

# LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL FIDEICOMISO

JUAN RAMÓN ROBLES REYES

*Profesor de Derecho Romano de la Universidad  
de Murcia, España*

## 1. EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO (1)

El derecho sucesorio romano tenía como pilar fundamental la ejecución de la voluntad del causante, siendo reflejo del omnímoto poder que el *pater familias* tenía sobre las personas, bienes y derechos que integraban su patrimonio. En la evolución de la sucesión testada se observa como, en los primeros tiempos, esta voluntad no encuentra límites y como, con el paso de los siglos, en torno al s. I a.C., comienza a tambalearse ese poder absoluto, debiendo cumplir el testador, no sólo requisitos de tipo formal, sino también de tipo material que limitaban y condicionaban su voluntad, impidiendo que se repartiesen bienes y derechos a su libre albedrío. Prueba de lo expuesto es que, frente a la libertad de disposición testamentaria recogida en las XII Tablas (2), tanto para repartir el as entre los herederos, como para incorporar legados y fideicomisos, aparecen sucesivamente leyes, como la *Lex Furia*, la *Lex Voconia* o la *Lex Falcidia*, que obligaban al testador a dejar una parte de la herencia a los herederos, aunque estos no fuesen seres queridos, o al menos los únicos

---

(1) Sobre fideicomisos y proceso vid. V. SCIALOIA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, 251 ss. P. F. GIRARD, *Manuel*, Paris, 1924, 962 ss. F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937. A. GUARINO, *Storia del Diritto romano*, Napoli, 1987.

(2) XII Tablas, *tab 5*, *Paterfamilias uti legassit, super pecuniae tutelave suae rei, ita ius esto*.

queridos, por el causante. La existencia de estas leyes <sup>(3)</sup>, evidenciaban la lucha de intereses, articulada jurídicamente, entre la voluntad del testador y los intereses de los herederos que deseaban adquirir la herencia, pero libre de disposiciones a favor de terceros que disminuían el haber hereditario. En esta pugna, cada una de las partes hizo valer sus derechos e introdujo recursos jurídicos que apoyaban sus intereses, siendo una prueba de ello el reconocimiento de la legítima como un derecho, no sólo nominal, sino material. El paso de la legítima formal a la material, junto a las acciones destinadas a impugnar el testamento o completar su legítima, *querella inoficiosi testamenti* o *donationis*, son buena muestra de la protección jurídica que consiguieron los herederos.

En este conflicto de intereses, la existencia de los fideicomisos se convirtió en la vía de escape de los testadores <sup>(4)</sup> para intentar obviar las limitaciones que el derecho les imponía a su intención de dejar parte de su patrimonio a personas distintas de los herederos o a personas a quien les estaba prohibido recibir por testamento, como era el caso de personas de oficios indignos o extranjeros. Como señala Gayo <sup>(5)</sup>, este pudo ser el origen de los fideicomisos, es decir, la disposición de bienes a favor de extranjeros, a favor de célibes, o casados sin hijos, para evitar la legislación caducaria de Augusto <sup>(6)</sup> o, como señala el mismo Gayo, para poder disponer en testamento de bienes a favor de personas inciertas o hijos póstumos ajenos <sup>(7)</sup>. Se intentaban superar las prohibiciones legales, tanto de tipo formal como moral que el derecho establecía, pudiendo dejar, de facto a los herederos con una herencia vacía de contenido. Este intento se veía ayudado por la facilidad con que se podía cons-

---

<sup>(3)</sup> Las citadas leyes impedían que personas distintas al heredero recibiesen más de 5000 ases, en el caso de la *Lex Furia*. Un porcentaje superior que el que recibiría el heredero, en el caso de *Lex Voconia* o, finalmente, no más de las tres cuartas partes, reservando una cuarta parte para el heredero, en el ya paradigmático caso de la *Lex Falcidia*.

<sup>(4)</sup> En Gai. 2,289 se llega a afirmar que, en muchos aspectos, los fideicomisos son más ventajosos que las disposiciones directas.

