si deducta parte quarta restituit, nihil retinere debet quadrans autem, qui heredi imponitur ipsius eripiatur et ad fiscum transferatur unde dodrantis semissem solum capit qui se detulit.

Como bien dice Nardi⁵ la historia de este asunto se saca hasta aquí directamente de las fuentes, pero para los períodos sucesivos es preciso construirla fuera de ellas; es así como hay que recordar que con Constantino desaparecen prácticamente las penas contra célibes y orbis; y por último con Justiniano se esfuman los últimos vestigios de esta incapacidad y pasan a ser sólo un recuerdo histórico.

Denuncia de fideicomiso tácito

D. 49.14.1. Callistratus libro primo de iure fisci Uariae causae sunt, ex quibus nuntiatio ad fiscum fieri solet aut enim se quis, quod tacite relictum est, profitetur capere non posse uel ab alio praeuentus defertur: uel quod mors ab heredibus non uindicatur: uel quod indignus quis heres nuntiatur: uel quod princeps heres institutus et testamentum siue codicilli subrepti esse nuntiantur: uel quod dicatur quis thensaurum inuenisse: uel magni pretii rem minoris ex fisco comparasse: Uel praeuaricatione fiscum uictum esse: uel eum decessisse, qui in capitali crimine esset: uel etiam post mortem aliquem reum esse: uel domum destructam esse: uel ab accusatione recessum: uel rem litigiosam uenundari: uel poenam fisco ex contractu privato deberi: uel aduersus leges commissum factum esse.

⁵ *Op. cit.*, pág. 125.

Este texto es de vital importancia, porque en lo referente a la forma como el fisco llega a tener conocimiento de los fideicomisos tácitos, establece dos procedimientos: la autodenuncia y el sistema de los delatores.

El sistema de los delatores es el primero que surge y fue establecido por la Lex Pappia y aplicado al fideicomiso tácito en virtud del senado-consulta Planciano.

Desde entonces se estrecharon los vínculos, se señalaron guardianes a los cuales por la ley Pappia Poppaea se señalaron premios si descubrían algunos que no tuviesen el privilegio de padre, para que el pueblo, como padre de todos, los heredase.

Se trató después de suavizar la Ley Pappia que Augusto en su vejez había promulgado, después de las leyes Julias, para agravar las penas contra los célibes y enriquecer el erario. No por eso fueron más frecuentes los matrimonios y la educación de los hijos; se prefería estar sin herederos, aunque el número de gente en peligro crecía, ya que cada casa se veía arruinada por las interpretaciones que daban los delatores, de modo que ahora por causa de las leyes se padecían los daños que antes causaban los vicios.

A los delatores, como lo señala Tácito, se les asignaba un premio en caso de vencer en la vindicatio, consistente en una incierta cuota del caducum, pero superior a la cuarta parte que Nerón reduce.

El sistema de la delatio pervive durante la época clásica; de ello nos dan noticia Mauriciano (D. 49.14.15.1) y Paulo (D. 49.14.13.5), no obstante las Constituciones Imperiales restringieron su utilización. Así la delatio fue prohibida para ciertas personas: las mujeres, los veteranos, los militares no podían ser delatores; tampoco los tutores y curadores en causas de sus pupilos y adolescentes, los libertos respecto de sus patronos, y otros.

D. 49.14.18 pr. Marcianus libro singulari de delatoribus Deferre non possunt mulieres propter sexus infirmitatem, et ita sacris constitutionibus cautum est.

Las mujeres no pueden delatar en razón de la debilidad de su sexo. En la época clásica y más precisamente en tiempos de Augusto comienza la emancipación de la mujer romana, dado que en conformidad al Derecho antiguo, está sujeta a tutela perpetua o a la manus de un pater.

La norma que aparece en el texto se justifica, pues la tendencia en la época del Imperio fue reconocer paulatinamente la capacidad de la mujer en la celebración de negocios jurídicos; es así que puede comparecer personalmente en muchos de ellos. Pero dada la trascendencia social que se da a las delaciones, se vuelve en esta materia a las normas antiguas; el texto elimina a la mujer sin hacer distinciones de ninguna clase, si es sui iuris, alieni iuris o si tiene el ius liberorum.

