

UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA TRANSMISIÓN FIDUCIARIA EN SITUACIONES DE RIESGO O PELIGRO DE MUERTE

GEMA TOMÁS

Universidad de Deusto. Bilbao

1. LA DONACIÓN ANTE SITUACIONES DE RIESGO O PELIGRO DE MUERTE

La situación en la que se encuentra una persona ante un riesgo inminente para su vida puede dar lugar a que realice una transmisión patrimonial a una persona de confianza, con el propósito de recuperar los bienes transferidos una vez superada la situación de peligro.

Para conseguir tal finalidad se acudió en Roma a la *donatio mortis causa*, cuyo perfil y estructura son complejos. Se trata de una figura muy estudiada por los romanistas sobre fuentes numerosas, bajo la sospecha, en varios casos, de haber sido interpolados, y en este sentido, de contro-

(1) Sobre la *donatio mortis causa* en Derecho romano es muy abundante la bibliografía existente. Tan sólo destacamos algunos de los trabajos específicos que han servido especialmente para la redacción de esta comunicación: F. SENN, *La forme originelle de la donatio mortis causa. L'aliénation fiduciaire "mortis causa"*, in *NRH*, 1913, núm. 37, 169-192, y *La forme la plus récente de la donatio mortis causa. Le pacte légitime de donation et le pacte contraire "si donator convalescerit. Cas d'application de l'action réelle*, in *NRH*, 1913, núm. 37, 193-201; M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa in diritto romano*,

vertida interpretación ⁽¹⁾. No pretende esta comunicación ahondar en la construcción dogmática de la misma, por otro lado ya muy abundante, sino resaltar la utilización de este mecanismo jurídico con especial acento en el empleo de la *fiducia*. Parece que en origen este propósito se cumplió a través de la *fiducia cum amico*, en la cual se transmite la propiedad junto con un acuerdo adicional por el cual quien recibe el bien se compromete a devolverlo superada la situación de riesgo. La desaparición de la *fiducia* en época postclásica y su supresión de los textos clásicos por parte de los compiladores justinianos ha hecho muy difícil detectar la presencia fiduciaria y es un asunto que descansa en la sombra de la disquisición y de la interpolación textual.

Curiosamente, cuando renace la *fiducia* en los Derechos europeos de finales del siglo XIX por mor de la Pandectística y se introduce en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, como el español, se acude con el mismo fin: salvar bienes patrimoniales del riesgo de muerte y de posibles confiscaciones.

Hecho este planteamiento, comenzamos por presentar algunos de los pasajes que reflejan el recurso a la donación en situaciones de riesgo:

El Digesto encabeza el título sexto del libro 39, dedicado a las *donationes mortis causa*, con un fragmento del jurista Marciano que alude a un

Milano, 1953; R. YARON, *Some remarks on Donatio mortis causa*, in *RIDA*, 1956, núm. 3, 493-512; F. CASAVOLA, *Lex Cincia*, Napoli, 1960; S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, Napoli, 1969, *Ibidem*, *Ancora la donatio mortis causa*, in *LABEO*, 1961, 94-105, e *Ibidem*, *Sulla struttura della donatio mortis causa*, in *Studi di Francisci*, Milano, 1956, 159-208 (en adelante las referencias a este autor se entenderán hechas a la primera obra de las citadas); H. ANKUM, *Donations in contemplation of death between husband and wife in classical roman law*, in *INDEX*, 1994, núm. 22, 635-656. En la romanística española destaca el artículo de A. D'ORS, *Donatio mortis causa, inter virum et uxorem, persona sui iuris interposita. Una exégesis de D. 24,1,11,7-8*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, Milano, 1971, 471-483, y las recientes obras de C. TORT-MARTORELL LLABRÉS, *La revocación de la donatio mortis causa en el Derecho romano clásico*, Madrid, 2003, y E. RODRÍGUEZ DÍAZ, *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el derecho romano*, Oviedo, 2000. También puede citarse la obra recopilatoria de J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, que reúne artículos tanto de Derecho moderno como de Derecho histórico publicadas en diversas fechas, en concreto sobre la donación mortis causa en Derecho romano, ver pp. 19-45. Asimismo en derecho romano vulgar: F. SAMPERE POLO, *Las disposiciones mortis causa en el derecho romano vulgar*, in *AHDE*, 1968, núm. 38, 87-227 (especialmente sobre *donationes mortis causa*, ver pp. 141-148).

supuesto en el que precisamente el donante se encuentra en un grave peligro de muerte ⁽²⁾:

D. 39,6,1 (Marcianus, 9 *Inst*): *Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum qui donat quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.*

Viene a decir que hay *donación mortis causa* cuando el donante prefiere tener la cosa para sí antes de que la tenga el donatario y le prefiere a éste antes que a su heredero. Alude a continuación a la donación descrita en la Odissea de Homero que Telémaco hizo a Pireo ⁽³⁾. Telémaco, ante el miedo de morir en el enfrentamiento con los pretendientes de su madre Penélope, en su voluntad de expulsarles de palacio, prefiere que se quede su amigo Pireo con los regalos que le ha otorgado el rey de Esparta, Menelao, que están en su casa. Si sobrevive a esa situación, desea que se los devuelva ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Sólo en este título 6 del libro 39, se contienen 44 fragmentos. Respecto a las *donationes inter virum et uxorem*, el título 24 del Digesto contiene 67 fragmentos. Sin contar los pasajes dispersos en el Digesto y en el resto de la Compilación justiniana. Véase el recuento que sobre las fuentes jurídico romanas relativas a las *donationes mortis causa* lleva a cabo TORT-MARTORELL, *op. cit.*, 52-53.

