

4.3. Chile

ROSARIO DE CASTRO CAMERO
Universidad de Sevilla

LA RECEPCIÓN DEL FIDEICOMISO ROMANO EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO¹

SUMARIO: I. EL FIDEICOMISO EN ROMA; II. EL FIDEICOMISO EN LOS DISTINTOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL CHILENO TRAS SU INDEPENDENCIA EN 1818: A) El proyecto atribuido a Egaña; B) El proyecto de 1841-45; C) El proyecto de 1846; D) El proyecto de 1853; E) El proyecto inédito; III. EL CÓDIGO CIVIL DE 1855; IV. CONCLUSIONES.

La definición de propiedad fiduciaria que da el art. 733, el contenido del encargo que debe cumplir el albacea fiduciario según el art. 1311 y las facultades que se atribuyen al propietario fiduciario en el art. 760 coinciden -en esencia- con tres de las modalidades de fideicomiso que el Derecho romano clásico ya conoció. Nos estamos refiriendo a la sustitución fideicomisaria, al fideicomiso tácito y al fideicomiso de residuo.

Art. 733 CC Chileno: Se llama "propiedad fiduciaria" a la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama "fideicomiso".

Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria.

La translación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama "restitución".

¹ Abreviaturas: 1) D. = T. MOMMSEN-P. KRUEGER, *Digesta*, en *Corpus iuris civilis* I, 24. Auflage. Nachdruck der 17. Auflage [Berlin 1963] (Hildesheim 1988); 2) L. CLARO-SOLAR, *Explicaciones de Derecho civil* IV (1993) = *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado* IV. De los bienes, (Santiago 1992); 3) L. CLARO-SOLAR, *Explicaciones de Derecho civil* VII (1993) = *Explicaciones de Derecho civil chileno comparado* VII. De la sucesión (Santiago 1970); 4) Gai. = P. KRUEGER-G. STUEDEMUND, *Gai institutiones* (Berolini apud Weidmannos 1923); 5) A. GUZMAN, en AAVV., *Primer Proyecto de Código civil* (1978) = *Primer Proyecto de Código civil de Chile. El "Proyecto no completo de un Código civil para Chile escrito por el Señor D. Mariano Egaña"* (Santiago 1978); 6) J. IGLESIAS, *Derecho romano* (1987) = *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, 2a. reimpression de la 9a. ed. (Barcelona 1987); 7) M. KASER, DRP, I (1955) = *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München 1955); 8) M. KASER, DRP, II (1955) = *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt. Die nachklassische Entwicklungen* (München 1955); 9) VIR. II = O. GRADENWITZ-B. KUEBLER-E. SHULZE, *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* II (Berolini 1933); 10) NND = *Novissimo Digesto italiano*; 11) IJ. = T. MOMMSEN-P. KRUEGER, *Institutiones* en *Corpus iuris civilis* I, 24. Auflage. Nachdruck der 17. Auflage [Berlin 1963] (Hildesheim 1988); 12) Ulp. reg. = P. KRUEGER, *Ulpiani liber singularis regularum* (Berolini apud Weidmannos 1878); 13) Sz. = *Zeitschrift der Savigny Stiftung*.

Art. 1311 CC Chileno: El testador puede hacer encargos secretos al heredero, a el albacea, y a cualquiera otra persona, para que se invierta en uno o más objetos lícitos una cuantía de bienes de que se pueda disponer libremente.

El encargado de ejecutarlos se llama "albacea fiduciario".

Art. 760 CC Chileno: Si por la constitución del fideicomiso se concede expresamente el derecho de gozar de la propiedad a su arbitrio, no será responsable de ningún deterioro.

Si se le concede, además, la libre disposición de la propiedad, el fideicomisario tendrá sólo el derecho de reclamar lo que exista al tiempo de la restitución.

I. EL FIDEICOMISO EN ROMA

El Derecho romano denominaba *fideicommissum* al encargo hecho por una persona (fideicomitente) a otra (fiduciario), que le ha de suceder tras su muerte, consistente en la restitución de la herencia -en su totalidad o en parte- a una tercera persona (fideicomisario), a la que se pretende beneficiar. Originariamente, su finalidad era hacer posible que personas incapaces de recibir una herencia o legado pudieran adquirir los bienes con los que el causante quería favorecerlos²:

Gai., 2,285: *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere; et fere haec fuit origo fideicommissorum: sed postea id prohibitum est, et nunc ex oratione diui Hadriani senatus consultum factum est, ut ea fideicommissa fisco uindicarentur.*

Ulp. reg 25,8-10: *Fideicommissum et ante heredis institutionem et post mortem heredis et codicillis etiam non confirmatis testamento dari potest, licet legari ita non possit. Item Graece fideicommissum scriptum ualet, licet legatum Graece scriptum non ualeat. Filio qui in potestate est seruoue heredibus institutis, seu his legatum sit, patris uel domini fidei committi potest, quamuis ab eo legari non possit.*

Los sujetos que intervienen en esta relación son tres³: el fideicomitente (o persona que hace el encargo), el fiduciario (o persona que debe cumplirlo) y el fideicomisario (que es el beneficiario del mismo).

Una de las características del fideicomiso consistía en que no exigía especiales requisitos de forma, lo cual permitía que el encargo pudiera hacerse por testamento - con lo cual era absolutamente necesario que el causante tuviera *testamenti factio activa* y que instituyera un heredero de forma que el testamento no fuera nulo (I.2,23,2; Gai. 2,248)- o por medio de codicilo, que no exigía ninguna formalidad

² D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1989, p. 378; FERRINI, C., *Teoria generale dei legati e dei fideicommissi*, Roma, 1976, p. 33; MURILLO VILLAR, A., *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano*, Valladolid, 1989, p. 22 y 29; JOHNSTON, D., *The roman law of trust*, Oxford, 1988, p. 9.

³ FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J., *Fundamentos de Derecho privado*, Madrid, 1993, p. 480; MURILLO VILLAR, *El fideicomiso...*, *op.cit.*, p. 20.

(I.2,25,3), como sucedió en el caso de Lucio Lentulo, quien en un codicilo encargó a Augusto el cumplimiento de un fideicomiso (I.2,25,pr.)⁴. Fiduciario puede ser el heredero testamentario (I.2,23,2), los herederos por derecho legítimo o pretorio (I.2,23,10), un legatario o incluso un fideicomisario (I.2,24,1; *Gai.* 2,260; *Gai.* 2,271)⁵. Tras la restitución, el heredero seguirá siendolo (I.2,23,3; *Gai.* 2,251), y el fideicomisario ocupará la posición de un comprador de la herencia *-hereditatis emptor-* (*Gai.* 2,252); si bien, después del senadoconsulto Trebeliano, su situación se asimilará a la del heredero o a la de un legatario (I.2,23,3; *Gai.* 2,253)⁶.

⁴ I.2,23,2: *In primis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis recto iure testamento heres instituitur eiusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat: aliquin inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur. cum igitur aliquis scripserit: "Lucius Titius heres esto" poteret adicere: "rogo te, Luci Titi, ut, cum primum possis hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas restituas". potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare: et liberum est vel pure vel sub condicione relinquere fideicommissum vel ex die certo; Gai. 2,248: In primis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituitur eiusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur; I.2,25,pr.: Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius impleset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuri ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur; I.2,25,3: Codicillos autem etiam plures quis facere potest: <et nullam sollemnitatem ordinationis desiderant>.*

Cfr. GIODICE-SABBATELLI, V., *La tutela giuridica dei fedecommissi fra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993, pp. 23-54. Este autor destaca el importante precedente que supuso la iniciativa de Augusto en este caso para la eficaz tutela de los fideicomisos.

⁵ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, op.cit., pp. 378 ss..

⁶ I.2,23,3: *Restituta autem hereditate is quidem qui restituit nihilo minus heres permanet: is vero qui recipit hereditatem aliquando heredis aliquando legatarii loco <habebatur; Gai. 2,251-253: Restituta autem hereditate is, qui restituit, nihilo minus heres permanet; is uero qui recipit hereditatem aliquando heredis loco est, aliquando legatarii. Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris: tunc enim in usu erat, ei, cui restituebatur: hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa uenire; et quae stipulationes inter <uenditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter> heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, siue quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnitas esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille uero, qui recipiebat hereditatem inuicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem peruenisset, id sibi restitueretur <et>, ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi. Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae iure civili heredi et in heredem competere, <ei> et in eum darentur, cui ex fideicommissi causa restituta esset hereditas. post quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi: Il praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.*

Cfr. VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, I, Milano, 1967, pp. 89-93, quien considera que el antecedente del *emptor hereditatis* es el *emptor familiae*, que es quien recibe el patrimonio familiar en fiducia hasta el momento que el *mancipio* *dans* haya determinado y que tras su muerte se coloca *loco*

El objeto del fideicomiso podía ser cualquier prestación⁷. Las principales clases de fideicomiso, según su contenido, fueron las siguientes:

- *Fideicommissum hereditatis*, consistente en la restitución de toda la herencia o de una parte de ella⁸:

D.5,6,1 (Ulp. 16 ad ed.): *Ex ordine occurrit actio quae proponitur his, quibus restituta est hereditas, nam quisquis suscepit restitutam hereditatem ex senatus consulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit.*

D.31,77,24 (Pap. 8 resp.): *"Mando filiae meae pro sallute sollicitus ipsius, ut, quoad liberos tollat, testamentum non faciat; ita enim poterit sine periculo vivere". fideicommissariam hereditatem sorori coheredi non videri relictam apparuit, quod non de pecunia sua testari, sed optentu consilii derogare iuri testamentum fieri prohibendo voluit.*

- *Fideicommissum libertatis*, cuyo objeto era la manumisión de un esclavo que pasaba a ser liberto del fiduciario⁹:

Gai., 2,263: *Libertas quoque seruo per fideicommissum dari potest, ut uel heres rogetur manumittere uel legatarius.*

Ulp. reg. 25,18: *Libertas dari potest per fideicommissum.*

D.27,1,24 (Pap. 11 quaest.): *Nequaquam credendum est ei privilegium excusationis ablatum, cui fideicommissaria libertas soluta est: nam in toto fere iure manumissor eiusmodi nihil iuris ut patronus adversus liberti personam consequitur, excepto quod in ius vocare patronum iniussu praetoris non debet.*

- *Fideicommissum quidquid de hereditate supererit*, en el que la restitución comprendía los bienes que queden de la herencia. Era posible la sustitución real de unos objetos por otros (D.31,70,3, Pap. 20 quaest.), siempre según las exigencias de la buena fe. Por otra parte, siempre existió la obligación de conservar algo;

heredis; cfr. también GROSSO, G., *I legati nel Diritto romano*, Torino, 1962, p. 30.

⁷ KASER, M., *Diritto romano privato*, I, 1955, p. 632; GIODICE-SABBATELLI, V., *La tutela giuridica...*, op.cit., p. 164; MURILLO VILLAR, A., *El fideicomiso...*, op.cit., p. 32.

⁸ Cfr. *VIR* (= *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*), s.v. *fideicommitto* col. 837 ss.; concretamente s.v. *fideicommittere aliquid* col. 838 lín. 7-16; VOCI, P., v. "Fedecommeso" (*Diritto romano*), en *ED*, XVII, p. 106.

⁹ *Ibidem*.