<sup>(5)</sup> Gai. 2,285. *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere, et fere haec fuit origo fideicommissorum*. A continuación se expone que el fideicomiso a favor de extranjeros se prohibió por Adriano, pero es importante observar como dicha prohibición se produce en el s. II, momento posterior a la legislación caducaria de Augusto. Se observa que durante un siglo tuvieron más facilidad para adquirir bienes los extranjeros que los propios ciudadanos célibes u *orbi*.

<sup>(6)</sup> *Vid.* Gai, 2,286.

<sup>(7)</sup> *Vid.* Gai, 2,287.

tituir un fideicomiso, siendo válido en cualquier lengua, latina, germánica, púnica o gala, como nos dice Ulpiano <sup>(8)</sup>, llegando incluso a admitirse su constitución por señas, como afirma Paulo <sup>(9)</sup>. Tal fue la fuerza y validez jurídica que se otorgó a esta figura que, en algunos casos, incluso en los supuestos en que el heredero no aceptase la herencia, esperando recibirla íntegra como heredero *ab in testato*, o en los supuestos de substitutiones, se mantenía la obligación de cumplir con los fideicomisos recibidos <sup>(10)</sup>. Ciertamente, como señala Justiniano en las Instituciones <sup>(11)</sup>, *en los primeros tiempos eran nulos todos los fideicomisos, porque nadie era obligado contra su voluntad a cumplir aquello que se le había rogado, porque no se apoyaban en ningún vínculo de derecho, sino tan sólo en la honradez de quienes eran rogados*, pero esta situación fue modificada en el siglo primero, desde que Augusto les dio validez jurídica al poder ser exigido su cumplimiento ante los cónsules. Como señala De Martino <sup>(12)</sup>, a partir de aquel momento debieron ser infrecuentes los testamentos que no contenían cláusulas fideicomisarias, como lo evidencia el hecho de que se promulgasen diversos senadoconsultos <sup>(13)</sup> castigando a los herederos que se ocultaban para intentar evitar dar la manumisión fideicomisaria a esclavos recibidos en herencia, como era el caso del SC. Rubriano <sup>(14)</sup>, de la época de Trajano, o se trataba simplemente de herederos que no comparecían dolosamente, o retrasaban sin justa causa la concesión de la manumisión — SSCC. Articuleyano <sup>(15)</sup> y Dasumiano <sup>(16)</sup> —, o el SC. Vitrasiano <sup>(17)</sup>, cuando entre los herederos del fideicomitentes existían menores. Para completar la enumeración de senado consultos que mejoraron la posición del fideicomisario hay que

<sup>(8)</sup> Ulp. 2 *fideic.* D. 32,11 *pr. Fideicommissa quocumque sermone relinquunt possunt, non solum Latina vel Graeca, sed etiam Punica vel Gallicana vel alterius quumque gentis.*

<sup>(9)</sup> Paul. 4 *sent.* D. 32,21 *pr. Nutu etiam relinquuntur fideicommissum, dummodo est nutu relinquat, qui et loqui potest.* En el mismo sentido C. 6,42,2 (*Dioc. Max.* 293-304).

<sup>(10)</sup> Para el supuesto de los sustitutos se recoge igual solución. *Vid.* Ulp. 80 *ad leg. et Jul. Pop.* D. 31,62.1 y *Lic. Ruf.* 4 *reg.* D. 31,63.

<sup>(11)</sup> I. 2,23,1.

<sup>(12)</sup> F. DE MARTINO, *La giurisdizione, cit.*, 324 ss.

<sup>(13)</sup> Sobre la incidencia de los nuevos senado consultos en los fideicomisos *vid.* A. GUARINO, *Storia, cit.*, 486 ss. M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, Madrid, 1988, 890 ss.

<sup>(14)</sup> Sobre SC. Rubriano, *vid.* Ulp. 5 *fideic.* D. 40,5,26,7 y Paul. 3 *fideic.* D. 40,5,33,1.

<sup>(15)</sup> Marc. 9 *inst.* D. 40,5,51,7.

<sup>(16)</sup> Marc. 9 *inst.* D. 40,5,51,4.