⁽³⁾ Acerca de la presencia de esta obra en los textos jurídicos romanos, ver: T. MAYER-MALY, *Homer in Römischen Rechtstexten*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, LXXII, 2004, 231-242. Como dice este autor los juristas romanos eran hombres cultos, para quienes Homero era una autoridad, pero no tanto una fuente de Derecho, concepto que por otra parte era probablemente ajeno a ellos. Este autor niega valor a la afirmación de DI PAOLA (cit., 120 nota 36) acerca de que la referencia a Homero carecía de valor jurídico, sino la tendencia a encontrar las referencias más antiguas para determinar su origen. Considera más acertada la opinión de F. STELLA MARANCA, *Omero nelle Pandette*, in *Bullettino dell Istituto di diritto romano*, 35 (1927), 1-53, en el sentido de que aunque en tiempos de Homero no hubiese *donationes mortis causa*, estaba ya en él la base psicológica de la misma (cit., 238). La idea de que en Derecho griego existió la donación que podía hacer una persona en situaciones de peligro inminente no con la intención de despojarse de forma definitiva de los bienes sino para el caso de no sobrevivir al riesgo contemplado en cada caso aparece también en E. CAILLEMER, "Donatio. Grèce", *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments*, t. II, 1, Paris, 1892, 382-383. El autor refiere, además del de la Odissea, una donación *mortis causa* de ciertas liberalidades de la que habla Demóstenes, referente a la que una persona hace a un amigo bajo esta condición (C. Callipum, & 23, R. 1242).

⁽⁴⁾ *Odissea* XVII, 73-83, ed. y trad. Jose Luis Calvo, 9.^a ed., 1998.

La misma idea de *donatio mortis causa* aparece también en las Instituciones de Justiniano:

I. 2,7,1: [...] *Et in summa mortis causa donatio est, quum magis se quis velit habere, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.*

Y en este caso, las Instituciones transcriben a continuación las palabras griegas del fragmento de la Odisea de Homero, que se omiten en el Digesto, y que aluden al citado pasaje de la donación de Telémaco.

La reiterada idea de que el donante prefiere tener la cosa para sí antes de que la tenga el donatario y le prefiere a éste antes que a su heredero, debió de estar extendida en el pensamiento romano y así lo demuestra el siguiente fragmento del Digesto ⁽⁵⁾:

D. 39,6, 35,2 (Paul, 6 *ad leg Iul. et Pap*): [...]: *Et hoc est, quare vulgo dicatur: "se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum".*

El peligro queda en estos pasajes expresado de una manera implícita a través de esa alusión a la donación de Telémaco, que permite poner de relieve la provisionalidad de la *donatio mortis causa*, pensada para situaciones de incertidumbre, de peligro objetivo. Pero más adelante, en ese mismo título del Digesto se mencionan de forma casuística cuáles son esos peligros:

D. 39, 6, 3 (Paul, 7 *ad Sab*): *Mortis causa donare licet non tantum infirmae valetudinis causa, sed periculi etiam propinqua mortis vel ab hoste vel a praedonibus vel ab hominis potentis crudelitate aut odio aut navigationis ineundae.*

D. 39, 6, 4 (Gai, 1 *res cott sive aureorum*): *aut per insidiosa loca iturus.*

D. 39, 6,5 (Paul, 7 *Sab*): *aut aetate fessus.*

⁽⁵⁾ Apunta TORT-MARTORELL, *op. cit.*, 10-11, la frecuencia en el lenguaje jurídico y popular de esta idea y aparece en la *Lex Romana Visigothorum*, en la *interpretatio* a un fragmento a las *Sententiae* de Paulo (Int. P. 2,24,6: *illum agrum, aut illam domum te malo habere quam me aut meos heredes*, véase G. HAENEL, *Lex Romana Visigothorum*, Aalen, 1962, 371). Sobre este texto cfr. SAMPER POLO, *op. cit.*, 143 ss.

Por lo tanto, como dice el fragmento siguiente:

D. 39,6,6 (Paul, 7 Sab): *haec enim omnia instans periculum demonstrant.*

También en las *Pauli Sententiae* aparecen dos fragmentos de interés:

Paul. Sent. 2,23,1: *Mortis causa donatio est, quae impendentis metu mortis fit, ut ortu valetudinis peregrinationis navigationis vel belli* (6).

Paul. Sent. 3,7,1: *Mortis causa donat qui ad bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes remaneat cui donavit.*

No parece que la enumeración de todas estas posibles razones (miedo de represión política, viaje peligroso, como podían ser los relacionados con la navegación, situación bélica, o la edad avanzada) fueran *numerus clausus*, pero sí parece que debía tratarse de circunstancias objetivas que entrañasen un peligro real e inminente. Si bien quizás fuera una excepción la referencia a la edad, pero tiene sentido en cuanto incluso en este caso se contempla también la muerte como término de la vida, en este caso, fijado inevitablemente por la Naturaleza (7). Eso es lo esencial y lo que parece deducirse de las fuentes clásicas acerca de lo que entendieron por peligro inminente (*instans periculum*) en su significado jurídico (8). En definitiva, debe existir una circunstancia objetiva que actúa como causa del negocio, y no un mero motivo subjetivo.

La donación de la que hablamos implicaba una transferencia inmediata de la propiedad a la persona del donatario, que dadas las características, sería normalmente una persona de confianza, para que una vez superada la situación de peligro, el donante pudiera recuperar lo donado. El donatario debía por lo tanto restituir en tal caso, y si ha fallecido, los herederos eran los obligados. Además de esta causa de revocación de la donación, lo era también, como es lógico, la premoriencia del donatario. Esas son las dos únicas situa-

(6) Resulta curioso que este fragmento se halla bajo el epígrafe: *De donationibus inter virum et uxorem.*

(7) SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, III, trad. MESÍA y POLEY, 2.^a ed., Madrid, 1924, 162 (sobre las *donationes mortis causa*, ver pp. 162-171).

(8) Incide sobre el carácter nuclear del peligro: YARON, *op. cit.*, 505.

ciones objetivas que legitiman al donante para recuperar los bienes objeto de transferencia.