Justiniano estableció la reserva de una cuarta parte de los bienes (Nov. 108)¹⁰:

D.31,70,3 (Pap. 20 quaest.): *Cum autem rogatus, quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse quae vendidit non videtur.*

- *Fideicommissum quibus voles*, que era aquél en el que el fiduciario podía elegir a quién restituir los bienes entre un grupo de personas predeterminado por el causante¹¹:

D.31,77,4 (Pap. 8 resp.): *Hereditatem filius cum moreretur filiis suis vel cui ex his voluisset restituere fuerat rogatus: quo interea in insulam deportato eligendi facultatem non esse poena peremptam placuit nec fideicommissi condicionem ante mortem filii heredis exsistere: viriles autem inter eos fieri, qui eo tempore vixerint, cum de aliis eligendi potestas non fuerit.*

- *Fideicommissaria substitutio*, se daba en aquellos casos en los que la restitución dependía del cumplimiento de una condición o término (I.2,23,2)¹², que normalmente era la muerte del fiduciario (Gai. 3,277).

I.2,23,2: *In primis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis recto iure testamento heres instituat eamque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat: alioquin inutile est testamentum in quo nemo heres instituitur, cum igitur aliquis scripserit: "Lucius Titius heres esto", poterit adicere: "rogo te Luci Tici, ut, cum primum possis hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas restituas". potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare: et liberum est vel pure vel sub condicione relinquere fideicommissum vel ex die certo.*

Gai.,2,277: *Item quamvis non (possimus) post mortem eius, qui nobis heres extiterit, alium in locum eius heredem instituere, tamen possemus eum rogare, ut, cum morietur alii eam hereditatem totam uel ex parte restituat, et quia post mortem quoque heredis fideicommissum dari potest, idem efficere possumus et si ita scripserimus: CUM TITIUS HERES MEUS MORTUUS ERIT, VOLO HEREDITATEM MEAM AD P. MAEVIUM PERTINERE. utroque autem modo, tam hoc quam illo, Titium heredem suum obligatum relinquit de fideicommisso restituendo.*

¹⁰ ARANGIO RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto romano*, 14ª ed. ristampa analitica, Napoli, 1991, p. 576; GROSSO, G., *I legati...*, op.cit., pp. 125 ss.; MURILLO VILLAR, A., op.cit., p. 146, mantiene que este fideicomiso es propiamente una sustitución fideicomisaria en aquellos casos en los que existe obligación de conservar algo y aparece un orden de sucesión; TRIFONE, R., v. "Fedecommeso" (Diritto romano), *NND*, VII, p. 192.

¹¹ D'ORS, X., "A propósito de los fideicomisos *quibus voles* y *si sine liberis de cesseris*. (Nueva exégesis de D.36,1,18,(17), 6-31,77,4), *SDHI*, 45 (1979) pp. 269 ss..

¹² KASER, M., *Diritto privato...*, op.cit., p. 632.

Iglesias opina que la sustitución fideicomisaria fue adquiriendo poco a poco rasgos propios que la diferenciaron del fideicomiso -considerado este como una disposición a título particular- al tener algunos efectos propios de las herencias y no de los legados¹³. Para prevenir posibles abusos se establecieron algunas limitaciones a la sucesión ininterrumpida de fideicomisos: D.31,32,6 (Mod. 9 reg.) recoge como se permitía la restitución sólo a la primera generación de los que no hubieran nacido a la muerte del fideicomitente; si bien, se admite la posibilidad de que el difunto la extendiera a otras generaciones. Justiniano fijó el límite en la cuarta generación en la Nov. 159.

D.31,32,6 (Mod. 9 reg.): *In fideicommisso quod familiae relinquitur hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ultiores voluntatem suam extenderit.*

Dentro de las sustituciones fideicomisarias se debe situar la modalidad del *fideicommissum familiae*¹⁴, cuyos fines -según Alassandri y Somarriva- eran: 1) evitar la prodigalidad de los hijos, salvándolos de la miseria; 2) evitar la disolución de las grandes familias, dándoles por asiento un patrimonio inalienable y 3) favorecer a los libertos¹⁵. Este modelo de fideicomiso tendrá su periodo de máximo desarrollo en las Edades Media y Moderna¹⁶.

- *Fideicommissum tacitum*, que se caracterizaba porque la designación del fideicomisario se hacía de forma secreta. El senadoconsulto Planciano sancionó con la pérdida de la cuarta Pegasiana al fiduciario que restituyera los bienes a una persona

¹³ IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Barcelona, 1987, p. 721.

¹⁴ El *fideicommissum familiae relictum* ha sido tratado en profundidad por el Prof. A. TORRENT, en su obra *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo, 1975; cfr. JOHNSTON, D., *The roman law...*, op.cit., p. 82; GROSSO, G., op.cit. p. 125; LEWIS, W., *Das Recht das Familienfideikommisses* (Neudruck der Ausgabe Berlin 1868) (Aalen, 1969), pp. 320-326 sobre la naturaleza de este tipo de fideicomiso; JOHNSTON, D., "Prohibitions and perpetuities: family settlements in Roman law", ZSS, 102 (1985) pp. 272-284 señala cómo las prohibiciones testamentarias de enajenar bienes deben ser consideradas de forma independiente a los fideicomisos y a la prohibición de constituir fideicomisos a favor de *incertae personae* que Adriano estableció por medio de un senadoconsulto (*Gai.* 2,287), si bien fue frecuente que las prohibiciones de enajenación adoptaran la forma de fideicomiso (D.36,1,80,13, *Scaev.* 21 dig.) y, en época de Papiniano, esto se dará en todos los casos (D.31,69,3, Pap. 19 *quaest.*).

¹⁵ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., *Tratado de los derechos reales. Bienes*, II, 5ª ed., Santiago de Chile, 1993, p. 89.

¹⁶ KASER, M., op.cit., p. 390; TRIFONE, R., op.cit., p. 192 opina que este tipo de fideicomiso no se dio en Derecho romano; en igual sentido, VOCI, v. "Fedecompresso" (Diritto romano), *ED*, op.cit., p. 106.

incapaz¹⁷. En relación con este tipo de fideicomiso, el primer problema que se plantea es determinar si todo fideicomiso tácito estaba prohibido o sólo aquellos que encubrieran un fraude¹⁸. Aunque de D.49,14,3 pr., 1 y 4 (Call. *de iur. fisc.*) y de D.49,14,40 pr. (Paul. 21 *quaest.*) se deduce que todo fideicomiso tácito es inválido. Sin embargo no creemos que sea así, porque tanto Calístrato como Paulo tienen en cuenta la existencia de una situación fraudulenta, que se da cuando se quiere beneficiar a una persona incapaz de recibir los bienes, y no por el hecho de que la disposición venga recogida en un documento privado o quirográfico, pues precisamente el fideicomiso siempre se caracterizó por la escasez de formalidades.

D.49,14,3 pr. y 1 (Call. *de iur. fisc.*): *Non intellegitur fraudem legi fecisse, qui rogatus est palam restituere. sed cum quidam testamento suo ita scripsisset: "vos rogo, ut in eo, quod a vobis peti, fidem praestetis: perque deum, ut faciatis, rogo et quaereretur, an id palam datum intellegeretur: Iulianus respondit non quidem apparere, quid ab heredibus ex huiusmodi verbis petatum est, quaeri autem solere, quando intellegatur quis in fraudem legis fidem suam accommodare: et fere eo iam decursum, ut fraus legi fieri videatur, 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 verbis non esse legi fraudem factam. Si quis palam rogatus et tacite esset, agitabatur, quid magis praevaleret: utrum id ipsum noceret, quod tacite rogatus esset, an prodesset, quod palam petatum esset. et divus Hadrianus rescripsit in eo, quod cuiusque fidei palam commissum est, non esse existimandum fidem suam in fraudem legis accommodasse.*

D.49,14,3,4 (Call. *de iur. fisc.*): *Cum ex causa taciti fideicommissi bona ad fiscum pertinent, omnia, quae in testamento utiliter data sunt, valent: et ita divus Pius rescripsit.*

D.49,14,40 pr. (Paul. 21 *quaest.*): *Ita fidei heredis commisit: "rogo fundum Titio des, de quo te rogavi". si Titius capere non possit, non evitabit heres poenam taciti fideicommissi: non enim est palam relinquere, quod ex testamento sciri non potest, cum recitatum est. quemadmodum nec ille pallam dat, qui ita scribit: "rogo vos, heredes, in eo, quod a vobis peti, fidem praestetis. "immo in priore specie" maiorem fraudem excogitasse videtur, qui non tantum legem circumvenire voluit, sed etiam interpretationem legis, quae circa tacitum fideicommissum habetur: quamvis enim fundum nominaverit, non tamen cognosci potest, de quo sit rogatus heres, cum diversitas rerum obscurum faciat legatum.*

¹⁷ ABELLAN VELASCO., M., "Notas para el estudio del fideicomiso tácito y su regulación", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 70, p. 119. Varios juristas, entre ellos Gayo y Paulo, escribieron un *Liber singularis de tacitis fideicommissis*. Cfr. GIODICE-SABBATELLI, V., *op.cit.*, pp. 230-235.

¹⁸ JOHNSTON, D., *The roman law...*, *op.cit.*, pp. 47 ss..

Según Johnston, los fideicomisos tácitos habrían aparecido en un momento histórico próximo a las *leges Iulia et Papia*, pues la mayoría de los fragmentos que recogen algún comentario sobre ellos provienen de *libri ad legem Iuliam et Papiam* de juristas como Gayo, Mauriciano, Ulpiano y Paulo; aunque probablemente fue tras el senadoconsulto Pegasiano -que prohibió a las solteras y a los que no tuvieran descendencia recibir fideicomisos- cuando su uso se generalizó¹⁹. Un primer intento de acabar con los fideicomisos tácitos dados en fraude de la ley fue el llamado *beneficium Traiani*, mediante el que se quería beneficiar a las personas incapaces de adquirir que se delatasen a sí mismas, tanto si ya habían tomado posesión de los bienes -en cuyo caso la mitad de estos serían devueltos-, como si no habían entrado todavía, correspondiéndoles -además- la mitad de lo recaudado (D.49,14,13,pr. y 1, Paul., 7 *ad leg.Iul.et Pap.* 12²⁰).

D.49,14,13 pr. y 1 (Paul. 7 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Edicto divi Traiani, quod proposui, significatur, ut, si quis, antequam causa eius ad aerarium deferatur professus esset eam rem quam possideret capere sibi non licere, ex ea partem fisco inferret, partem ipse retineret. Idem postea edicto significavit, ut quaecumque professa esset vel palam vel tacite relictum sibi quod capere non posset et probasset iam id ad <fiscum> pertinere, etiamsi id non possideret, ex eo, quod redactum esset a praefectis aerario, partem dimidiam ferat.*

A esta medida le siguieron otras con la misma finalidad, esto es, lograr el cumplimiento de las leyes caducarias. Entre ellas estaba el senadoconsulto Planciano, que privaba al fiduciario del derecho a retener la cuarta parte que le correspondía; posteriormente, esta cuarta parte fue atribuida al fisco por Antonino Pío²¹:

D.35,2,59 (Mod. 9 *pand.*): *Beneficio legis Falcidiae indignus esse videtur, qui id egerit, ut fideicommissum intercidat. Praeterea qui non capienti rogatus est restituere hereditatem, senatus consulto Planciano non conceditur quartam retinere: sed ea quarta, quam non retinuit, ad fiscum pertinet ex rescripto divi Pii.*

D.34,9,11 (Pap. 15 *quaest.*) *Heres, qui tacitam fidem contra leges accomodavit, 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.*

Ulp. *reg.* 25,17; *Si quis in fraudem tacitam idem accomodauerit, ut non capienti fideicommissum restituat, nec quadrantem eum deducere senatus censuit nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat.*

¹⁹ JOHNSTON, D., *The roman law...*, *op.cit.*, p. 43.