<sup>(17)</sup> Ulp. 5 *fideic.* D. 40,5,3,6.

referirse a los conocidos SSCC. Trebeliano y Pegasiano que permitían situar a aquél, a efectos prácticos, como si de un heredero se tratase, pudiendo obligar al heredero fiduciario a aceptar la herencia, aunque reservándole a éste una cuarta parte de la misma, de forma similar a lo que establecía la *lex Falcidia* <sup>(18)</sup> para los legados. En todos estos supuestos se invocaba la protección del magistrado para aplicar la ley, entrando en otro tema debatido, como es el de valorar si la vigilancia y ejecución del cumplimiento de las cláusulas fideicomisarias de los testamentos era actividad jurisdiccional o meramente administrativa.

## 2. LA CUESTIÓN DOCTRINAL ACERCA DE LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL O ADMINISTRATIVA DE LOS FIDEICOMISOS

Para dar contestación a esta cuestión hay que partir de la opinión que se tenga respecto a la actividad desarrollada por los nuevos funcionario creados por el *princeps*. Hay un dato que parece fuera de toda duda, como es el hecho de que la reclamación de los fideicomisos no se desarrolló por el cauce del procedimiento formulario. Así se nos refiere en *Ulp. reg.* 25,12, de forma expresa al señalar que *Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata, sed cognitio es Romae quidem consulum aut praetoris fideicommissarius vocatur, in provinciis vero praesidium provinciarum*. Es decir, se debía de acudir a cónsules <sup>(19)</sup> y nuevos pretores, prescindiendo del sistema formulario y, por extensión, del pretor urbano. Este fragmento, junto a la ausencia de un edicto propio de estos magistrados, y al hecho de que el nuevo sistema prescindía de la *iurisdictio* del magistrado, propia de un proceso con

---

<sup>(18)</sup> Sobre la aplicación de la *Lex Falcidia* a los fideicomisos vid. C. 6,50 cuyo título, *Ad legem Falcidiam*, encabeza toda una serie de fragmentos en los que se evidencia la vigencia de esta ley a legados y fideicomisos. En el mismo sentido Pap. 7 *resp.* D. 31,76.

<sup>(19)</sup> La competencia entre cónsules y pretores no debió de ser concurrente, pero hay textos que indican que pudo haber una época en que ambas magistraturas tuviesen competencias, como se desprende de Quintiliano — *Inst. orat.* 3,8,70 — en donde se indica la mayor competencia del cónsul respecto al pretor ... *non debet apud praetorem petere fideicommissum, se apud consules, maior enim praetoria cognitione summa est...* Esta prioridad del pretor sólo se entendería si al pretor al que se refiere es al urbano, en cuyo caso la designación de Augusto como magistrados competentes excluiría al pretor urbano respecto al cónsul.

fase *in iure* y fase *apud iudicem* es utilizado por los que consideran que la protección de los fideicomisos fue más administrativa que jurisdiccional. Otros autores, como Alvaro D'Ors <sup>(20)</sup> señalan que tanto cónsul como pretor fideicomisario tuvieron plena competencia jurisdiccional. Finalmente, otros consideran que esta discusión no tiene sentido, porque era extraña a la mentalidad romana la extrapolación de estos conceptos jurídicos modernos a su concepción del derecho. Estos autores consideran que lo importante es que hubo una evolución en la que, estos magistrados, dotados de competencia en el seno de la administración del *princeps*, acabaron realizando funciones similares a las que se realizaban en el *ordo*, pero con el nuevo carácter y procedimiento que imponía el *ius novum*. La ausencia de datos, especialmente hasta Claudio, refuerza la tesis administrativista, al igual que la refuerza el hecho de que interviniese declarando la libertad en situaciones no contenciosas, cuando el fiduciario se escondía o ausentaba sin causa <sup>(21)</sup>, pero lo cierto es que los decretos que iban dictando, con valor de sentencia, así como la necesidad de aplicar la abundante normativa que el senado aprobaba le acabó revistiendo de un carácter jurisdiccional. Este carácter, apoyado, no tanto en virtud de su propia autoridad, como en la del príncipe que les había designado, se evidencia en una serie de fragmentos, como es el texto recogido en D. 40,5,36,2 <sup>(22)</sup>, en donde de forma expresa se dice que... *Para impedir la jurisdicción del que conoce de la libertad dejada por fideicomiso, nada importa el privilegio de cualquiera, o el de la ciudad, o corporación, u oficio en que se halle alguno, o la condición de las personas*. Como se observa, se hace una mención expresa a la actividad jurisdiccional del pretor fideicomisario. Otro texto digno de comentario es D. 32,4 <sup>(23)</sup>, en donde se dice que si el fideicomiso dejado a cargo de padre o señor no es cumplido, se den acciones útiles contra el hijo emancipado o esclavo manumitido <sup>(24)</sup>. En

