

LA FIDUCIA CUM AMICO Y LOS MODERNOS PATRIMONIOS PROTEGIDOS ¹. 1^a
parte Derecho Romano ²

Por

NÚRIA COCH ROURA
Lectora de Derecho Romano
Profesora acreditada Contratada Doctora
Universidad Autónoma de Barcelona
ORCID 0000-0002-8885-120X

nuria.coch@uab.cat

Revista General de Derecho Romano 42 (2024)

RESUMEN: El objetivo principal de este artículo es valorar si la institución de la fiducia cum amico pudo ser el germen de los modernos negocios fiduciarios (trust), entre los que encontramos el patrimonio protegido para las personas con discapacidad, pues la tradición histórica suele partir de la Edad Media en Inglaterra. La metodología ha consistido en la revisión y discusión de la bibliografía romanística más relevante sobre la fiducia, alineándonos con la reaparición de las teorías que dan a la fiducia cum amico un margen de actuación mucho más amplio al que la doctrina dominante venía atribuyendo. Constituye pues, el resultado más importante de este trabajo la formulación de que la fiducia cum amico -que respondía al esquema complejo admitido- entendemos no debería enmarcarse en el ámbito del derecho arcaico, si no que encajarían más bien en el derecho pre-clásico y que la constatación de la expansión del ámbito de la misma, apoyándonos en los textos del Digesto, posibilita la aceptación de nuestra tesis.

PALABRAS CLAVE: fiducia cum amico, fiducia cum creditore, negocios fiduciarios, finalidades fiduciarias, discapacidad, patrimonios protegidos para discapacitados.

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Encuadramiento y concepto de fiduciae romana; III.-Fuentes para el conocimiento de la institución; IV.-Estructura de la Fiducia; V.-Objeto de la Fiducia; VI.- Funciones de la fiducia cum amico; 6.1.-Función de depósito; 6.2 Función de comodato; 6.3 Función de fiducia manumissionis; 6.4 Función de donación mortis causa; 6.4.1 Función de donación a través de fiduciario interpuesto VII.- Protección procesal: actio fiduciae; VIII.-Otras formas de protección: la usureceptio; IX.- Conclusiones. X.- Apéndice Bibliográfico.

¹ Este artículo se empezó a gestar gracias a la estancia de investigación que pude realizar durante los meses de marzo, abril y mayo de 2023 en la Universidad de Turín, al formar parte del Proyecto de investigación de la Universidad Rovira i Virgili 'La tradición romanística ante las grandes reformas del derecho de la compraventa' Convocatoria 2019 ref. PID2019-110899GB-100', financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

² La segunda parte se referirá a la figura de los patrimonios protegidos en derecho español, por razones de extensión hemos decidido dividirlo en dos partes, esta primera publicación se centrará en la tradición romanística, mientras que la segunda la dedicaremos al estudio de los negocios fiduciarios modernos y en particular en el Patrimonio Protegido.

THE FIDUCIA CUM AMICO AND THE MODERN DISABLED TRUSTS. Part I

The Roman tradition.

ABSTRACT: The main objective of this article is to assess whether the institution of fiducia cum amico could have been the seed of modern fiduciary business (trust), among which we find the disabled trusts, since the historical tradition usually starts in the Middle Ages in England. The methodology consisted of a review and discussion of the most relevant Roman literature on fiducia, aligning ourselves with the reappearance of theories that give fiducia cum amico a much wider scope of action than the dominant doctrine had attributed to it. Therefore, the most important result of this work is the formulation that the fiducia cum amico -which responded to the admittedly complex scheme- should not be framed within the scope of archaic law, but would rather fit into pre-classical law, and that the confirmation of the expansion of its scope, based on the texts of the Digest, makes the acceptance of our thesis possible.

KEYWORDS: fiducia cum amico, fiducia cum creditore, trust business, fiduciary purposes, disability, disabled trusts.

SUMMARY: I.-Introduction; II.-Framework and concept of the Roman fiduciae; III.-Sources for the knowledge of the institution; IV.-Structure of the fiduciae; V.-Object of the fiduciae; VI.-Functions of the fiducia cum amico; 6.1 Deposit function; 6.2 Commodatum function; 6.3 Fiducia manumissionis function; 6.4 Donation mortis causa function; 6.4.1 Donation through an interposed trustee function VII.- Protection: actio fiduciae; VIII.-Other forms of protection: usureceptio; IX. Conclusions. Bibliographical reference.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos asistido a un refloreamiento de los estudios de la *fiducia*, desde una nueva óptica ya que se trata de profundizar en la institución con la finalidad de comprender los diversos fenómenos fiduciarios modernos, las raíces de los cuales más o menos próximas podrían encontrarse en la fiducia romana³. Esta es también nuestra intención pues intentaremos analizar e indagar sobre la figura del patrimonio protegido para las personas con discapacidad vigente en Catalunya. Vamos a partir del estudio de la fiducia romana, particularmente de la *fiducia cum amico*⁴, para comprender esta institución fiduciaria actual cuya beneficio es desgraciadamente muy desconocido por los diversos operadores jurídicos.