²⁰ JOHNSTON, D., *The roman law...*, *op.cit.*, pp. 55-57, considera esta *delatio* como estrictamente personal y sólo realizable por el beneficiario del fideicomiso.

²¹ ABELLAN VELASCO, M., "Notas...", *op.cit.*, p. 123; JOHNSTON, D., *The roman law...*, *op.cit.*, p. 58; ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1986, pp. 289 ss..

En relación con el problema que planteábamos al comienzo de este apartado sobre los fideicomisos tácitos, D.34,9,11 (Pap. 15 *quaest.*) pone de relieve cómo sólo hay sanción allí donde hubo defraudación, mientras que el resto del encargo secreto sigue siendo válido si la persona que lo recibe es capaz para ello.

En cualquier modalidad de fideicomiso, los bienes que debían ser restituidos podían pertenecer al testador o a otra persona pero nunca podría rogarse al fiduciario que restituyera más de lo recibido²²:

I.2,24,1: *Potest autem non solum proprias testator res per fideicommissum relinquere, sed et heredis aut legatarii <aut fideicommissarii> aut cuiuslibet alterius. itaque et legatarius <et fideicommissarius> non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quae ei <relicta> sit, sed etiam de alia, sive ipsius sive aliena sit. hoc solum observandus est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est aut ipsam redimere et praestare aut aestimationem eius solvere.*

Gai.,2,261: *Item potest non solum propria testatoris res per fideicommissum relinqui, sed etiam heredis aut legatarii aut cuiuslibet alterius. itaque et legatarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quae ei legata sit, sed etiam de alia, siue ipsius legatarii sive aliena sit, [sed] hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur aliis restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.*

El fideicomiso también deviene ineficaz en aquellos otros supuestos en los que el objeto es inmoral, imposible o prohibido²³:

D.34,3,28,13 (Svaev. 16 dig.): *Quidam ita legavit: "Semproniae uxori meae reddi iubeo ab heredibus meis quinquaginta ea, quae mutua acceperam chirographo particulatim in negotia mea": quaesitum est, an, si vere uxoris debitor fuerit, fideicommissum constiterit. respondit, si debita fuissent, nullum esse fideicommissum.*

La flexibilidad es uno de los rasgos que, como ya hemos señalado, caracteriza al

²² Sin embargo, ni Gayo ni las Instituciones de Justiniano dicen nada acerca de este límite para los casos en que el fideicomiso no se hubiera constituido por testamento.

²³ KASER, M., *op.cit.*, p. 633. Estos mismos supuestos también harán ineficaz la condición o condiciones a que puede estar sujeta la restitución (D.36,1,65(63),7, Gai. 2 *de fideic.*) : *Si sub condicione heres institutus sit qui suspectam sibi hereditatem esse dicit, si neque difficultatem neque turpitudinem ullam habet condicium nec impendium aliquid, iubendus est parere condicione et adire et ita restituere : si vero turpis aut difficilis sit condicio, aperte iniquum est cogi eum explere eam alterius gratia. sed et remitti eam ab initio visum est : plus enim tribui a praetore ei qui fideicommissum petit, quam testator voluit, absurdum est : utique autem testator, nisi expleta sit condicio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit neque per hunc illi voluit restituere hereditatem.*

fideicomiso. No era necesario el empleo de expresiones determinadas para constituirlo²⁴ y, en un principio, el fiduciario no estaba obligado jurídicamente a nada: el cumplimiento del encargo dependía exclusivamente de su buena fe (Ulp. *reg.* 25,1: *Fideicommissum est, quod non ciuilibus uerbis, sed precatue relinquitur nec ex rigore iuris ciuilis proficiscitur sed ex uoluntate datur relinquentis.*) Esta situación provocó muchas arbitrariedades, hasta el punto de que Augusto decidió encomendar las reclamaciones de fideicomisos a la *cognitio extraordinaria* de los cónsules, con arreglo a los *boneae fidei iudiciae*, y que posteriormente creara la figura del *praetor fideicommissarius*²⁵:

I.2,23,1: *Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de qui rogatus erat; quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. postea primus diuus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod quia iustum videbatur et popolare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor propius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

En lo referente al régimen jurídico de los fideicomisos destacan fundamentalmente

²⁴ No obstante, fue frecuente el empleo de expresiones tales como: *rogo, peto, volo, fideicommitto* (Gai.2,249; Ulp. *reg.* 25, 2), *cupio des, opto des, credo te daturum* (D. 30, 115 (Ulp. 2 *inst.*), *exigo, desidero, uti des, volo hereditatem meam restitutum te Titio* (D. 30, 118 (Ner. 10 *reg.*)). Cfr., Johnston, d., *The roman law...*, *op.cit.*, pp. 156 ss. y 163 ss..

²⁵ GIODICE-SABBATELLI, V., *La tutela giuridica...*, *op.cit.*, pp. 161-163 hace un interesante estudio sobre la distribución de competencias entre cónsules y pretores en materia fideicomisaria, la cual tiene lugar según criterios cuantitativos (Quint. *orat.* 3,6,70) y cualitativos, de acuerdo con el rango social del demandado (D.1,9,8, (Ulp. 6 *de fideic.*); D.21,19, (Ulp. 6 *de fideic.*)). Cfr. MURILLO VILLAR, *op.cit.*, pp. 35 ss.; CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho civil*, IV, 1993, p. 13; METRO, A., "*Denegare petitionem, denegare persecutionem fideicommissi (Denegatio actionis e processo fedecommissaria)*", *BIDR*, 75 (1972), pp. 138-140 pone de relieve como algunas fuentes mencionan también la intervención de un *arbiter* (D.30,109,1, (Afric. 6 *quaest.*); D.22,12, (Val. 1 *de fideic.*); D.42,3,27, (Ulp. 1 *de of. cons.*)), que en ningún momento sustituye al magistrado y cuya intervención se debe exclusivamente a la necesidad de resolver determinados problemas de carácter técnico sobre los que emitía su valoración.

Por otra parte, ARCARIA pone de relieve como entre el pretor fideicomisario y el pretor urbano existía una distribución de competencias, correspondiendo al pretor fideicomisario el conocimiento del asunto y al urbano la concesión de medidas cautelares (ARCARIA, F., "*Missio in possessionem e cognitio fedecommissaria*", *BIDR* 89 (1986), p. 269. A este respecto, GIODICE-SABBATELLI, V., *La tutela giuridica...*, *op.cit.*, p. 186 señala que la intervención de uno u otro pretor dependía del carácter ordinario -como lo eran las *stipulationes emptae et venditae hereditate* que recogía el senadoconsulto Pegasiano- o extraordinario de la medida, pero en cualquier caso el pretor urbano siempre habría de intervenir después de que los cónsules o el pretor fideicomisario hubieran admitido la pretensión ante ellos presentada.

dos disposiciones: los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano. El primero de ellos que fue dado en tiempos del emperador Nerón, tuvo como principal efecto el paso de todas las acciones, civiles y pretorias, dadas en beneficio y en contra del heredero, así como las obligaciones naturales, al fideicomisario²⁶.

D.36,1,1,2 (Ulp. 3 *de fideic.*): *"Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si quia de his bonis iudicia penderet, ex his eos subire, in quos ius frutusque transferretur, potius quam cuique periculosum esse fidem suam: placet, ut actiones, quae in heredem heredibusque <dari solent>, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates"*.

D.36,1,41 (40) pr. (Paul.20 *ad ed.*): *Quamvis senatus de his actionibus transferendis loquatur, quae iure civili heredi et in heredem competunt, tamen honorariae actiones transeunt: nulla enim separatio est: immo et causa naturalium obligationum transit.*

Gai.,2,253: *Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senadoconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fidei commissi causa restitua sit, actiones quae iure civili heredi et in heredem competenterent, <ei> et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas, post quod senadoconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi: praetor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.*

Como consecuencia de este senadoconsulto el edicto del pretor recogerá la *hereditatis petitio fideicommissaria* (D.5,6,1, Ulp. 16 *ad ed.*), concederá al fideicomisario las acciones que correspondan y en los casos en que sea necesario, dará una *actio familia erciscundae utilis* (D.10,2,40, Gai. 2 *de fideic.*)²⁷.

D.5,6,1 (Ulp.16 *ad ed.*): *Ex ordine occurrit actio quae proponitur his, quibus restituta est hereditas, nam quisquis suscepit restitutam hereditatem ex senatus consulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit.*

D.10,2,40 (Gai.2 *de fideic.*): *Si ex asse heres institutus rogatus sit mihi partem aliquam restituere, veluti dimidiam, utile familiae erciscundae iudicium recte inter nos agetur.*

²⁶ GIODICE-SABBATELLI, V., *op.cit.*, p. 169 opina que este senadoconsulto tuvo el carácter de instrucción al pretor urbano.

²⁷ TRIFONE, R., *op.cit.*, p. 190; JOHNSTON, D., *The roman law...*, *op.cit.*, p. 10 ; GIODICE-SABBATELLI, V., *op.cit.*, p. 169.

La restitución no se considera un pago, sino una sucesión²⁸; por lo tanto, aunque el fiduciario restituyera los bienes antes del cumplimiento de la condición, no se transmitirían las acciones, pues no fue esa la voluntad del causante. Sólo si se cumple, y el fiduciario ratifica la restitución, se considerará que las acciones han pasado al fideicomisario desde ese mismo momento.

D.36,1,10 (Gai. 2 de fideic.): *Sed et si ante diem vel ante condicionem restituta sit hereditas, non transferuntur actiones, quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit, plane posteaquam exstiterit condicio vel dies venerit, si ratam habeat restitutionem hereditatis, benignius est intellegi tunc translatas videri actiones.*

Por otra parte, y aunque la finalidad principal de este senadoconsulto era favorecer que los herederos aceptaran las herencias -al desaparecer el riesgo de verse envueltos en juicios- también la posición del fideicomisario se reforzó (D.36,1,1,3 y 4, (Ulp. 3 de fideic.). El pretor va a exigir la *cautio fideicommissorum servandorum causa* para garantizar los fideicomisos que deben restituirse en virtud de este senadoconsulto (D.36,3,7, (Ulp. 79 ed.), a semejanza de la *cautio* que ya venía exigiendo para garantizar el cumplimiento de los legados. Si la garantía no se prestase o no hubiera a quien pedirla, el pretor decretaría una *missio in possessionem fideicommissorum servandorum causa* (D.36,3,2, Ulp. 79 ed.; D.36,4,1,1, (Ulp. 52 ed.)²⁹.