D. 49.14.18.1 Idem libro singulari de delatoribus. Item clarissimi uiri deferre non possunt.

Los hombres notables no pueden delatar, lo que ratificaría la afirmación de Tácito, como acabamos de ver, de que el delator era repudiado por la sociedad.

D. 49.14.18.2.3 y 4 Idem libro singulari de delatoribus. Item damnati deferre non possunt, ut diui frates de eo rescripserunt, qui fustibus caesus in opus publicum erat datus. Item constitutionibus principum prohibentur deferre illi, qui in metallum dati sunt hoc ideo, ne desperati ad delationem facile possint sine causa confugere. Sed eas causas, quas ante damnationem coeperunt deferre, posse eos etiam post damnationem exequi rescriptum est.

D. 49.14.18.5.6.7 y 8 Idem libro singulari de delatoribus. Uetterani quoque sacris constitutionibus delatores esse prohibentur propter bonorem utique et merita militiae. Item milites propter honorem stipendiorum quoque merent deferre prohibentur. Sed communem causam sibi cum fisco quiuis deferre potest, hoc est uindicare, nec per hoc famosus est, licet in causa sua non optinuerit. Item eos, qui tutores uel curatores fuerunt, non oportere deferre causas pupillorum uel adulescentium suorum diui Seuerus et Antoninus rescripserunt quod consequens est obseruari et in eo, qui quasi procurator negotia gessit: et ita idem principes rescripserunt idem decreuerunt nulla constitutione prohibitum esse procuratorem interrogari, sed accusare eum, cuius negotia gessit et tutorem, qui aut detulit aut mandauit, seuerissime puniendum rescripserunt.

A los militares y veteranos se les prohíbe delatar en razón del honor y mérito de la milicia. Los tutores, curadores y administradores de negocios ajenos no pueden delatar en las causas de sus pupilos o en aquellas de cuyos negocios fueren gestores; la medida fue tomada sin lugar a dudas para evitar abusos.

Como nos relata Tácito, el sistema de los delatores se corrompió, por lo que fue necesario crear un mecanismo más eficaz y menos aterrador que el de los delatores y que permitiera al fisco tener conocimiento de los fideicomisos tácitos hechos en favor de incapaces; surge entonces el segundo sistema, la autodenuncia.

D. 49.14.13 pr. Paulus libro septimo ad legem Iuliam et Papiam. Edicto diui Traiani, quod proposui, significatur, ut, si quis, antequam causa eius ad aerarium deferatur, professus esset eam rem quam consideret capere sibi non licere, ex ea partem fisco inferret, partem ipse retineret.

Este texto hay que relacionarlo con D. 49.14.13.1 y 49.14.42, que determinan que el llamado *beneficium divini Traiani*, se aplicó también al fideicomiso tácito.⁷

D. 49.14.49 Paulus libro singulari de tacitis fideicommissis Cum tacitum fideicommissum is cui datum erat capere se nihil posse detulisset, in quaestionem uenit, dodrantis an totius assis partem dimi-

⁶ TACITO, Anales 3,25 y 3,28.

⁷ CATTAN ATALA, ANGELA, *Beneficium Divini Traiani*, Revista Chilena de Historia del Derecho, pág. 27, Vol. 8.

diam ex beneficio diui Traiani recipere debeat de qua re exstat rescriptum imperatoris Antonini in haec uerba: "Imperator Antoninus Iulio Rufo. Qui tacitam fidem accommodauit, ut non capienti restitueret hereditatem, si deducta parte quarta restituit, nihil retinere debet quadrans autem qui heredi imponitur ipsius eripiaturet ad fiscum transferatur unde dodrantis semissem solum capit qui se detulit".