Si el donante no fallece, la donación carece de causa y justifica la revocación. No cabe una revocación libre, no era posible el arrepentimiento. Si escapaba del peligro, no cabía renunciar a la revocación, si tal posibilidad se hubiese establecido la donación no sería en rigor una donación *mortis causa*, sería una donación ordinaria ⁽⁹⁾.

Esta donación fue probablemente la primera en aparecer en el Derecho romano ⁽¹⁰⁾. A veces se la denomina con el nombre de “homérica” (aunque en la relatada por Homero no era necesario un traslado posesorio de los bienes porque éstos ya estaban en poder de Pireo). Suele datarse entre el siglo II y I a.C. el momento en el que la *donatio mortis causa* parece configurarse ya como institución bien definida y desde entonces va evolucionando de forma progresiva hasta llegar a la época justiniana ⁽¹¹⁾. Y además de ser la más antigua, debieron ser frecuentes las donaciones de este tipo, a juzgar por el interés que le dedicaron los juristas romanos. No es la única donación *mortis causa* que existió en la época clásica, pero la mayor parte de los textos de la Compilación se refieren a ésta, que tiene una eficacia inmediata de transmisión de propiedad ⁽¹²⁾. Y desde luego, es una donación

⁽⁹⁾ DI PAOLA, *op. cit.*, 57 ss., y AMELOTTI, *op. cit.*, 40 ss.

⁽¹⁰⁾ U. ROBBE, *Diritto ereditario romano*, Napoli, 1965, 89-95, cree que la *donatio mortis causa* se hallaba ya configurada hacia el siglo III a.C. Por su parte, AMELOTTI, *op. cit.*, 57 ss., la sitúa entre los siglos II y I a.C. ligándola a la *fiducia cum amico*; por su parte DI PAOLA, *op. cit.*, p. 110, considera que hacia mitad del siglo II a.C. pudo aplicarse la *condictio* para que el donante que escapara del peligro pudiera recuperar lo donado.

⁽¹¹⁾ Parece que esta donación experimenta un gran auge con la los límites impuestos a los legados en la Lex Falcidia y con las leges caducarias de Augusto y en un intento de obviar las limitaciones que imponían estas normas (ver TORT, *op. cit.*, p. 36). La Lex Cincia por el contrario es anterior (204 a.C.) y no parece que tuviera una influencia directa sobre las *donationes mortis causa* según el estudio realizado por CASAVOLA, cit.

⁽¹²⁾ Hay otros tipos de donaciones *mortis causa* como aquella cuya eficacia real de transmisión de propiedad queda diferida al momento de la muerte del donante, es decir, está suspensivamente condicionada a la muerte del donante y entre tanto sólo genera un traspaso posesorio (suele decirse que este tipo de donación se utilizó en la época clásica entre cónyuges para eludir la prohibición de donaciones entre ambos, ver ANKUM, *op. cit.*). Otras clases son la donación promisorio y liberatorio, ambas poco frecuentes pero al parecer también existentes en el periodo clásico. Por último, la discutida *donatio sola cogitatione mortalitatis*, aquella liberalidad que hace una persona ante el hecho de su muerte, sin que exista un peligro objetivo ni cierto. Sobre esta última donación ver el estudio de

mortis causa, por cuanto es una liberalidad hecha en atención a la muerte, considerada de modo objetivo ⁽¹³⁾.

2. REFLEJO LITERARIO DE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD PARA SALVARLA DE UN PELIGRO

Este tipo de liberalidades tendentes a poner a salvo ciertos bienes en situaciones que se vislumbran peligrosas, pero dejando la puerta abierta a su recuperación posterior, aparecen en varios textos literarios. Destaca por su claridad un texto del filósofo Severinus Boethius (470-524) en el comentario a la Tópica de Cicerón:

Boethius, ex l. 4 *ad Ciceronis Topica* 10,41: *Fiduciam accepit, cui-cumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet; veluit, si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipiet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi "fides" interponitur* ⁽¹⁴⁾.

Este texto es citado por Amelotti en su estudio sobre "La *donatio mortis causa* in diritto romano" y pone de relieve la existencia de estas transmisiones celebradas en tiempos difíciles ⁽¹⁵⁾ y es citado también por Arangio-Ruiz, en sus "Instituciones de Derecho romano". Para este autor el pasaje de Boecio es revelador de la práctica de este tipo de transmisiones que buscaban poner a salvo el patrimonio en situaciones políticamente delicadas ⁽¹⁶⁾. A su juicio, aunque la expresión *potentior* podría hacer pensar en las relacio-

R. YARON, *Donatio sola cogitatione mortalitatis*, in *RIDA*, 1966, núm. 13, 369-375, quien sostiene que esta donación es de época postclásica. En contra RODRÍGUEZ DÍAZ, *op. cit.*, 103, que piensa que no debe ser necesariamente postclásica o justiniana, máxime cuando se trata de un concepto repetido por la jurisprudencia clásica como consta por Juliano en D. 39,6,2.

⁽¹³⁾ Presupuestos imprescindibles a juicio de VALLET, *op. cit.*, 22, y a diferencia de la *donatio cogitatione mortalitatis*.

⁽¹⁴⁾ Ver Boethius in *Ciceronis Topica* en C. G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, II, Tubingae, 1909, 74.

⁽¹⁵⁾ AMELOTTI, *op. cit.*, 60 (nota 27) y 63.

⁽¹⁶⁾ ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, trad. de la 10.^a ed. it. por J. M. Caramés, Buenos Aires, 1986, 344 (sobre *donationes mortis causa* ver pp. 658-659).

nes de *patrocinium* que se acostumbró a constituir durante la crisis económica del Bajo Imperio, apunta como más probable que el autor se refiriese más bien al tiempo de las guerras civiles (17).