D.36,1,1,3-4 (Ulp. 3 de fideic.): *Sublata est hoc senatus consulto dubitatio eorum, qui adire hereditatem recusare seu metu litium seu praetextu metus consuerunt. Quamquam autem senatus subventum voluit heredibus, subvenit tamen et fideicommissario: nam in eo, quod heredes, si conveniantur, exceptione uti possunt, heredibus subventum est: in eo vero, quod, si agant heredes, repelluntur per exceptionem quodque agendi facultas fideicommissariis competit, procul dubio consultum est fideicommissariis.*

D.36,4,1,1 (Ulp. 52 ad ed.): *Non exigit praetor, ut per heredem stet, quo minus caveat, sed contentus fuit per legatarium vel fideicommissarium non stare, quo minus ei caveatur. quare si non fuerit, qui interpelletur cautionis nomine, <hoc est is a quo legatum fideive commissum relictum est>, omnimodo poterit legatarius et fideicommissarius in possessionem ex hoc edicto mitti, quia verum est per eum, cui caveri oportebit, non fieri, quo minus caveatur, non tamen et satisdatio debet offerri legatario, sed sufficit, sive desideravit et non cavetur, sive non habeat, a quo satis desideret.*

²⁸ D. 36,1,39(38) (Paul. 20 ed.): *non enim solutio est hereditatis restitutio, sed successio, cum obligetur.*

²⁹ La *missio Antoniniana* supondrá un reforzamiento de este cuadro de garantías puesto que se decretaba la puesta en posesión de los bienes, si la restitución del fideicomiso no se había realizado en los seis meses siguientes a su petición; cfr. ARCARIA, F., *op.cit.*, pp. 253-259.

Pese al esfuerzo de simplificación del régimen jurídico de los fideicomisos y al sistema de garantías que implantó, el senadoconsulto Trebeliano no logró impedir que muchos fideicomisos se extinguieran por no haber hecho el heredero adición de la herencia³⁰. Por este motivo en tiempos de Vespasiano se da un nuevo senadoconsulto que se conocerá con el nombre de Pegasiano. Esta disposición autorizaba al fiduciario a retener una cuarta parte de la herencia, cuota que ya la *lex Falcidia* había establecido para los legados. Aunque en la restitución no se incluían los frutos, para el cálculo de la cuarta parte sí se tenían en cuenta.

D.36,1,19 (18) pr.-1 (Ulp. 15 *ad Sab.*): *In fideicommissaria hereditatis restitutione constat non venire fructus, nisi ex mora facta est aut cum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere. Plane fructus in quartam imputantur, ut est et rescriptum.*

El heredero debía sostener las cargas hereditarias y el fideicomisario sería considerado como un legatario parciario, jugando entre ellos las mismas estipulaciones que se daban entre heredero y legatario parciario y haciéndose común el lucro y el daño en proporción a sus cuotas en la herencia (I.2,23,5; Gai. 2,254). El senadoconsulto también estableció que le fueran aplicables a los fideicomisos las reglas sobre incapacidad de recibir herencias y legados que las leyes caducarias de Augusto recogían³¹.

I.2,23,5: *Sed quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditate ob nullum vel minimum lucrum recusabant atque ob id extinguebantur fideicommissa: postea <Vespasiani Augusti temporibus> Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur, ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est, post quod senatus consultum ipse heres onera hereditaria substinebat: ille autem, qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis, legatarii partiarii loco erat, id est eius legatarii, cui pars bonorum legabatur, quae species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. unde quae solebant stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recepit hereditatem, et heredem, id est ut lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit. (= Gai. 2,254).*

Si la restitución no alcanzaba las tres cuartas partes de la herencia se aplicaba el senadoconsulto Trebeliano y se concedían a prorrata las acciones: civiles para el heredero y útiles para el fideicomisario. Sin embargo, cuando la restitución era de las

³⁰ MURILLO VILLAR, A., *op.cit.*, p. 4.

³¹ VOCI, P., *op.cit.*, p. 107.

tres cuartas partes o de toda la herencia, se aplicaba el senadoconsulto Pegasiano y se obligaba al heredero a que hiciera -en todo caso- adición de la herencia, si bien era preciso distinguir entre dos situaciones (Gai.2,256; D.36,1,47 (45), (Mod. *de heur.*):

1. que el fiduciario hubiera hecho adición voluntaria de la herencia: en este caso, tanto si retuvo la cuarta como si no lo hizo, el heredero debería soportar todas las cargas hereditarias; ahora bien, en la parte que retuvo tendrían validez las estipulaciones *partis et por parte* que se daban habitualmente entre heredero y legatario parciario, y si no hubiera retenido nada, valdrían las estipulaciones *emptae et venditae hereditatis*:

Gai.2,257: *Sed is qui semel adierit hereditatem, si modo sua uoluntate adierit, siue retinuerit quartam partem siue noluerit retinere, ipse uniuersa onera hereditaria sustinet: sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tamquam inter partiarium legatarium et heredem: si uero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et uenditae hereditatis stipulationes interponendae sunt.*

2. que la adición hubiera sido involuntaria: en este caso la adición y restitución se producirían por orden del pretor, a instancia del fideicomisario, ante la falta de iniciativa del heredero que no hizo adición de la herencia y que consecuentemente perdió su derecho a la cuarta parte de los bienes, pues la adición se realizó a riesgo del fideicomisario. Las acciones que se daban eran las que correspondían según el senadoconsulto Trebeliano. Al garantizarse la posición tanto del fiduciario como del fideicomisario, por el juego de los dos senadoconsultos, no era necesaria ninguna estipulación (Gai. 2,258)³².

Gai.,2,258: *Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cauetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum qui receperit <hereditatem>, actiones dentur, ac iuris est ex senatusconsulto Trebelliano, quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur qui receperit hereditatem.*

Justiniano llevó a cabo algunas modificaciones sobre este régimen³³. Concedió autoridad exclusiva al senadoconsulto Trebeliano³⁴ y estableció que la restitución debía llevarse a cabo en todo caso, teniendo derecho el fiduciario a retener una cuarta parte de los bienes; heredero y fideicomisario debían dividirse a prorrata las acciones de acuerdo con el senadoconsulto Trebeliano. Pero, si el heredero quiere restituir toda la herencia, las acciones pasarían al fideicomisario. Por otra parte, y a pesar de la

³² Cfr. D.36,1,4, (Ulp. 4 *de fideic.*), e I.2,23,6; TRIFONE, R., *op.cit.*, p. 190.

³³ VOCI, *op.cit.*, p. 107.

³⁴ CLARO SOLAR, L., *op.cit.*, p. 12.

derogación del senadoconsulto Pegasiano, se mantuvo el principio de adición obligatoria de la herencia cuando el heredero se negaba a ello: sin embargo, esta sólo tendría lugar si el fideicomisario hubiera manifestado su voluntad de que la herencia le fuera restituida, siendo indiferente que el heredero lo sea en todo o en parte (I.2,23,7). Los efectos serían distintos si al heredero se le hubiera autorizado deducir una suma de dinero o uno o varios objetos cuyo valor equivalieran a una cuarta parte de la herencia, pues en este caso la recibiría libre de toda deuda, incluso si el objeto valiera más de la cuarta parte de la herencia; mientras que si solamente estaba autorizado a retener una cuarta parte de la herencia que debía restituir, las acciones se dividirían a prorrata (I.2,23,9).

Los fideicomisos presentaban el problema de su prueba desde que Teodosio el Joven estableció la necesidad de cinco testigos para todos aquellos casos de fideicomisos no consignados en testamento (C.6,36,8,3). Justiniano quiso solucionar de alguna manera este problema y dispuso que en todos los supuestos en que se hubiera hecho el ruego sin ningún escrito y sin cinco testigos, el fideicomisario -tras jurar su buena fe- podía trasladar el juramento al heredero (I.2,23,12).

En el Derecho justiniano, legados y fideicomisos aparecen asimilados, mientras que en el Derecho clásico ambas figuras podían diferenciarse claramente. Gayo, consciente de esas diferencias, tratará de recogerlas en sus Instituciones³⁵. Así, es posible constituir un fideicomiso aunque una persona muera intestada, lo cual no podría hacerse si se tratara de un legado (Gai. 2,269; 2,270; Ulp *reg.* 25,4). Otro punto de divergencia es que se puede dejar un fideicomiso en un codicilo, mientras que no es posible en el caso de los legados, a no ser que el codicilo estuviera confirmado por testamento (Gai. 2,270a; 2,273). Por otra parte, un legatario no puede hacer un legado, pero sí puede cumplir un fideicomiso, al igual que también podría hacerlo un fideicomisario (Gai 2,271).

Gai 2,269: *Nam ecce per fideicommissum etiam heredis relinquere potest; cum alioquin legatum inutile sit.*

Gai 2,270: *Item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, fideicommissum alicui relinquere; cum alioquin ab eo legari non possit.*

Gai 2,270a: *Item legatum codicillis relictum non aliter ualet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est nisi in testamento cauerit testator, ut quidquid in codicillis soripserit, id ratum sit; fideicommissum uero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest.*

Gai 2,271: *Item a legatario legari non potest; sed fideicommissum relinqui potest. quin etiam ab eo quoque, cui per fideicommissum relinquimus, rursus alii per fideicommissum relinquere possumus.*

³⁵ FERRINI, C., *Teoría generale dei legati...*, op.cit., p. 40; MURILLO VILLAR, A., op.cit., pp. 44 ss. Este último, tras hacer un repaso de las diferencias existentes entre una y otra figura, apunta un elenco de analogías.

Ulp. reg. 25,4: Fideicommissum relinquere possunt, qui testamentum facere possunt, licet non fecerit.

Los legados siguen el procedimiento formulario ateniéndose al calendario judicial; las reclamaciones del fideicomisos, sin embargo, se plantean ante la *cognitio* del magistrado, del *consul*, o del *praetor fideicommissarius* en Roma y del *praeses* en las provincias, en cualquier momento (Gai. 2,278; 2,279; I.2,23,1; Ulp. *reg.* 25,12)³⁶:

Gai. 2,278: Praeterea legata <per> formulam petimus; fideicommissa uero Romae quidem apud consulem apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit persequimur, in prouinciis uero apud praesidem provinciae.

Gai. 2,279: Item de fideicommissis semper in urbe ius dicitur; de legatis uero, cum res aguntur.

Ulp. reg. 25,12: Fideicommissa non per formula pedantur, ut legata, sed cognitio est Romae quidem consultum qut praetoris, qui fideicommissarius uocatur, in prouinciis uero praesidium pronunciarum.

En general los legados no devengan intereses ni frutos, mientras que los fideicomisos sí (Gai. 2,280); y, por otra parte en los fideicomisos, a diferencia de los legados damnatorios, no se da la litiscrescencia (Gai. 2,282) y es posible la reclamación del cobro de lo indebido (Gai. 2,283).

Gai. 2,280: Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debet; legatorum uero usurae non debentur; idque rescripto diui Hadriani significatur. scio tamen Iuliano placuisse, in eo legato quod sinedi modo relinquitur idem iuris esse quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere uideo.

Gai. 2,282: Item si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur, fideicommissi uero nomine semper in simplum persecutio est.

Gai. 2,283: Item <quod> quisque ex fideicommisso plus debito per errorem soluerit, repetere potest; at id quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest, idem scilicet iuris est de eo [legato], quod non debitum uel ex hac uel ex illa causa per errorem solutum fuerit.

³⁶ METRO, A., *op.cit.*, p. 147 considera que, a pesar de la aparición en las fuentes (D.32,41,11, (Scaev. 22 dig.), D.42,2,7, (Afric. 5 quaest.), por ejemplo) de expresiones como *denegare persecutionem* o *denegare actionem*, éstas no se usan en sentido técnico; fue frecuente que la *cognitio extraordinaria* se valiera de términos procesales clásicos, pero dándoles un significado muy diferente.