<sup>(20)</sup> A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Navarra, 1977, 372 ss.

<sup>(21)</sup> Nos remitimos a los senadoconsultos antes mencionados, así como a numerosos fragmentos del libro 40, título 5, del Digesto relativo a las libertades dadas por fideicomiso, como Jul. *dig* 42, D. 40,5,47,2, en donde Juliano insiste en que el pretor debe declarar la libertad que el fiduciario niega escondiéndose.

<sup>(22)</sup> Maec. 60 *fideic.* D. 40,5,36,2. *Nihil facit ad interpellandam iurisdictionem eius, qui de fideicommissa libertate cognoscit, privilegium cuiusque vel civitatis vel corporis vel officii, in quo quisque est, vel condicio personarum.*

<sup>(23)</sup> Paul. 4 *sent.* D. 32,4: *A patre vel domino relicto fideicommissum, si hereditas ei non quaeritur, ab emancipatio filio vel ser manumisso utilibus actionibus postulatur...*

<sup>(24)</sup> En C. 6,43,1 (*Just.* 529) se hace mención a la entrega de acciones reales y personales a legatarios y fideicomisarios.

él aparece la invocación a acciones que recuerdan el sistema formulario. En el mismo sentido se expresa D. 32,8 en donde se solicita la intervención del juez para decidir un fideicomiso. Este fragmento es aún más confuso, pues parece asimilar la actividad del pretor fideicomisario a la del pretor urbano, nombrando juez, salvo que la referencia al juez se refiera al propio pretor fideicomisario <sup>(25)</sup>. Para algún autor, como Arcaria <sup>(26)</sup>, este pretor podía actuar como juez, del mismo que lo hacía el pretor de *liberalibus causis*, de quien sí se dice expresamente en C. 1.39.1 <sup>(27)</sup> que podía actuar como juez, aunque nunca se hable de sentencia en los textos, sino de declaraciones o decretos que resolvían los litigios, al igual que sucedía con el pretor fideicomisario. De estos *responsa* dados por Paulo, en una época en la que la *extraordinaria cognitio* se debe de entender como implantada, se podrían extraer dos conclusiones. La primera, que los jueces de la *cognitio* habían asumido las funciones de los pretores fideicomisarios, conociendo de los procesos y dando acciones, o bien, una segunda, que conduce a pensar que el pretor fideicomisario actuaba como el pretor de *liberalibus causis*, con jurisdicción delegada del emperador y sus decretos eran consideradas como sentencias, aunque no se encuentra esta expresión en los textos justinianos que hacen referencia a su actividad. En la época de Justiniano toda la materia relativa a fideicomisos sería conocida y juzgada por los jueces ordinarios del emperador.

La conclusión de esta evolución fue que el fideicomiso se constituyó, incluso superando al legado, como el instrumento jurídico destructor de muchas expectativas jurídicas de herederos fiduciarios, gracias al amparo de estos nuevos magistrados. A pesar de lo expuesto tampoco hay que olvidar que la regulación legal dada a fideicomisos y legados acabó unificándose, como nos refiere Ulpiano <sup>(28)</sup> al señalar que *en todo fueron igualados los legados a los fideicomisos* <sup>(29)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> También aparece la referencia al nombramiento de juez competente en C. 6,54,5 (*Alex.* 224).

<sup>(26)</sup> F. ARCARIA, *Missio in possessionem e cognitio fideicommissaria*, *BIDR*, (1968), 245 ss.