Amelotti también apunta otro texto literario que refleja la donación a través de la enajenación fiduciaria (18). Se trata de un fragmento de Tito Livio:

Liv, 32,38,1-2: *Philippus, cum acie decernendum videret et undique ad se contrahendas vires, maxime de Achaiae urbibus, regionis ab se diversae, et magis tamem de Argis quam de Corintho sollicitus, optimum ratus Nabidi eam Lacedaemoniorum tyranno velut fiduciarium dare, ut victori sibi restitueret, si quid adversi accidisset, ipse haberet, Philocli, qui Corintho Argisque praeerat, scribit, ut tyrannum ipse conveniret* (19).

3. LA *DONATIO MORTIS CAUSA* A TRAVÉS DEL MECANISMO FIDUCIARIO (*FIDUCIA CUM AMICO*)

Curiosamente en ambos textos literarios aparece la palabra *fiducia* y uno de los principales puntos de debate en torno a la *donatio mortis causa* ha consistido en saber cuál fue el negocio a través del cual se llevó a cabo en origen. Esto es, cómo se producía la transferencia dominical con eficacia real inmediata al donatario, pero con el derecho a recuperarla si se dan las circunstancias antes mencionadas (el donante supera el peligro o el donatario premuere). Estamos ante uno de los temas más debatidos.

No hay duda de que esta donación *mortis causa* no fue en principio un negocio jurídico autónomo y único, sino que la *causa donationis* se hizo efectiva a través de diversos negocios jurídicos (20). En su origen arcaico hay

(17) ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, dice que a la *fiducia* “debió haberse recurrido en los periodos más turbios de la historia de Roma, para salvar los propios bienes de las proscripciones o del pillaje, confiándolos a personas cuya posición social o política ofreciese mayores garantías de inmunidad”.

(18) AMELOTI, *op. cit.*, 103 (nota 29).

(19) Puede verse en Col. Belles Lettres, T. XXII, Paris, 1927 o bien en ed. Gredos, XXXI-XXXV, trad. J. A. VILLAR VIDAL, Madrid, 1993.

(20) Por todos, citamos la reciente obra de TORT, *op. cit.*, 33-76, que recoge y sistematiza de forma clara y estructura toda la doctrina anterior, con el objeto de encontrar una explicación a la revocación de la donación *mortis causa*. Para RODRÍGUEZ DÍAZ,

unanimidad por parte de la doctrina, en lo que no hay acuerdo es sobre cuál fue la vía jurídica para llevarla a cabo. Cuestión que está directamente relacionada con la vía que aparece mencionada en la Compilación para exigir la restitución de lo donado por parte del donante ⁽²¹⁾.

La mayor parte de los estudiosos del tema apuntan a que en un principio se acudió a la *fiducia cum amico* que, entre otros fines conocidos, sirvió para hacer donaciones en situaciones de peligro inminente. Como en derecho clásico no operaba la condición resolutoria, dado que se entendía que no podía someterse un derecho absoluto como la propiedad a un límite temporal, se hacía imprescindible la existencia de una combinación de actos jurídicos para que fuera posible la restitución: *mancipatio* o *in iure cessio*, a los que se añadía un *pactum fiduciae* o bien una *stipulatio*, y tratándose de *res nec mancipi*, cuya transmisión procedería por *traditio*, se combinaría con una *stipulatio*. Sin perjuicio de que después fuera evolucionando hasta ser un negocio único con *causa donationis*, algo que probablemente no se produjo hasta el siglo II o I a.C.

Desde principios del siglo XX esta idea es defendida por parte de la romanística que sostiene la utilización originaria de la *fiducia cum amico* para obtener un fin de liberalidad. En este sentido se pronunció especialmente Felix Senn ⁽²²⁾. Posteriormente, esta idea se articula de forma más exhaustiva en la obra de Amelotti en los años 50, que sostiene que la *fiducia* fue el medio para llevar a cabo la *donatio mortis causa* a la que nos referimos y fue el primero de los instrumentos para hacerlo efectivo. Junto con el *pactum fiduciae*, se utilizó después la *stipulatio*, y tras un tiempo en el que la jurisprudencia había trabajado sobre esta figura jurídica aparece la *donatio* como tal, esto es, como

op. cit., 47 y 191 ss., considera que en la etapa justiniana la donación, excepcionados los requisitos formales exigidos, nace por medio de pacto y se cuestiona su naturaleza contractualista. En todo caso, su esencia es la de *título*, como acto obligacional que crea el deber de entregar lo donado mediante *traditio* a favor del donatario.

⁽²¹⁾ Sobre esta idea hay acuerdo, aunque se discrepe sobre cuál fue la forma originaria que adoptó la *donatio mortis causa*: En este sentido pueden citarse a AMELOTTI, *op. cit.*, 78, y DI PAOLA, *op. cit.*, 119, como exponentes de las tesis más controvertidas acerca del origen fiduciario de la donación *mortis causa*.

⁽²²⁾ Ambos enlazan la aparición de la *donatio mortis causa* a través de la *fiducia cum amico* vinculándola a la *mancipatio familiae*. Ver SENN, “La forme originelle...” *op. cit.*, 169 ss. Este autor centra su tesis en el fragmento que considera más revelador D. 39,6,42, pr. Comparte esa idea SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, 1, Napoli, 1932, 247.

figura autónoma, algo que no ocurre hasta el siglo II o I a.C (23). Parece que a partir de entonces comienza a ser concebida como *datio ob rem*. Esta tesis que postula la necesidad de que en origen fueran necesarios dos negocios, uno para la transmisión y otro para asegurar la restitución, algo que todavía acontecería en la época clásica, es compartida por autores, desde Savigny (24), hasta Arangio-Ruiz (25), Voci (26) o Ankum (27).

No obstante, en los textos jurídicos no hay ninguna referencia a la necesidad de dos negocios, uno para producir la transferencia de la propiedad y otro para asegurar la restitución (28). A pesar de que los hay literarios, como el texto de Boecio, antes visto, escrito en un tiempo en el que como bien recuerda Amelotti, de la *fiducia* sólo quedaría ya el recuerdo porque ciertamente el filósofo vivió entre los siglos V y VI después de nuestra era (29) y el de Livio, que también alude a la *fiducia*.