Sin embargo, la ventaja más importante que representaban los fideicomisos era que gracias a ellos se podían realizar algunos actos que de otra manera no podían llevarse a cabo y dar cumplimiento pleno a la voluntad del causante, como por ejemplo:

a. conceder la libertad a un esclavo ajeno (Gai. 2,272) y conceder la libertad e instituir heredero a un esclavo propio menor de 30 años, aunque la libertad y la restitución no se alcanzaría hasta que cumpliera la edad (Gai. 2,272; 2,276).

Gai. 2,272: *Item seruo alieno directo libertas dari non potest; sed per fideicommissum potest.*

Gai. 2,276: *Item cum senatoconsulto prohibitum sit proprium seruum minorem annis XXX liberum et heredem instituere, plerisque placet, posse nos iubere liberum esse, cum annorum XXX erit, et rogare, ut tunc illi restituatur hereditas.*

b. que una mujer pudiera adquirir la herencia de alguien en el censo figure con un patrimonio superior a 100.000 ases, salvándose así la prohibición de la *lex Voconia* (Gai. 2,274)³⁷.

Gai. 2,274: *Item mulier, quae ab eo qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres instita non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.*

c. que se pudiera gratificar a los extranjeros, que carecían de *testamenti factio* pasiva (Gai. 2,285)³⁸.

Gai. 2,285: *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere, et fere haec fuit origo fideicommissorum. sed postea id prohibitum est, et nunc ex oratione diui Hadriani senatusconsultum factus est, ut ea fideicommissa fisco uindicarentur.*

d. que los latinos pudieran adquirir bienes por herencia o legado, lo cual estaba prohibido por la *lex Iunia* (Gai. 2,275; Ulp. reg. 25,7).

Gai. 2,275: *Latini quoque, qui hereditates legataque directo iure lege Iunia capere prohibentur, ex fideicommisso capere possunt.*

Ulp. reg. 25,7: *Latini Iuniani fideicommissum capere posunt, licet legatum capere non possint.*

e. nombrar un sustituto al heredero, al ser restituidos los bienes al fideicomisario tras la muerte del heredero (Gai. 2,277).

³⁷ VOGL., *Diritto ereditario*, I, Milano, 1967, p. 409 sobre los fundamentos de la *lex Voconia*.

³⁸ VOGL., *Diritto ereditario*, op.cit., p. 408.

f. favorecer a ciudades, a solteros (Gai. 2,286), a los que no tienen descendencia (Gai. 2,286a), a *incertae personae* o a hijos póstumos ajenos (Gai. 2,287) etc, a los que la legislación caducaria de Augusto impedía recibir herencias o legados³⁹.

Gai. 2,286: *Caelibes quoque, qui per legem Iulia hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa uidebantur capere posse.*

Gai. 2,286a: *Item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent dimidias partes hereditatum legatarumque perdunt, olim solida fideicommissa uidebantur capere posse. sed postea senatusconsulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos, qui <in eo> testamento liberos habent aut si nullus liberos habebunt, ad populum, sicuti iuris est in legatis et in hereditatibus. quae eadem aut simili ex causa cacuca fiunt.*

Gai. 2,287: *<Cum> eadem aut simili ex causa Item olim incertae personae uel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamuis neque heres institui neque legari ei posset; sed senatusconsulto quod auctore diuo Hadriano factum est, idem in fideicommissis quod in legatis hereditatibusque constitutum est.*

De forma progresiva legados y fideicomisos se fueron aproximando; sobre todo a partir del senadoconsulto Neroniano que estableció la ficción de considerar como legado damnatorio a los legados vindicatorios de cosa ajena⁴⁰. Ferrini mantiene que la equiparación entre legados y fideicomisos estaba lejos de ser un hecho consumado en época clásica, por lo que fue especialmente escandaloso que Justiniano recogiera como comentario de Ulpiano su asimilación (D.30,1,1, (Ulp. 67 *ad ed.*): *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*)⁴¹. Ciertamente, se produjo un progresivo acercamiento, predominando siempre la orientación más benévola, que en este caso era la de los fideicomisos⁴². Pero la equiparación no se producirá hasta el año 529 d.C. (C.6,43,4) momento en que Justiniano da una constitución en la que establece la desaparición de toda diferencia entre legados y fideicomisos, los cuales podrán reclamarse a partir de ese momento a través de una acción personal o de una acción real⁴³.

³⁹ ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, *op.cit.*, pp. 215-217.

⁴⁰ FERRINI, C., *op.cit.*, p. 709.

⁴¹ FERRINI, C., *op.cit.*, p. 41. MURILLO VILLAR, A., *op.cit.*, p. 45 advierte cierta aproximación ya en época clásica cuando se aplican a los fideicomisos las normas de los legados; cfr. JOHNSTON, D., *The roman law...*, *op.cit.*, pp. 257 ss..

⁴² KASER, M., *DRP*. II, 1955, p. 389; ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*, 18ª ed., Madrid, 1986, pp. 851 ss.; FERNANDEZ BARREIRO, A.- PARICIO, J., *Fundamentos de Derecho privado* 2ª ed., Madrid, 1993, p. 481; FERRINI, *Teoría generale dei legati e dei fideicommissi*, Roma, 1976, p. 48; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 1987, p. 709.

⁴³ FERRINI, C., *op.cit.*, p. 43.

En el Derecho clásico, el legado era una disposición testamentaria donde se hacía una atribución directa de dominio o de un derecho real. Posteriormente, el legado sigue siendo una disposición testamentaria imperativa que puede tener carácter tanto directo como mediato, a través del heredero. El fideicomiso fue siempre una disposición predicativa e indirecta⁴⁴. Según d'Ors, la asimilación de ambas figuras provocará que el término legado se use para hacer referencia a las liberalidades de carácter particular y que la voz de fideicomiso sirva sólo para designar las sustituciones fideicomisarias⁴⁵.

II. EL FIDEICOMISO EN LOS DISTINTOS PROYECTOS DE CODIGO CIVIL TRAS LA INDEPENDENCIA DE CHILE EN 1818.

Chile, tras obtener su Independencia en 1818, adopta una postura liberal ante las vinculaciones perpetuas de bienes que la antigua legislación española, hasta entonces vigente, admitía⁴⁶. Son consideradas perjudiciales para la economía, al suponer una limitación muy importante a la libre circulación de los bienes⁴⁷. Por estos motivos el art. 126 de la Constitución de 1828 dispuso su abolición, si bien a los inmediatos sucesores se les reservaba un tercio del valor de los bienes. Años más tarde, la Constitución de 1833 dispuso en su art. 162 que los sucesores recibirían entero el valor de los bienes que se enajenaran⁴⁸.

II.A. El Proyecto atribuido a Egaña.

Este proyecto entiende el fideicomiso, al que se denomina como "propiedad fiduciaria", como una sustitución fideicomisaria que supone una limitación a la propiedad. Pese a que el tratamiento de la materia se lleva a cabo en el Libro de los Bienes, no por ello pierde su carácter sucesorio, tal y como se desprende de su regulación. El art. 1 define la propiedad fiduciaria como aquella que, por medio de testamento, puede constituirse sobre una cosa -universal o singular- con cargo de restitución a otra persona en el caso de cumplirse una determinada condición.

Art. 1: Se puede dejar por testamento a una persona la propiedad y usufructo de una cosa universal o singular con cargo de restituir a otra persona en cierto evento que pueda verificarse o no.

La propiedad que se deja de este modo se llama "propiedad fiduciaria" y se defiere al asignatario fiduciario en el momento de la muerte del testador. El dominio pleno, del que se deja una simple esperanza al asignatario eventual, no se defiere a éste sino

⁴⁴ FERRINI, C., *op.cit.*, p. 51.

⁴⁵ D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1989, p. 379.

⁴⁶ CLARO SOLAR, L., *op.cit.*, p. 15. Cfr. la ley 14 del título 5º de la Partida 6ª, donde se da una definición de la sustitución fideicomisaria que destaca fundamentalmente la necesidad de la buena fe del fiduciario para que tenga lugar la restitución y la reserva de la cuarta parte de los bienes a la que tiene derecho.

⁴⁷ DIVERSTEIN, A., *Síntesis de Derecho civil. De los objetos del derecho. Bienes*, 3ª ed., Santiago de Chile, 1993, p. 253; CLARO SOLAR, L., *op.cit.*, p. 19.

⁴⁸ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., *op.cit.*, p. 91.

en el momento de verificarse la condición o evento de que pende la restitución. Hay, pues, en esta disposición dos asignaciones: la de la propiedad fiduciaria o encargo de restitución que es inmediata o directa; y la del dominio pleno que está en suspenso hasta verificarse la condición o evento, y se llama indirecta, eventual, condicional u oblicua.

El art. 3 admite la sustitución tácita del asignatario por sus descendientes (salvo exclusión expresa del testador), si éste hubiera sido descendiente del testador, con lo que en cierta forma se deja abierta la posibilidad de que se dé una sustitución fideicomisaria que tiene sus antecedentes en el Derecho romano como ya vimos. Según este artículo, las sustituciones de este tipo deben prevalecer incluso sobre las expresas que recaigan sobre personas no descendientes del testador, pero no a la inversa. Por otra parte, las condiciones que se impongan pueden ser de cualquier clase, siempre que sean lícitas y se verifiquen en el plazo de 30 años. También puede establecer que la restitución tenga lugar tras la muerte del fiduciario o después de un tiempo, que no debe ser, según establece el art. 5, superior a veinte años.

Art. 3: En toda asignación de segundo goce a favor de alguno de los descendientes del testador, se entenderán sustituidos tácitamente los descendientes del asignatario de este segundo goce a menos que hayan sido expresamente excluidos por el testador; y tendrá lugar esta sustitución tácitamente a los descendientes del testador, pero no tendrá lugar en el caso contrario.

Y si por el número de sustitutos expresos o tácitos apareciere improbable que falte asignatario indirecto a la expiración del tiempo prescrito para el primer goce del objeto, se mirará el primer goce como mero fruto, y no como propiedad fiduciaria.

Art. 5: El testador puede poner par a la restitución la condición o condiciones lícitas que quiera.

Puede dejar la propiedad fiduciaria por toda la vida del asignatario fiduciario, o por un tiempo determinado que no pase de veinte años, bajo la condición de que, si a la muerte del fiduciario o al expirar el tiempo determinado existe el asignatario eventual, adquiera éste el dominio pleno y, si no existe, adquiera el dominio pleno el fiduciario y lo transmita por testamento o abintestato como una parte de su patrimonio. A la condición de la existencia del asignatario eventual puede añadir el testador las otras condiciones lícitas que quiera.

Puede también constituirse la propiedad fiduciaria no por la vida del fiduciario, no por tiempo determinado, sino sujeta al cargo de restitución en caso de verificarse cierta condición o condiciones, de manera que verificadas, el asignatario eventual, si existe entonces, adquiera el dominio pleno y no verificadas, o no existiendo entonces el asignatario eventual la propiedad fiduciaria se convierta en dominio pleno sin cargo de restitución. Bien entendido que toda condición que no se cumpliera dentro de los treinta años subsiguientes a la muerte del testador, se reputará fallida, y hará cesar el cargo de restitución.

Ninguna propiedad fiduciaria podrá, pues, durar por más de treinta años sino la que se constituya por toda la vida del fiduciario.

El art. 6 permite que tenga lugar la sustitución -expresa o tácita- del fiduciario en el caso de que muriese estando aún pendiente la condición. Salvo este supuesto, no es posible la constitución de dos propiedades fiduciarias sucesivas. El proyecto anuncia ya la promulgación de una ley especial sobre exvenciones y mayorazgos (art. 10).