Este texto hace referencia por un lado a la sanción que se impone al que aceptó cumplir un fideicomiso tácito en favor de un incapaz, que trataremos más adelante, y por otro a las consecuencias que produce la autodenuncia del fideicomisario que carece de capacidades. Esta persona, por el hecho de denunciarse antes de ser delatada su situación al erario, recibe en virtud del beneficio de Trajano la mitad de lo que le correspondía o la mitad de los caduca.

Sanción

El fideicomiso establecido en favor de un incapaz *vel palam vel tacitam*, es considerado caducum, en efecto, en el primer caso se convierte en caducum y el heredero gravado conserva la cuarta; en el segundo caso, el heredero que ha interpuesto su *tacitam fidem* hace más difícil la aplicación de las leyes caducarias y está por ende sujeto a sanciones especiales. El fideicomiso en esta última hipótesis sigue siendo caducum, pero respecto de la cuarta es considerado indigno el heredero, porque mediante el secreto presta su actuar a un fraude de la Ley.

La cuarta como dijimos anteriormente por disposición del divino Pío es considerada *ereptorium* y pertenece al fisco.

El heredero gravado no sólo pierde en el caso del fideicomiso tácito la cuarta, sino que también el derecho a reivindicar otros caduca que podrían corresponderle.

Lo anterior está reglamentado en los siguientes textos:

D. 34.9.23 Gaius libro singulari de tacitis fideicommissis. Si quilibet heres ex cuiuscumque testamento tacite rogatus fuerit, ut quadrantem, quem legis Falcidiae beneficio retinuit, non capienti restituat, aequo locus erit senatus consulto: neque enim multum intererit inter tale fideicommissum et cum quis id, quod ad se ex hereditate peruenit, restituere rogatus sit.

D. 34.9.11 Papinianus libro quinto decimo quaestionum. Heres, qui tacitam fidem contra leges accommodauit, in ea parte, quae fraudem adhibuit, Falcidia non utitur: et ita senatus censuit sed si maior modus institutionis quam fraudis fuerit, quod ad Falcidiam attinet, de superfluo quarta retinebitur.

D. 22.1.17.2 Paulus libro singulari de usuris. In tacito fideicommissio omne emolumentum heredi auferendum et fisco praestandum diuus Pius rescripsit: ergo et usurarum emolumentum aufertur heredi.

Este último texto hace referencia a que no sólo se ha de privar al heredero de un fideicomiso tácito de todo premio o emolumento, sino también de los intereses.

También se refieren a la sanción Ulpiano 25.17 y D.50.17.79, D. 49.14.49 y D. 50.17.79.

Efectos especiales del fideicomiso tácito

D. 49.14.3.2 Callistratus libro tertio de iure fisci. Quando autem fraus interposita uideatur, agendum est, id est utrum exitus spectari deberet an consilium: forte si tunc, cum tacite fideicommittebatur, non capiebat is, cui restitui iubebatur, mortis uero tempore capere poterat, uel contra et placuit exitum esse spectandum.

Este caso establece que en el fideicomiso tácito debe estarse más al resultado que a la intención. Pues un fideicomiso tácito en favor de un fideicomisario que carece de *capacitas* en el momento de la ordenación del fideicomiso, pero que la adquiere a la muerte del testador. Callistrato dice que es válido, dado que en estos casos debe estarse más al resultado que a la intención.

Esta opinión pareciera estar en oposición a lo que piensa Papiniano en el siguiente texto:

D. 50.17.79 Papinianus libro trigensimo secundo quaestionum Fraudis interpretatio semper in iure ciuili non ex euentu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur.

En realidad no hay contradicción entre los juristas, en atención a que como hemos visto el fideicomiso tácito, por su naturaleza, fue objeto de normas especiales, no cabe duda en el caso expuesto por Callistrato, el testador cometió fraude a la ley en el momento mismo que dispuso un fideicomiso en favor de una persona que carecía de *capacitas*.

Hemos visto que el fideicomiso tácito fue tratado y estudiado por los juristas clásicos, objeto de normas y reglamentaciones especiales, debido a su naturaleza y aplicación en la vida jurídica.