Por ello, diferentes autores, destaquemos a Di Paola, principalmente, entendió que si son necesarios dos negocios entonces no hay propiamente

(23) AMELOTTI, *op. cit.*, 102 ss.

(24) En opinión de SAVIGNY, *op. cit.*, 165, en el antiguo derecho podía emplearse la *mancipatio*, pues si bien no podía ser ésta condicional referente a la restitución de la cosa, bien por la *fiducia* o bien por *stipulatio* bien por simple declaración de voluntad, porque ésta sola basta para poder ejercitar después la *condictio*.

(25) ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, 658, considera que el medio que en derecho clásico es preferido para la donación *mortis causa* es la transmisión fiduciaria de la cosa a quien se quiere beneficiar: la propiedad es adquirida inmediatamente por el donatario pero con la inteligencia de que debe volver al transmitente si sobre vive al peligro con ocasión del cual se ha realizado el acto.

Y en caso de incumplimiento por parte del adquirente ello se garantiza mediante la *actio fiduciae*. Otras veces la transmisión de *res Mancipi* se hacía no por *mancipatio* o *in iure cessio*, sino por simple *traditio*, quedando el donante como propietario, libre de reivindicar si superaba el peligro. Mientras que contra el heredero del donante, que después de la muerte de éste, quisiera reivindicar, el donatario tendría una *exceptio*.

También en tercer lugar, la donación *mortis causa* puede hacerse mediante una estipulación sujeta al término *cum morieris*.

(26) P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963, 448 ss.

(27) ANKUM, *op. cit.*, 638.

(28) Sobre la *fiducia* como *donatio mortis causa*, véase el estudio en materia de *fiducia* llevados a cabo por B. NOORDRAVEN, *Die Fiducia im Römischen Recht*, Amsterdam, 1999, en concreto pp. 90-108, quien destaca el fragmento de *Cic. Topica* 10, 42 en el que expresamente se alude a la *fiducia*. Pero no el 10,41, objeto de comentario por Boecio en este aspecto. Así mismo W. ERBE, *Die Fiducia im Römischen Recht*, Weimar, 1940, 129-134.

donación *mortis causa* ⁽³⁰⁾. La transferencia se haría más bien a través de una *datio ob rem* y si el peligro se superaba, la *datio* quedaba privada de causa y entonces quedaba legitimado al donante para proceder a la recuperación del bien donado ejercitando la *condictio* ⁽³¹⁾. Ciertamente esa opinión encuentra el aval textual dado que en todos los pasajes que aluden a la revocación de la *donatio mortis causa* aparece la *condictio* ⁽³²⁾.

Esta tesis tiene sus seguidores ⁽³³⁾ y en todo caso, la desaparición en la época postclásica de la *fiducia* y la labor de los compiladores justinianos que borraron toda huella de la misma, como también aconteció con las referencias a la *mancipatio* y a la *in iure cessio*, que fueron suprimidas, convierte la cuestión en un tema de muy difícil solución ⁽³⁴⁾. Cuestión en la que no vamos a entrar en profundidad dado que ha sido ampliamente estudiada y discutida por la doctrina, muy dividida al respecto, como se ha dicho. Tan sólo presentamos a continuación dos de los textos que pudieran apuntar a la *fiducia cum amico*, como primer mecanismo para hacer efectiva la *donatio mortis causa* en los que pudiera verse la sombra del *pactum fiduciae*:

D. 39,6,42, pr. (Pap, 13 *Resp*): *Seia cum bonis suis "traditionibus" factis Titio cognato donationis causa cessisset, usum fructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertine-*

⁽²⁹⁾ AMELOTI, *op. cit.*, 60 (nota 27) y 63.

⁽³⁰⁾ DI PAOLA, *op. cit.*, 98-100. En su opinión, es difícil defender la tesis de Amelotti partiendo de la idea de que en las fuentes no existe ni un sólo apoyo textual.

⁽³¹⁾ DI PAOLA, *op. cit.*, 149 ss. Argumenta Di Paola, en contra de Amelotti (66-68) que la *fiducia* no tenía protección en época primitiva, y que esa es una razón para que no pudiera servir al fin de la *donatio mortis causa*. Algo que Amelotti niega por entender que la *fiducia* sí pudo estarlo a través de alguna de las tres *legis actiones* declarativas. DI PAOLA (*ibidem* y 27-28) relaciona el origen de la *donatio mortis causa* con la aparición de la *condictio*. Por su parte, ROBBE, *op. cit.*, 109-113, cree que actuaba una *datio*, no una *datio ob rem* porque prescinde del hecho, estaríamos ante una *datio* sin causa que hace surgir al donatario la obligación de restituir lo que le fue donado.

⁽³²⁾ Ver TORT-MARTORELL, *op. cit.*, 129-146, el análisis de todos los pasajes en los que se aparece la *condictio* como instrumento jurídico a servicio del donante para instar la revocación.

⁽³³⁾ Véase la recensión a la obra de DI PAOLA por KASER en *IURA*, 1951, 2, 243-253. También ROBBE, *op. cit.*, 96-99 y 108.

⁽³⁴⁾ Sugiere TORT-MARTORELL, *op. cit.*, 31, si acaso no fuera una cuestión tan evidente que existiera el *pactum fiduciae* o la *stipulatio* que los juristas romanos ni siquiera lo mencionaron, lo cierto es que no aparece ni la *actio ex stipulatu* ni tampoco la *actio fidu-*

rent. igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio [...] (35).