Art. 6: Falleciendo el fiduciario quedando todavía pendiente la condición impuesta para la restitución del objeto pasará la propiedad fiduciaria a la persona designada para este caso por el testador, y si el testador no hubiere designado para este caso ninguna persona, pasará al de mayor edad entre los herederos abintestato del fiduciario sin distinción de sexo, y este heredero poseerá fiduciariamente el objeto en los mismos términos y con los mismos derechos y obligaciones que su antecesor.

No podrán constituirse dos o más propiedades fiduciarias sucesivas sino para el caso de fallecer en fiduciario antes de cumplirse alguna condición designada por el testador reputándose siempre fallida la que no se cumpliera dentro de los treinta años subsiguientes a la muerte del testador.

Art. 10: Las reglas dadas en este artículo no se aplicarán a las propiedades fiduciarias perpetuas, conocidas con el nombre de vincuciones o mayorazgos; las cuales se regirán por ley especial.

II.B. El proyecto de 1841-45.

Este proyecto regula el fideicomiso en el Libro de Sucesiones. En él se acogen varias de las modalidades del fideicomiso romano. En primer lugar la sustitución fideicomisaria, a la que el proyecto denomina como "asignación fiduciaria" (art. 25). La nota a), correspondiente a este párrafo, pone de relieve lo polémico que resultó su redacción y hace, además, algunas apreciaciones de gran importancia.

Art. 25: Asignación fiduciaria o con cargo de restitución es aquella en que se asigna una parte de los bienes para que el asignatario la goce hasta cierto día o hasta el evento de una condición, i llegando el día o cumplida la condición, la transfiera a una tercera persona. El primer asignatario se llama directo o fiduciario, i el segundo indirecto y oblicuo⁴⁹.

⁴⁹ Nota a) al § 4. De las asignaciones fiduciarias: La asignación fiduciaria envuelve lo que se llama ordinariamente sustitución fideicomisaria. En realidad, asignación fiduciaria y sustitución fideicomisaria expresan una misma idea, aunque bajo diferentes respectos: la primera se refiere al heredero o legatario directo; la segunda al oblicuo, que debe suceder al primero en el goce de la cosa asignada. Pero es preciso recordar que en el proyecto de la Comisión la palabra "fideicomiso" está ceñida a las asignaciones destinadas a objetos de piedad o beneficencia. "Fideicomisario" es en él la persona que recibe una cuota, cantidad o especie para invertirla en esos objetos, sea que no haya de gozar de ella antes de la inversión, o que después de gozar de ella cierto tiempo haya de emplearla según las intenciones del testador. En el primer caso el asignatario directo es un puro fideicomisario,

Ciertamente el art. 36 del título "De los ejecutores" restringe el objeto de los fideicomisos a las obras de piedad. Pero lo más interesante es que se distingue entre fideicomiso público y confidencial, y dentro de este último, entre secreto y no secreto. Se admiten, pues, los fideicomisos tácitos, modalidad que, por los fraudes a que podía dar lugar, fue siempre vista con gran recelo en Roma.

Art.36: Fideicomisos o asignaciones fideicomisarias son aquellas disposiciones testamentarias en que se asigna una parte de los bienes para que el asignatario la emplee en algún objeto indicado por el testador, como sufragios limosnas, dotes de doncellas pobres, fundaciones de capellanías, establecimientos públicos de beneficencia, reparación secreta de injurias o cualquier otra obra de piedad o justicia.

El fideicomiso puede ser público o confidencial, y el confidencial puede ser o no secreto.

Fideicomiso público es aquél cuyo objeto se expresa específicamente en el testamento.

Confidencial no secreto es aquel cuyo objeto expresa el testador en términos más o menos generales, refiriéndose para lo demás a comunicaciones verbales o escritas que ha hecho o que se propone hacer al fideicomisario y sobre las cuales no le impone en el testamento la obligación de guardar perpetuo secreto.

El confidencial secreto no se diferencia del anterior sino en que el testador impone al fideicomisario en el testamento la obligación de guardar perpetuo secreto sobre las comunicaciones que le ha hecho o que se propone hacerle.

La transmisión de bienes raíces en propiedad o usufructo no puede ser objeto de fideicomisos secretos.

Por último, resulta interesante destacar la conexión existente entre el párrafo dedicado a la propiedad fiduciaria y el título del mismo nombre del Proyecto atribuido a Egaña. Guzmán Brito ha planteado la posibilidad de que este último fuera una de las fases en la redacción del párrafo sobre las asignaciones fiduciarias del proyecto de 1841-45⁵⁰.

El plazo fijado por el proyecto para el cumplimiento de la condición era de 30 años desde la muerte del testador, pues como se explica en la nota c) al art. 30 las asignaciones fiduciarias se consideran perjudiciales para el tráfico de los bienes⁵¹.

un mero ejecutor de ciertas disposiciones del testamento: sus funciones, derechos y deberes pertenecen al título "De los ejecutores testamentarios". En el segundo los caracteres de fiduciario i fideicomisario se hallan reunidos en una misma persona, que en cuanto adquiere y goza de la asignación, con cargo de restituirla, esto es, emplearla en los objetos a la que la destinó ulteriormente el testador, se llama fiduciario, i desde que llega el día de darle efectivamente ese destino, es puro fideicomisario.

⁵⁰ GUZMAN, A., y AA.VV., *Primer Proyecto de Código civil*, 1978, p. 88.

⁵¹ Nota c) al art. 30: Las disposiciones contenidas en los artículos 29 y 30 parecerán algo duras; pero no deben calificarse de inicuas las limitaciones de la facultad de testar, cuando son evidentemente reclamadas por el interés de la sociedad. Las asignaciones fiduciarias son de suyo perniciosas: el asignatario directo, sujeto al gravamen de restitución, carece de la libre disposición de la cosa asignada, i no es natural que se halle dispuesto a invertir su capital en mejorar lo que al cabo de cierto tiempo ha

El art. 35 establece que en caso de dos o más asignaciones sucesivas sólo serán válidas la primera y la última, pero subsistirán de forma perpetua los derechos de censos y pensiones sobre un predio. Precisamente esta será la originalidad del Código civil chileno⁵². El art. 36 establece que los mayorazgos se regirán por una ley especial. Esa ley fue la de 14 de julio de 1852, que preveía la exvinculación de los mayorazgos por medio de su transformación en censos del 4% en los bienes o de otros con igual valor de tasación; dicha norma marcó un término perentorio de 6 años para llevar a cabo la exvinculación. Más tarde, la ley 21 de julio de 1857 reguló la exvinculación de patronatos, capellanías y otros fideicomisos sucesivos y, posteriormente, las leyes de 24 de septiembre y 21 de octubre de 1865 dispusieron la forma de redimir esos censos mediante el depósito en las arcas del Estado de la mitad de su valor y el pago por parte del Estado de los intereses como si hubiera sido impuesto todo el capital⁵³.

Art. 35: Si el testador hiciere mas de dos asignaciones sucesivas de un predio, valdrán solamente la primera i la última, i durará la primera hasta el dia o la condición de la última restitución (g).

Subsistirán, sin embargo, los derechos de censos y pensiones, impuestos sobre predios; i podrá sucederse en ellos indefinidamente según el orden establecido por el fundador.

Art.36: Las asignaciones sucesivas perpetuas conocidas con el nombre de mayorazgos se rejirán por lei especial (h).

II.C. El Proyecto de 1846.

En este proyecto se consideran las asignaciones fiduciarias y la propiedad fiduciaria como términos que hacen referencia a una misma situación, que no es otra que la propiedad de un patrimonio o de una cosa singular dejada a una persona con la obligación de restituirla a otra, si se cumple una determinada condición (art. 123).

de pertenecer a otro. i aunque es verdad que en este Proyecto se remueven mucha parte de los obstáculos que embarazan las mejoras de los predios fiduciariamente asignados, se imponen todavía al fiduciario condiciones i requisitos molestos, y se le obliga a permanecer poseyéndolos aunque carezca de medios para hacer en ellos expensas útiles o tal vez necesarias, y aun cuando le conviniese enajenarlos a otras personas en cuyas manos pudiesen conservarse y mejorarse: todo lo cual es visto que redunde en daño de los individuos mismos y de la sociedad. La consideración de los perjudiciales efectos de estas trabas, sujirió a los legisladores franceses la disposición contenida en el art. 896 que dice así:

"Se prohíben las sustituciones. Toda disposición por la cual el heredero o legatario es sometido al gravamen de conservar y restituir a un tercero, será nula aun con respecto al donatario, heredero o legatario".

La Comisión ha elegido un medio entre la antigua libertad de las asignaciones fiduciarias i la absoluta prohibición del Código civil francés. En el presente Proyecto tienen cabida, no sólo las disposiciones con que después se restringió en Francia esta prohibición, sino muchas otras que permiten hasta cierto punto el cumplimiento de la voluntad del testador. Tales son las de los artículos 29 i 30 de este título.

⁵² CLARO SOLAR, L., *op.cit.*, p. 215.

⁵³ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., *op.cit.*, p. 92.

Si bien el Proyecto de 1841-45 daba especial relevancia al carácter sucesorio de esta figura, el Proyecto de 1846 tendrá más en cuenta el hecho de ser esta una propiedad sujeta a condición que el tipo de disposición, testamentaria o no, universal o particular, precativa o imperativa, que sea. Sin embargo, al no contener el proyecto un Libro de Bienes, su regulación debió ubicarse en el Libro de Sucesiones; pero lo más importante es que se reproduce de forma textual el título *De la propiedad fiduciaria* del proyecto atribuido a Egaña, y como en el art. 3 de este último, se admite la sustitución tácita del fideicomisario por sus descendientes en aquellos supuestos en los que el fideicomisario sea descendiente del testador (art. 125).

Art. 123: Se puede dejar por testamento a una persona la propiedad i usufructo de una cosa universal o singular, con cargo de restituirlos a otra persona en cierto evento que puede verificarse o no.

La propiedad que se deja de este modo, se llama "propiedad fiduciaria" y se defiere al asignatario fiduciario en el momento de la muerte del testador. Del dominio absoluto se deja solo una simple esperanza al asignatario eventual, i no se le defiere dicho dominio sino en el momento de verificarse la condición o evento de que pende la restitución. Hai, pues, en esta disposición dos asignaciones: la de la propiedad fiduciaria, o con cargo de restitución, que es inmediata y directa; i la del dominio absoluto, la cual está en suspenso hasta verificarse la condición o evento, i se llama indirecta, eventual, condicional u oblicua.

Art. 125: En toda asignación eventual a favor de alguno de los descendientes del testador, se entenderán sustituidos tácitamente los descendientes del asignatario eventual, a menos que hayan sido expresamente excluidos por el testador; y tendrá lugar esta sustitución tácita, aunque el testador haya hecho sustituciones expresas a favor de otras personas que no sean descendientes del testador; pero no tendrá lugar en el caso contrario.

Siguiendo muy de cerca el Proyecto atribuido a Egaña y el de 1841-45, se establece que el asignatario fiduciario sólo podrá disfrutar de la cosa mientras viva o hasta que se cumpla una condición, la cual no podrá estar pendiente más de 30 años (art. 127); y, por otra parte, se prohíben -de forma aún más contundente que en 1841-45- las propiedades fiduciarias sucesivas, que sólo se admitirán en aquellos casos donde el fiduciario haya muerto antes de cumplirse la condición (art. 128).