<sup>(27)</sup> Vid. C. 1,39,1 (*Const.* 359).

<sup>(28)</sup> Ulp. 67 *ed.* D 30,1,1: *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*. En el mismo sentido Gai. 2,287.

<sup>(29)</sup> En el mismo sentido C. 6,243,2 (*Just.* 531) y *Paul 4 ad leg. Iul. et Pap.* D. 32,87. En *Inst.* 2,23,12 aún se evidencia que la unificación entre ambas figuras aún presentaba excepciones, al tener distinta forma de constituirse jurídicamente. Vid. P. F. GIRARD, *cit.*, 986. En el s. VI, el mismo Triboniano insta una constitución referida expresamente

Una vez realizada una breve referencia a la concepción que los propios romanos tenían de los fideicomisos y la protección de los mismos, y sin olvidar nunca la confrontación de intereses entre testador fideicomitente y heredero fideicomisario (incluimos aquí también a cualquier beneficiario de la herencia que hubiere de cumplir el fideicomiso), se plantean dos cuestiones importantes, como son el fuero competencial o lugar en donde se debía de reclamar la entrega de los bienes fideicomitidos y los magistrados competentes ante los que interponer la demanda.

### 3. FUERO COMPETENTE EN MATERIA DE RECLAMACIÓN DE FIDEICOMISOS

La primera cuestión nos viene contestada en la compilación justiniana, tanto en el Código como en el Digesto, al establecer que el fideicomiso se ha de reclamar en el lugar donde se halle la mayor parte de los bienes de la herencia, salvo que el testador hubiere establecido otro lugar para la entrega, siguiendo igual régimen que para los legados, como se desprende de forma expresa de los textos C. 3.17.1 y D. 5.1.50 *pr.*

C. 3,17,1 (*Sev. Ant.* 204)

Fideicommissum ibi petendum esse, ubi hereditas relicta est, dubitare non oportere.

*Ulp.* 6 *fideic.* D. 5,1,50 *pr.*

*Si fideicommissum ab aliquo petatur isque dicat alibi esse maiorem partem hereditatis, non erit ad praestationem compellendus: t ita multis constitutionibus cavetur, ut ubi petatur fideicommissum, ubi maior pars hereditatis est: nisi si probetur eo loco voluisse testatorem fideicommissum praestari, ubi petitur.*

Las soluciones antes expuestas podían llevar en ocasiones situaciones de injusticia, por ello, en el libro 5 del Digesto referido a los juicios y al lugar en donde cada cual deba demandar o ser demandado, se establecen una serie de excepcio-

---

a los fideicomisos, en la que establece un sistema especial para probar su existencia cuando no se puede demostrar ni por documentos ni por testigos. En este caso se ha de recurrir al juramento decisorio, de modo que el heredero fiduciario jure que nada oyó del testador en el sentido de tener que entregar fideicomiso parcial o total. Vid. *Inst.* 2,23,12. En similares términos C. 6,42,32 (*Just.* 531).

nes a estas reglas, como son la recogida en D. 5,1,52,3 <sup>(30)</sup>, que establece que el fideicomiso puede ser reclamado en el lugar en donde se hallen los bienes o derechos en que consiste el mismo, aunque allí no se encuentre la mayor parte de la herencia. No es la única excepción que a la regla general antes expresada encontramos en el Digesto justiniano. En D. 5,1,52,1 se hace mención al supuesto en que se dejen bonos de comida a libertos, o bien el fideicomiso se establezca a favor de *clarissimi viri*, prescribiéndose que el lugar para la reclamación será la ciudad de Roma. Como se observa, se realizó una regulación que favorecía la petición del fideicomisario, aunque también se permitió que pudiese ser demandado el fideicomiso en el lugar en donde el heredero tenía su domicilio, aunque en este caso con carácter excepcional <sup>(31)</sup>. La regulación legal expuesta sería suficiente para satisfacer las necesidades y protección del fideicomisario, pero aún mejoraría al unificarse las figuras de legados y fideicomisos. En efecto, como se recoge en D. 32,87 <sup>(32)</sup>, con la denominación de legados se comprendió también el fideicomiso y la donación por causa de muerte (ya antes había señalado Ulpiano que en todo fueron igualados los legados a los fideicomisos). De esta manera, entiendo que se mejoró la posición jurídica de los fideicomisarios pues, para los supuestos en que se establecían pensiones o entregas anuales, del tipo que fueren, y no se hubiese establecido el lugar en que habían de entregarse, podría haberse extendido la regulación ya prevista para los legados, pudiendo realizar su reclamación en cualquier lugar <sup>(33)</sup>.