En sede de donaciones entre cónyuges a través de persona interpuesta, se ha planteado la cuestión en los mismos términos y puede mencionarse un pasaje del libro 24 a título de ejemplo:

D. 24,1,11,8 (Ulp, 32 *ad Sab*): *Si uxor rem Titio dederit, ut is marito mortis causa traderet eaque defuncta invitis heredibus eius Titius marito dederit, interest, utrum a muliere sit interpositus Titius an vero a marito cui donabatur: si a muliere interpositus est, obligabit se condictione [...] (36).*

Según Ankum, la mujer hizo una *mancipatio* fiduciaria a Ticio y éste respondía sobre las bases de la fiducia (*actio fiduciae*) (37). Ésa fue la acción ejercitada por los herederos contra Ticio, y no la *condictio* (38). En contra de esa interpretación se ha postulado Alvaro D'Ors para quien observa la relación pudo haber sido un mandato, en el sentido de que los compiladores frecuentemente reemplazaban la *actio fiduciae* por la *actio mandati*, pero nunca por la *condictio* (39).

Sólo se han mencionado dos textos de los muchos que han sido objeto de análisis y encendida discusión, pero es obligado además mencionar un tercer y último texto de Paulo:

D. 39,6,35,3 (Paul, 6 *ad leg. Iul et Pap*): *Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi:*

ciae en ninguno de los textos.

(35) Ver sobre este texto AMELOTTI, *op. cit.*, 106-108, VOCI, *op. cit.*, 448 y entre los últimos análisis del mismo RODRÍGUEZ DÍAZ, *op. cit.*, 130-138. En contra, DI PAOLA, *op. cit.*, 106. Otro texto que podría encontrarse en la misma línea es D. 39,5,18,2 (Ulp, 71 *ad ed*). Ver sobre este texto AMELOTTI, *op. cit.*, 122-125, y RODRÍGUEZ, *ibidem*.

(36) Interesa solamente la primera parte de ese fragmento en el que el jurista plantea la hipótesis de que el *interpositus* hubiera sido nombrado por la *uxor*. En la segunda parte, considera la posibilidad de que lo hubiera sido por el marido.

(37) ANKUM ha estudiado ampliamente las donaciones entre cónyuges a través de persona interpuesta, y ve en la utilización de una *interpositus* la ventaja de mantener la donación en secreto. Importante en un tiempo en que existía la prohibición (*op. cit.*, 646-647).

(38) Lo mismo opinan ERBE, *op. cit.*, 135, y VOCI, *op. cit.*, 462. Ver DI PAOLA, *op. cit.*, 132. También ANKUM (*op. cit.*, 649-650) da la misma interpretación a D. 24,1,4 (Jul, 17 *Dig*) y considera que la mujer en el caso reflejado ha llevado a cabo una *mancipatio* fiduciaria del fundo al que se refiere el texto y en virtud de esa *fiducia* queda obligado el heredero a constituir un usufructo.

nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucinius Titius, aut ut aliquid optingat, et in istis conditio sequitur.

A la vista de este pasaje, no puede descartarse que inicialmente hubiera sido necesario una *stipulatio* o un *pactum fiduciae*, y que fueran los sabinianos (seguidores de Casio, según el texto) quienes considerasen llegado un determinado momento que ya no fuera necesario ese pacto adicional. Hubieran configurado entonces la *donatio mortis causa* mediante una *datio ob rem*, de ahí que admitiesen el acudir a la *conditio* para proceder a la restitución. En este sentido, Amelotti apunta a que pudieron ser los sabinianos los partidarios de esta idea y que durante un tiempo coexistiera esta idea con el esquema originario de los dos negocios jurídicos característico de la *fiducia* ⁽⁴⁰⁾. La evolución de la donación en la época postclásica al fijar con Constantino una forma determinada para la donación, acabó transformándola en un negocio típico. Posteriormente con Justiniano se asienta sobre bases nuevas y se interpolan los textos clásicos.

Más allá de esta cuestión, no es objetivo de esta comunicación, el profundizar en este tema, que mantiene dividida a la romanística sobre la base de la crítica textual acerca del posible medio fiduciario al servicio de la liberalidad *mortis causa*. Ahora bien, llama la atención que cuando la *fiducia* vuelve a aparecer en el escenario jurídico merced a la labor pandectística ⁽⁴¹⁾ y penetra en los sistemas jurídicos modernos ⁽⁴²⁾, renace el recurso a la *fidu-*

⁽³⁹⁾ Ver D'ORS, *op. cit.*, 478.

⁽⁴⁰⁾ AMELOTI, *op. cit.*, 141-144.

⁽⁴¹⁾ Se atribuye a F. REGELSBERGER la utilización de la expresión *fiduziarisches Rechtsgeschäft* hacia 1880. Aparece en: *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, in *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 1880, núm. 63.

Véase F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971 (*Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil*, X, reimpr., 1991, 379-442). Con anterioridad, la Conferencia pronunciada el 14 de noviembre de 1966, bajo el título: *El negocio fiduciario. Estudio Crítico de la Teoría del doble efecto*, in *AAMN*, 1967, 8-39, básica para comprender la evolución en el entendimiento del negocio fiduciario en España, incluida en la obra recopilatoria *Estudios Jurídicos del Prof. Federico de Castro*, II, Madrid, 1997, 1045-1067.

⁽⁴²⁾ Ha de advertirse que la mayor parte de los Derechos modernos no han incorporado en sus textos legales una regulación expresa de la *fiducia* (ni *cum amico*, ni *cum creditore*), sin perjuicio de que sea una institución bien conocida que vive en la práctica

cia cum amico para proceder a transmitir bienes en situaciones de riesgo con la intención de recuperarlos una vez superado el peligro.

4. MUESTRA DE TRANSMISIONES FIDUCIARIAS EN SITUACIONES DE RIESGO DE MUERTE O CONFISCACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

Eso es algo que aconteció en el Derecho español, en el cual el negocio fiduciario aparece hacia los años 20 (cfr. la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 1922 ⁽⁴³⁾) y se va consolidando en los años siguientes. La primera sentencia del Tribunal Supremo se dicta el 23 de mayo de 1935 ⁽⁴⁴⁾, aunque no se empieza a hablar en la jurisprudencia de negocio fiduciario hasta los años 40 ⁽⁴⁵⁾.