Art. 128: Falleciendo el fiduciario, i quedando todavía pendiente alguna condición impuesta para la restitución del objeto, pasará la propiedad fiduciaria a la persona designada para este caso por el testador; i si el testador no hubiere designado para este caso ninguna persona, pasará a los herederos del fiduciario, los cuales posarán fiduciariamente el objeto en los mismos términos i con los mismos derechos i obligaciones que su antecesor.

No podrán constituirse dos o más propiedades fiduciarias sucesivas sino para el caso de fallecer el fiduciario antes de cumplirse alguna condición designada por

el testador, reputándose siempre fallida la que no se cumpliera dentro de los treinta años subsiguientes a la muerte del testador, o durante la vida del fiduciario vitalicio, si este viviere más tiempo.

También en este proyecto se considera al fiduciario como un ejecutor testamentario. El fideicomisario es aquel a quien el difunto o la ley encargan una parte de los bienes para emplearla en un determinado objeto indicado por el testador (art. 250) y, al igual que allí, se limitan los fideicomisos a aquellos encargos cuyo objeto sea una obra de piedad; se admiten los fideicomisos públicos y confidenciales, secretos y no secretos (art. 285).

II.D. El Proyecto de 1853.

Este proyecto va a tener una especial importancia porque será la base del Código civil de 1855. El tratamiento de la propiedad fiduciaria se llevará a cabo en el Libro de los Bienes, como una de las formas de limitación al dominio⁵⁴:

Art. 876: El dominio puede ser limitado de varios modos:

- 1º Por haber de transferirse a otra persona, en virtud de una condición resolutoria;
- 2º Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación, a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra.
- 3º Por las servidumbres prediales.

Art. 877: Propiedad fiduciaria es la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.

Con el término fideicomiso se hace referencia a la constitución de la propiedad fiduciaria (art. 878), lo cual sólo puede hacerse por testamento o por medio de instrumento público (art. 880), notas de formalismo que lo acercan más al legado romano que al fideicomiso. También se llama *fideicomiso* a la cosa que debe ser restituida si se verificara la condición. Esta condición, en el caso de los fideicomisos sobre predios, debe cumplirse en el plazo de treinta años, a no ser que la restitución penda de la muerte del fiduciario (art. 887 a). A este respecto es interesante destacar como el plazo de 30 años se limita sólo a los fideicomisos sobre predios, mientras que el art. 30 del Proyecto de 1841-45 y el art. del proyecto de 1846 establecían el plazo con carácter general⁵⁵.

⁵⁴ GUZMAN, A., *op.cit.*, pp. 88 ss., pone de relieve como el proyecto atribuido a Egaña -que fue el primero que situó la regulación de la propiedad fiduciaria en el Libro de los Bienes- no ejerció una influencia textual directa sobre el proyecto de 1953.

⁵⁵ Art. 30 Proyecto de 1841-45: "En las asignaciones indirectas condicionales toda condición que no sea la de existir el asignatario indirecto al tiempo de la muerte del fiduciario, se dará por deficiente, si no se cumple dentro de los treinta años subsiguientes a la muerte del testador"; art. 128 Proyecto de 1846: "Falleciendo el fiduciario, y quedando todavía pendiente alguna condición impuesta para la restitución del objeto, pasará la propiedad fiduciaria a la persona designada para este caso por el testador; i si el testador no hubiere designado para este caso ninguna persona, pasará a los herederos del fiduciario, los cuales poseerán fiduciariamente el objeto en los mismos términos y con los mismos

Art. 878: La constitución de la propiedad fiduciaria se llama "fideicomiso". Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria.

Art. 880: Los fideicomisos no pueden constituirse sino por instrumento público entre vivos, o por acto testamentario.

Art. 887 a: Si el fideicomiso se constituyere sobre un predio, toda condición de que penda su restitución, y que tarde más de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida; a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que pende la restitución.

El constituyente puede nombrar al fideicomisario los sustitutos que quiera, para el caso de que el fideicomisario muriese antes de la restitución (art. 891), su designación deberá ser expresa, salvo cuando el fideicomisario sea descendiente del constituyente, en cuyo caso lo sustituirán tácitamente sus descendientes legítimos (art. 892). Pero, en cualquier caso, se prohíben los fideicomisos sucesivos, a excepción de los que estén constituidos en pensiones censuarias (art. 893). El censo se presenta como solución a todos aquellos fideicomisos perpetuos o mayorazgos ya existentes, siempre que se ajusten a la ley especial de Mayorazgos de 14 de julio de 1852 (art. 893).

En el Libro de Sucesiones se trata de las asignaciones testamentarias y, dentro de ellas, se incluyen las sustituciones fideicomisarias (art. 1320) dándose una definición que coincide básicamente con la que da el art. 877 de la propiedad fiduciaria, pero vista desde el lado del fideicomisario. La sustitución fideicomisaria no se presume nunca (art. 1322) y en cuanto sea posible deben aplicarse las reglas de la sustitución vulgar (art. 1323). Conviene, sin embargo, tener claras las diferencias entre la sustitución vulgar y la fideicomisaria, pues como señala Claro Solar, en la primera, la sustitución se produce porque la primera persona llamada no acepta la herencia, mientras que en la fideicomisaria es necesaria la aceptación de la persona llamada en primer término para que se lleve a cabo la sustitución⁵⁶.

Art. 1320: Se llama "sustitución vulgar" la que se hace para el caso de no aceptar el signatario, o de faltar, antes de deferirsele la asignación, por fallecimiento o por otra causa que extinga su derecho eventual.

Se llama "sustitución fideicomisaria" la que llama a un fideicomisario a reemplazar al propietario fiduciario en el evento de una condición expresa o tácita.

Art. 1322: La sustitución no debe presumirse fideicomisaria, sino cuando es imposible por el tenor de la disposición presumir la vulgar.

derechos i obligaciones que su antecesor. No podrán constituirse dos o mas propiedades fiduciarias sucesivas sino para el testador, fallecer el fiduciario antes de cumplirse alguna condición designada por el testador, reputándose siempre fallida la que no se cumpliera dentro de los treinta años subsiguientes a la muerte del testador, o durante la vida del fiduciario vitalicio, si este viviere mas tiempo".

⁵⁶ CLARO SOLAR, L., *op.cit.*, p. 217.

Art. 1323: La sustitución fideicomisaria comprende la vulgar; por consiguiente, si fallece el fiduciario ántes que el testador, i la restitución del fideicomiso pende sólo de la muerte del fiduciario, será llamado a la propiedad el fideicomisario inmediatamente i sin cargo de restitución.

En relación con los fideicomisos tácitos, el proyecto los regula de forma detallada (art. 1490-1495) dentro de los fideicomisos simples que, a diferencia del Proyecto de 1846, sólo requieren que el objeto a que se destinen sea lícito y no necesariamente una obra de beneficencia (art. 1487).

Art. 1487: El testador puede hacer encargos especiales al heredero, a el albacea, y a cualquiera otra persona, para que se invierta en uno o mas objetos lícitos una cuantía de bienes de que pueda disponer libremente.

Estos encargos se llaman "fideicomisos simples", y los encargados, "tenedores fiduciarios".

II.E. Proyecto inédito.

Este Proyecto es una revisión del anterior Proyecto de 1853 y sigue, por tanto, el mismo esquema que este: tratamiento de la propiedad fiduciaria en el Libro de los Bienes y tratamiento de las sustituciones fideicomisarias en el Libro de Sucesiones.

La propiedad fiduciaria se configura prácticamente como una sustitución fideicomisaria, pues al igual que en proyectos anteriores se define como aquella propiedad que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona si se verifica una condición expresa o tácita (art. 877). En el comentario que se hace a este título VIII⁵⁷ -dedicado a la propiedad fiduciaria- se destaca como en cualquier caso no pueden constituirse dos o más fideicomisos sucesivos ni hacerse pasar un fideicomiso a usufructo; pues de esa forma se pretende evitar los fideicomisos y usufructos perpetuos. Sin embargo, se mantiene la posibilidad de constituir censos perpetuos (art. 893) y de convertir los mayorazgos y fideicomisos perpetuos existentes sobre inmuebles capitales acensuados (art. 896).

Art. 877: Se llama "propiedad fiduciaria" la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama "fideicomiso".

Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria.

La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama "restitución".

⁵⁷ Nota al Título VIII : En este título i el siguiente, debe presuponerse que, según el presente Proyecto, no puede haber dos fideicomisos sucesivos, ni dos usufructos sucesivos, ni un fideicomiso que sea seguido de un usufructo, o viceversa. Se ha querido de este modo precaver los fideicomisos o usufructos perpetuos o de largo tiempo. Por regla general, se prohíbe sujetar una cosa a dos estados sucesivos en que no pueda gozarse de ella sino con las restricciones del usufructo. Sólo es permitida la perpetuidad en los censos.

Art. 893: Se prohíbe constituir dos o mas fideicomisos sucesivos, de manera que restituido el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra.

Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros.

Exceptuándose de esta disposición los fideicomisos sucesivos o perpetuos constituidos en pensiones censuarias.

Art. 896: Los inmuebles actualmente sujetos al gravamen de fideicomisos perpetuos, mayorazgos o vinculaciones, se convertirán en capitales acensuados, según la ley o leyes especiales que se hayan dictado al efecto.

Al igual que en el Proyecto de 1853, y de forma parecida a proyectos anteriores, se fija el plazo de 30 años como máximo para que se cumpla la condición en aquellos casos de fideicomisos constituidos sobre inmuebles. Pero, existen también otros puntos que suponen una auténtica revisión con respecto al Proyecto que le precedió: así, por ejemplo, mientras que el Proyecto de 1853 atendía tanto a la muerte natural como a la civil cuando la restitución dependía de la muerte del fiduciario⁵⁸, el Inédito sólo tendrá en cuenta la natural (art. 887 a), a menos que el constituyente haya ordenado otra cosa. Otro ejemplo puede ser el art. 892, que no admite en ningún caso la sustitución tácita del fideicomisario, ni aún cuando fuera descendiente legítimo del testador (como sí admiten los art. 128 del Proyecto de 1846 y art. 892 de 1853).

Art. 887 a: Si es la muerte del fiduciario lo que determina el día de la restitución, se entenderá su muerte natural; a menos que el constituyente haya ordenado otra cosa.

Art. 892: No se reconocerán otros sustitutos que los designados expresamente en el respectivo acto entre vivos o testamento.

El art. 901 establece que los derechos y cargas del propietario fiduciario son, en general, los que corresponden al usufructuario; pero en realación a la imposición de gravámenes sus facultades se asimilan, sin embargo, a las de un tutor o curador (art. 904). En el comentario al art. 902 se pone de relieve como no existe obligación de prestar caución de conservación y restitución, lo cual es una diferencia con respecto del fideicomiso romano⁵⁹.

⁵⁸ Art. 887 b Proyecto de 1853: Si es la muerte del fiduciario lo que determina el día de la restitución, se entenderá su muerte natural o civil; pero no se entenderá la civil, cuando en ello se perjudique al fideicomisario, o se contravenga a la voluntad del constituyente.

⁵⁹ Cfr. D.36,3 *Ut legatorum et fideicomissorum causa caveatur*.

Art. 901: El propietario fiduciario tiene sobre las especies que puede ser obligado a restituir, los derechos i cargas del usufructuario, con las modificaciones que en los siguientes artículos se expresan.

Art. 902: No es obligado a prestar caución de conservación y restitución, sino en virtud de sentencia de juez, que así lo ordene como providencia conservatoria impetrada en conformidad al artículo 909⁶⁰.