#### 4. MAGISTRADOS COMPETENTES PARA CONOCER DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR EL FIDEICOMISARIO

La segunda cuestión planteada referida a los magistrados que habían de conocer de la demanda interpuesta por el fideicomisario a quien no le eran entregados los bienes o derechos que el testador había establecido en el testamento, se desprende de lo ya expuesto a lo largo de este trabajo. Poniendo en relación los textos citados de las instituciones justinianas, con el texto gayano y el fragmento de Pomponio se puede concluir que en Roma primero conoció el cónsul y después los pretores fideicomisarios, mientras que en las provincias lo hacían los gobernadores o *praesides* <sup>(34)</sup>. No hay referencia a otros magistrados que pudie-

<sup>(30)</sup> Ulp. 6 *fideic.* D. 5,1,52,3: *Si es res quae per fideicommissum relicta est eo loci sit, dicendum est non debere praescribi ei qui petit, quasi maior pars hereditatis alibi sit.*

<sup>(31)</sup> *Vid.* Ulp. 6 *fideic.* D. 5,1,50,2.

<sup>(32)</sup> Paul 4 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 32,87: *Et fideicommissum et mortis causa donatio appellatione legati continetur.*

<sup>(33)</sup> Pomp. 4 *ad Sab.* D. 33,1,1: *Per omnia exaequata sunt legata et fideicommissis.*



ran conocer de forma especial y en primera instancia de esta materia. Algún autor, como D'Ors <sup>(35)</sup> ha incluido en la relación de magistrados competentes a los Prefectos del Pretorio, como sustitutos de los pretores fideicomisarios quizás por las continuas consultas que realizaban a la cancillería imperial, pero no sabemos si estos rescriptos obedecen a una jurisdicción propia o a la necesidad de resolver asuntos llegados en apelación <sup>(36)</sup>.

De los estatutos municipales no parece deducirse que se excluyese esta materia en los asuntos de poca cuantía, pudiendo entenderse que, al no ser materia expresamente excluida de las competencias municipales <sup>(37)</sup>, y en tanto no superase la cuantía a autorizada, podría ser juzgada por los *dunviros*, aunque no se ha encontrado ningún fragmento o constitución ni a favor ni en contra de esta competencia municipal. Solo quedarían expresamente excluidos los fideicomisos en los que se manumitía esclavos, la *fideicommissaria libertas*, por entender que *libertas inaestimabilis res est* y excedería de cualquier autorización estatutaria.

## 5. CONCLUSIÓN

Podemos concluir, con las cautelas propias, que la tutela del cumplimiento de las cláusulas fideicomisarias debió tener un origen administrativo, siendo una de las primeras muestras de implantación del *ius novum*, deviniendo jurisdiccional dentro de la administración del princeps y su *extraordinaria cognitio*.

En Murcia, Enero de 2005

---

<sup>(34)</sup> Herm. *iur. epit.* 2, D. 1,18,10: *Ex omnibus causis, de quibus vel praefectus urbi vel praefectus pretorio item consules et praetores ceterique Romae cognoscunt, correctorum et praesidum provinciarum est notio.* En el mismo sentido Suet. *Claud.* 23,1.

<sup>(35)</sup> A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 373, n. 1.

<sup>(36)</sup> Vid. C. 6,43,1 (*Ant.* 212).

<sup>(37)</sup> Sobre competencias municipales *vid.* A. D'ORS y J. D'ORS, *Lex Irnitana (Texto bilingüe)*, Santiago de Compostela, 1988, 66 ss.