Pues bien, precisamente en esos años, la Constitución de la Segunda República de 1931, contemplaba la posible nacionalización de los bienes de la Iglesia y de las Órdenes y Congregaciones Religiosas ⁽⁴⁶⁾. Ante el temor de éstas a perder su patrimonio por la persecución de bienes eclesiásticos que se consagró en la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas de 2 de junio de 1933 ⁽⁴⁷⁾, llevaron a cabo numerosas transmisiones patrimoniales fiduciarias a

jurídica, en la doctrina y en los tribunales. Es una excepción que merece ser destacada la del nuevo Código civil holandés (cfr. Burgerlijk Wetboek 3:84).

⁽⁴³⁾ Repertorio de Jurisprudencia Civil núm. 87/1922.

⁽⁴⁴⁾ Repertorio de Jurisprudencia Civil núm. 45/1922.

⁽⁴⁵⁾ Fue la sentencia de 25 de mayo de 1944 la primera que expresamente habla de negocio fiduciario (Repertorio Aranzadi 1944/88). Puede verse sobre el tema los trabajos de de S. CÁMARA LAPUENTE, *Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español*, en *RCDI*, 1999, 3, 1757-1865; *La fiducia de garantía en Navarra*, en *Revista Jurídica de Navarra*, 1992, XIV, 633-673, e *Idem* (coord.), “El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea”, en *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, 1147.

⁽⁴⁶⁾ El art. 26 de la Constitución de 1931 establecía que “quedan disueltas aquellas órdenes religiosas que estatutariamente impongan, además de los tres votos canónicos, otro especial de obediencia a autoridad distinta de la legítima del Estado. Sus bienes serán nacionalizados y afectados a fines benéficos y docentes”. Por lo que se refiere a las demás Órdenes religiosas se someterán a una ley especial votada por estas Cortes Constituyentes y ajustada a las siguientes bases” [...] entre las que se encontraba la “incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por persona interpuesta, más bienes que los que, previa justificación, se destinen a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos según la Base Tercera y la Base Sexta, que establecía que: “Los bienes de las órdenes religiosas podrán ser nacionalizados”.

terceras personas con el compromiso personal de que pasado el peligro de persecución política pudieran volver a recuperarlos ⁽⁴⁸⁾. Hubo tiempo de llevar a cabo esas transmisiones porque ni lo preceptuado en la Constitución de 1931 ni en la ley de 1933 se llevó a efecto de modo absoluto e inmediato ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Gaceta de Madrid de 3 de junio de 1933 (Repertorio Aranzadi 1933/775) derogada el 2 de febrero de 1939. Ver V. PALACIO ATARD, “La Segunda República y la Iglesia”, en *Cinco historias de la República y de la guerra*, Madrid, 1973, 39-60, y en *Diccionario de Historia eclesiástica de España*, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, II, Madrid, 1972, 1179-1184. Para el autor esa Ley de Congregaciones religiosas llevaba a extremas consecuencias las normas secularizadoras sobre bienes eclesiásticos previstas en el artículo 26 de la Constitución respecto a la nacionalización de los bienes eclesiásticos y la persecución directa contra personas y bienes eclesiásticos o de los creyentes (47-50). También puede verse: A. TORRES GUTIERREZ, *Iglesia y fisco en la historia*, Madrid, 2000, pp. 513 ss.; M. RAMIREZ JIMENEZ, *Los grupos de presión en la segunda República española*, Madrid, 1969, 195-261, e *Ibidem*, *Iglesia y Estado en la Constitución española de 1931. Una aproximación jurídico-parlamentaria*, en *Las reformas de la II República*, Madrid, 1977, 9-42; R. CARR, *Estudios sobre la República y la Guerra civil española*, trad. A. ABAD, Barcelona, 1973, 46.

⁽⁴⁸⁾ V. CÁRCEL ORTÍ, *La persecución religiosa en España durante la segunda república (1931-1939)*, 2.^a ed., Madrid, 1990, 88, afirma que algunos bienes se salvaron poniéndolos a nombre de sociedades civiles. Sobre el tema de Iglesia y la República del mismo autor pueden verse: *La gran persecución. España, 1931-1939 Historia de cómo intentaron aniquilar a la iglesia católica*, Barcelona, 2000; *Idem*, *Persecuciones religiosas y mártires del siglo XX*, Madrid, 2001, pp. 111-138, y la documentada obra citada A. Montero Moreno, *Historia de la persecución religiosa en España 1936-1939*, Madrid, 1961, 2.^a ed., Madrid, 1998, 748-749, recoge el Decreto de 21 de agosto de 1931 publicada en la Gaceta de Madrid: “Suspensión de la facultad de venta de bienes eclesiásticos”. En ella se afirma la hostilidad de determinados jefes supremos de la Iglesia que ha utilizado vías subrepticias y que han aconsejado en la esfera económica llevar a cabo “actos simulados” contrarios a toda ley civil y penal, y en virtud de ello se decreta:

“Artículo 1.º Desde la fecha de publicación de este decreto, queda suspendida la facultad de venta, enajenación y gravamen de los bienes muebles, inmuebles y derechos reales de la Iglesia, órdenes, institutos y casas religiosas, y, en general, de aquellos bienes que de algún modo estén adscritos al cumplimiento de fines religiosos.

Artículo 2.º Los notarios no autorizarán ningún instrumento público sobre los bienes antedichos, y los registradores de la Propiedad denegarán la inscripción de los correspondientes títulos [...]

Artículo 4.º El presente decreto no modifica las facultades dominicales y de administración que no quedan específicamente determinadas en su contexto.”