Art. 904: En cuanto a la imposición de hipotecas, censos, servidumbres, i cualquiera otro gravámen, los bienes que fiduciariamente se posean se asimilarán a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría, i las facultades del fiduciario a las del tutor o curador. Impuestos dichos gravámenes sin previa autorización judicial con conocimiento de causa, y con audiencia de los que según el art. 909 tengan derecho para impetrar providencias conservatorias, no será obligado el fideicomisario a reconocerlos.

En el Libro de Sucesiones (art.1320) se define la sustitución fideicomisaria de forma prácticamente idéntica a como el art. 877 definía la propiedad fiduciaria, puesto que sustitución fideicomisaria es aquella en la que se llama a un fideicomisario para que reemplace al propietario fiduciario en el evento de que se cumpla una condición expresa o tácita. El régimen es idéntico al que se fijó en 1853. Se aprecia, sin embargo, una particularidad en relación con la naturaleza del encargo que debe cumplir el albacea fiduciario -en 1853 llamado "tenedor fiduciario"- pues, se contemplan sólo los fideicomisos tácitos (art. 1487); mientras que en 1853, pese a dedicarse prácticamente entero el tít. IX (*De los tenedores fiduciarios*) a los encargos secretos, se tienen también en cuenta los fideicomisos públicos.

Art. 1320: Se llama sustitución fideicomisaria la que llama a un fideicomisario a reemplazar al propietario fiduciario en el evento de una condición expresa o tácita.

Art. 1487: El testador puede hacer encargos secretos y confidenciales al heredero, a el albacea, y a cualquiera otra persona, para que se invierta en uno o más objetos lícitos "una cuantía de bienes de que pueda disponer libremente.

El encargado de ejecutarlos se llama "albacea fiduciario".

III. EL CODIGO CIVIL DE 1855

Por último llegamos al Código civil de 1855, que evidentemente es el que más nos interesa, por ser el que hoy está vigente en Chile. Para su análisis hemos trabajado con el ejemplar de D. Gabriel Ocampo, comentado por él personalmente⁶¹. Su texto es la segunda revisión del proyecto de 1853, por lo que básicamente adopta el

⁶⁰ Nota al art. 902: Se modifican las disposiciones del Derecho romano, título *ut legatorum seu fideicommissorum causa caueatur*.

⁶¹ Este ejemplar se encuentra depositado en la Biblioteca del Departamento de Ciencias del Derecho de la Universidad de Chile.

planteamiento por este establecido.

Se llama "*fideicomiso*" a la constitución de la propiedad fiduciaria sobre una cosa, que habrá de restituirse a otra persona en el caso de verificarse una condición (art. 733), quedando configurado como una sustitución fideicomisaria⁶². Pero lo más importante es que se tiene en cuenta fundamentalmente su naturaleza de derecho limitativo de la propiedad y que -al mismo tiempo- también se atiende a su carácter de institución sucesoria, por ser esta su forma más frecuente de constitución. Junto a la necesidad de testamento o instrumento público para su constitución, se establece el requisito formal de la inscripción registral (art. 735). El fideicomiso puede recaer sobre la totalidad de una herencia, una cuota de ella o sobre cuerpos ciertos (art. 734)⁶³ y, añade Ocampo, también sobre una cantidad. Por otra parte, la condición de la que pende la restitución -de cualquier fideicomiso y no sólo de los que se constituyen sobre predios- debe verificarse en un plazo no superior a cinco años, desde la delación de la propiedad; salvo cuando la restitución penda de la muerte del fiduciario (art. 739)⁶⁴.

Art. 734: No puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos⁶⁵.

Art. 735: Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario.

La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente Registro.

Art. 739: Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de cinco años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución.

Estos cinco años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria⁶⁶.

En cuanto a los fideicomisos sucesivos, el art. 745 prohíbe su constitución y, al igual que en proyectos anteriores, se admite su conversión en capitales acensuados según leyes especiales (art. 747). En la misma línea del Proyecto Inédito (art. 892)

⁶² CLARO SOLAR, L., *op.cit.*, p. 10 pone de relieve como el pretor exigía la *cautio fideicommissorum causa* y el Derecho chileno se aleja del modelo romano.

⁶³ OCAMPO, en su comentario al artículo, añade que también puede ser su objeto una cantidad.

⁶⁴ OCAMPO considera la muerte del fiduciario como *dies*, no como condición. El art. 740, hoy derogado por el art. 2 de la ley N° 7.612 de 21 de octubre de 1943, tenía sólo en cuenta la muerte natural, por lo que OCAMPO preveía la originación de frecuentes situaciones conflictivas, pues el art. 993 sobre las asignaciones por causa de muerte contemplaba tanto la muerte natural como la civil.

⁶⁵ Véanse, en el Apéndice del Código de Comercio, los Arts. 48, N° 8, y 52 de la Ley General de Bancos.

⁶⁶ Los plazos establecidos en este artículo fueron fijados por el Art. 1° de la Ley N° 16.952, de 1° de octubre de 1968, que comenzó a regir el 1° de octubre de 1969.

sólo se consienten los nombramientos de sustitutos del fideicomisario hechos de forma expresa y sólo para el caso de que el fideicomisario dejara de existir antes de la restitución: no se admite en ningún caso su sustitución tácita, ni siquiera cuando el fideicomisario sea descendiente legítimo del constituyente, como sí lo permitía el art. 892 del Proyecto de 1853. Pero, al igual que el Proyecto atribuido a Egaña (art. 6) y que el Proyecto de 1846 (art. 125) se admite la sustitución tácita del fiduciario para el caso de que muriese antes de verificarse la condición, actuando como sustitutos de este el propio constituyente o sus herederos (art. 748). El art. 749 establece que el fiduciario debe ser considerado como un tenedor fiduciario, con las facultades correspondientes a los curadores de bienes si se hubiera dispuesto que los frutos deben ser reservados al fideicomisario. En su comentario a este artículo, D. Gabriel Ocampo pone de relieve como, según su criterio, la nuda propiedad radica en el fideicomisario, si se cumple la condición, o en los herederos del constituyente, si esta no se verificase. En general -y a semejanza del Proyecto Inédito- el fiduciario tiene los derechos y obligaciones de un usufructuario (art. 754), pudiendo disponer libremente de los bienes, aunque debe conservar en cualquier caso su integridad y valor (art. 758) así como responder de cualquier deterioro que haya tenido lugar por su culpa, salvo en aquellos supuestos en los que el constituyente hubiera dispuesto que el fiduciario puede gozar de la propiedad a su arbitrio hasta el momento de la restitución (art. 760)⁶⁷.

Art. 748: Cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente al fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos.

Art. 749: Si se dispusiere que mientras pende la condición se reserven los frutos para la persona que en virtud de cumplirse la condición o de faltar la condición, adquiera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un tenedor fiduciario, que sólo tendrá las facultades de los curadores de bienes.

Art. 758: Por lo demás, el fiduciario tiene la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso, y podrá mudar su forma: pero conservando su integridad y valor.

Será responsable de los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa.

Otro aspecto muy interesante es que definitivamente se reconoce de forma expresa la posibilidad de enajenar la propiedad fiduciaria, tanto por acto *inter vivos* como por disposición *mortis causa*; pero siempre con la obligación de mantenerla indivisa y con

⁶⁷ Cfr. CLARO SOLAR, L., *op.cit.*, donde explica cómo el derecho del fiduciario es el de un propietario, aunque sea una propiedad resoluble. OCAMPO opina que la nuda propiedad radica en el fideicomisario si la consición llegara a cumplirse, o en los herederos del constituyente, si ésta no se verificase.

el gravamen de su restitución si se verificase la condición o cuando se cumpla el plazo tras el cual se haya determinado que la propiedad debe ser puesta en manos del fideicomisario (art. 751).

Art. 751: La propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte, pero en uno y otro caso con el cargo de mantenerla indivisa, y sujeta al gravamen de restitución bajo las mismas condiciones que antes.

No será, sin embargo enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación; ni transmitible por testamento o abintestato, cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; y en este segundo caso si el fiduciario la enajena en vida, será siempre su muerte la que determine el día de la restitución.

En el capítulo dedicado a las sustituciones fideicomisarias, el Código sigue a los Proyectos que le precedieron, pero presenta como novedad la remisión directa a las reglas de la propiedad fiduciaria (art. 1164) -ambas hacen referencia a una misma situación jurídica tratada desde distintos puntos de vista- y no a las normas de la sustitución vulgar (art. 1321 del proyecto de 1853).

Art. 1164: Sustitución fideicomisaria es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.

La sustitución fideicomisaria se regla por lo dispuesto en el título "De la propiedad fiduciaria".

Por último, en el título dedicado a los albaceas fiduciarios, se sigue admitiendo los fideicomisos tácitos (art. 1311), pero se introduce una limitación, consistente en la imposibilidad de destinar a dichos encargos más de la mitad de los bienes de libre disposición (art. 1313).

Art. 1313: No se podrá destinar a dichos encargos secretos, más que la mitad de la porción de bienes que el testador haya podido disponer a su arbitrio.

IV. CONCLUSIONES.

Tras este estudio, podemos observar como la recepción del fideicomiso romano en el Código civil chileno se produjo de una forma muy peculiar. Tres son las modalidades que se reciben: la sustitución fideicomisaria, el fideicomiso tácito y el fideicomiso de residuo.

En relación con las sustituciones fideicomisarias, el Código hoy vigente en Chile -a diferencia de otros, como el francés, que prohíbe toda sustitución- opta por una solución de equilibrio, que constituirá su mayor originalidad, pues las sustituciones fideicomisarias se mantienen, aunque dentro de unos límites que permiten su funcionamiento, pero evitan que se produzcan las situaciones abusivas que en otros tiempos se dieron. Su ubicación también es otro aspecto que merece ser destacado, ya que es una de las notas más características de esta modalidad de fideicomiso

recogida en el Código civil chileno. Su doble naturaleza de propiedad limitada y de forma de sucesión provocó que algunos proyectos destacaran más el carácter sucesorio y otros el real. La definitiva localización en el Libro de los Bienes por el Código civil de 1855 es para algunos autores, entre ellos Chacón, un error, ya que lo importante es la transmisión a título gratuito que tiene lugar y no el que el fideicomiso limite al dominio⁶⁸. Sin embargo, la mayoría de la Doctrina coincide en considerar como acertada dicha ubicación, pues lo esencial es la naturaleza del derecho y no el modo normal en que se constituye, tanto más cuanto desde las Partidas se admite su constitución por acto *inter vivos*⁶⁹. Pese a ello Guzmán Brito pone de relieve como ya en el Proyecto atribuido a Egaña la propiedad fiduciaria aparece en el Libro de los Bienes, pero el tratamiento que recibe es el de una institución sucesoria, pues se omite cualquier consideración acerca de su constitución por acto *inter vivos*. Lo cierto es que es esta una figura polémica, en la que confluyen tanto aspectos de Derecho sucesorio como de Derecho real y es -a nuestro juicio- en estas coordenadas donde debe encuadrarse para su correcta comprensión.

⁶⁸ CHACON, J., *Exposición razonada y estudio comparativo del Código civil chileno*, II, 3ª ed., Santiago de Chile, 1890, pp. 218 ss..

⁶⁹ ALESSANDRINI, A., SOMARRIVA, M., y VODANOVIC, A., *op.cit.*, pp. 93 ss..