Acudieron en definitiva al mecanismo de la *fiducia cum amico*, motivados por la finalidad de salvar su bienes poniéndolos a nombre de otros ⁽⁵⁰⁾. Estas transferencias se hicieron en la mayor parte de los casos en documento público y se inscribieron en el Registro de la Propiedad. Finalizada la guerra civil, estas entidades religiosas reclamaron la restitución de sus bienes transmitidos fiduciariamente, pero no resultaba fácil. En muchos casos, las personas a quienes se había realizado la transmisión habían fallecido y los herederos no se avenían a la restitución. Tampoco facilitaba las cosas la propia incompreensión de las transmisiones fiduciarias en las que la eficacia real de la transmisión se conjugaba con una acción personal para conseguir la devolución.

Esta situación se abordó por varias leyes. En primer lugar, la Ley de 11 de julio de 1941 ⁽⁵¹⁾ y la Ley de 1 de enero 1942 ⁽⁵²⁾, que establecieron un procedimiento especial y sencillo, el de los incidentes, para rectificar las inscripciones hechas en el Registro de la Propiedad a nombre de los interpósitos o testaferros que hubieran desaparecido ⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ Hecho que expresamente quedó confirmado en el Decreto sobre Incautación de Edificios religiosos publicado en la Gaceta de Madrid el día 28 de julio de 1936, que ordenaba en el plazo de cinco días (art.1) la incautación de todos los edificios dedicados a la enseñanza (ver MONTERO, *op. cit.*, 756-757). En relación a la Compañía de Jesús, véase: A. VERDOY, *Los bienes de los jesuitas. Disolución e incautación de la Compañía de Jesús durante la Segunda República*, Madrid, 1995.

⁽⁵⁰⁾ Para DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., 414, eran claros ejemplos de *fiducia cum amico* y destaca la coincidencia con Boecio (“tempus dubium timens”).

⁽⁵¹⁾ Publicada en el B.O.E. de 25 de julio de 1941 (núm. 206) relativa a: “Inscripción de bienes en los Registros de la Propiedad que aparezcan y inscritos a nombre de personas interpuestas (Repertorio Legislación Aranzadi núm. 1295).

⁽⁵²⁾ Ley relativa a la declaración de propiedad y libre disposición de sus valores y bienes muebles (Repertorio Aranzadi 1942/57).

⁽⁵³⁾ En la exposición de motivos de la Ley de 11 de julio de 1941 refiere la persecución de que fue objeto la Iglesia en la etapa republicana, como razón de por qué las Instituciones, Órdenes y Congregaciones trataron de defender sus bienes con apariencia de legalidad que los pusieran al abrigo de las acechanzas sectarias: “Fue una de ellas harto frecuente la de inscribir sus Casas, Colegios y demás bienes inmuebles en los Registros de la Propiedad, al amparo y bajo el nombre de terceros, religiosos seculares, miembros muchas veces de la Orden o Comunidad a la que pertenecían [...] pero en el transcurso de los años [...] aquellas personas que por su condición religiosa fueron objeto preferido de sus odios, han ocasionado muertes y desapariciones de muchos interpósitos a cuyo nombre aparecen inscritos los bienes objeto de justa reivindicación. Ello supone la necesidad a veces multiplicada en cada caso, de expedientes judiciales, declaraciones de herederos, presun-

Años después, y probada la eficacia del trámite de los incidentes, el Decreto de 28 junio de 1962 lo extendió a toda persona natural que hubiera realizado una operación de este tipo a fin de que pudiera recuperar sus bienes o derechos. Literalmente dicho Decreto se titula: "Inscripción de bienes con personas interpuestas" (54). Destaca el preámbulo en el que expresamente se alude a "otras personas naturales en aquellos trances de persecución hubieron de acudir a determinados expedientes defensivos más o menos incluidos en los llamados negocios fiduciarios".

Estas normas pusieron de manifiesto que el fiduciario no podía consolidar una posición dominical y tanto él como sus herederos debían restituir los bienes, una vez superado el peligro que motivo la transmisión. Estos casos sirven de ejemplo:

- 1.º Del recurso a la *fiducia cum amico* en época moderna para poner a salvaguarda bienes patrimoniales ante una situación de peligro. La utilización de la *fiducia cum amico* implica el recurso de un mecanismo jurídico-inter vivos, en definitiva, al servicio de una función *mortis causa*. La existencia del pacto fiduciario de carácter meramente obligacional, en el que verdaderamente queda reflejado *inter partes* la verdadera causa de la transmisión dominical, presenta la ventaja a estos efectos de poder quedar secreto entre las partes y servir verdaderamente para colocar bienes y derechos a salvo de terceros, como son situaciones bélicas o de represión política en las que se teme una confiscación de bienes por parte del poder establecido (55).
- 2.º De la visión que el legislador plasmó en estas normas acerca de las transmisiones fiduciarias, en las que el fiduciario no se convierte en propietario definitivo, sino que su adquisición está conectada con el peligro que la motivó, y por tanto está obligado a su devolución, y en caso de muerte, lo están sus herederos. Es la primera y única vez

ciones de ausencia, etc..., sin contar con los supuestos en que el egoísmo o la malicia de cualquiera de los herederos dificulta la justicia de la restitución obligando a los legítimos dueños al azar de pleitos interminables [...] Injusticia aún más escandalosa si se tiene en cuenta que muchos de los reclamantes no pedieron la posesión real de esos bienes, cuya conservación y pago de contribuciones y arbitrios corrieron a cuenta de sus comprometido patrimonio".

(54) B.O.E. de 6 de julio de 1962 (núm. 161).

(55) Decía VALLET, cit., 162, que el paralelo más perfecto entre aquellas *donationes mortis causa* romanas hechas a través de la *fiducia cum amico* son las actuales ventas

en que el legislador español se ha pronunciado sobre la *fiducia*, si bien como dijo Federico De Castro, estas normas no tenían ninguna pretensión dogmática, sino de justicia material ante la evidencia de la situación de peligro que había inducido a numerosas transmisiones de bienes eclesiásticos a favor de interpósitos, testaferros, y en suma, hombres de confianza.