En todo ordenamiento jurídico el elemento fiduciario tiene una función en primer lugar social, y en este sentido las prácticas sociales presionan sobre el desarrollo del propio

³ BELDA, J “La *mancipatio fiduciae causa* como garantía crediticia”, RGDR 9, 2007 El autor mantiene que la difusión del concepto de negocio fiduciario se debe principalmente a su inclusión en la sistemática romanística hecha por Regelsberger, F, Pandekten I, (Leipzig 1893) pp. 518 ss.; también cfr. su estudio “Zwei Beitrag zur Lehre von der Cession”, Arch. für die Zivilpraxis 63 (1880) pp. 172 ss. Belda, J *Perspectiva histórica de la fiducia romana* (Granada 2002) p.160.

⁴ Sin embargo, haremos una introducción común a ambos tipos de fiducia ya que estamos de acuerdo con LONGO, C *Corso di diritto romano: La Fiducia*. Milano 1933. Pág.5 y con GROSSO, G Recensione AW. Erbe, *Die Fiduzia im römischen recht*; en *Scritti storico giuridici IV Recensioni e ricordi* pág 152 y ss. El autor critica la sistemática utilizada por Erbe, ya que hace un tratamiento totalmente separado de la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*. Grosso considera que la fiducia requiere una parte general para ambos tipos, o al menos un tratamiento paralelo.

derecho y, en segundo lugar, jurídico, con la sanción de nuevas instituciones. Hay que apreciar que, en el sistema del *ius civile*, básicamente garantista y formalista, caracterizado por la tipicidad de base legal la *fides*⁵ ya tenía un papel preponderante, - como el mismo nombre de *fiducia* indica-. La *fides* de la época arcaica, -a modo de ley privada impuesta por su potestad sobre lo propio⁶-, tiene un carácter subjetivo. Por un lado, está la *fides* del fiduciante -la razón de ser de la institución-, que confía sus bienes a la otra parte, en la creencia de que ésta respetará el encargo recibido (y, mayoritariamente⁷ le devolverá los bienes transferidos). Por otro lado, está la "*fides*" del fiduciario, que se expresa en el cumplimiento del compromiso asumido con el *mancipio dans* y en el poder adquirido sobre la *res*. La *fides* en el mundo romano antiguo es un valor que perfila individualmente⁸ a quien la tiene, como una persona leal a la palabra dada, fiel a sus compromisos de forma estable. En los actos formales la *fides* quedará integrada en la misma formalidad de los actos rituales. Frente a esta, aparece posteriormente la *bona fides*⁹ que tendría un matiz más objetivo y objetivable que la *fides*¹⁰, en cuanto se enmarcaría en el cumplimiento de los usos del tráfico, el respeto de la ética comercial, la bilateralidad y la reciprocidad en la conducta respecto a la persona con la que se establece la relación jurídica.

II. ENCUADRAMIENTO Y CONCEPTO DE LA FIDUCIA ROMANA

Las investigaciones han permitido afirmar que, la necesidad de los *cives* de asegurarse una mayor protección o una mejor gestión de sus bienes durante un período

⁵ NÖRR, D *La fides en el Derecho Internacional romano*. Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursicino Alvarez» (Madrid 1996) pp. 16 ss. Según el autor la *fides* es una de las categorías esenciales para la comprensión del ordenamiento jurídico romano, y destaca la definición de Cicerón en su libro sobre los deberes (*De off.1.23*): la *fides* es *dictorum conventorumque constantia et veritas*, es decir la actitud perseverante y veraz ante las palabras pronunciadas o los acuerdos celebrados.

⁶ D'ORS, Álvaro, *Elementos de Derecho Privado Romano* (Pamplona 1960) p. 74

⁷ Decimos mayoritariamente puesto que veremos algunos casos de estructuras fiduciarias en las que no se persigue esta finalidad.

⁸ CASTRESANA, A *Fides, Bona fides, un concepto para la creación del derecho*, (Tecnos. 1991) p. 96; Nörr, D., *Die «Fides» im römischen Volkrecht*, Heidelberg, 1991 [= La «fides» en el Derecho internacional romano, trad. de R. Domingo, Madrid, 1996]; Cardilli, R., «Bona fides». Tra storia e sistema, (Torino 2004)

⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos". *Revista General de Derecho Romano* 15 (2010); SALAZAR, M "Formación en el Derecho Romano y en la tradición romanística del principio de buena fe y su proyección en el Derecho Comunitario europeo, *Revista Internacional de Derecho Romano*. 14, (2015) pp. 111 ss.

¹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A "De los *arbitria bonae fidei* pretorios a los *iudicia bonae fidei civiles*" en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese a cura di Luigi Garofalo*. Vol. II pp. 31 ss.

limitado -dictada por razones contingentes, como un largo viaje o una enfermedad grave- se preservaba recurriendo a enajenaciones previstas como temporales, pero en las que el deber del destinatario de devolver lo recibido se fundaba exclusivamente en vínculos preexistentes de carácter personal, derivados por ejemplo de la amistad que unía a las partes o de ese valor esencial de la convivencia colectiva representado por la *fides*. Podemos considerar que la *fiducia cum amico* es la primera manifestación del negocio fiduciario¹¹.

Gayo distingue¹² según las obligaciones se contraigan *re, verbis, litteris, o consensu*. La dogmática moderna prefiere fundamentar la distinción en el concepto unitario de contrato; y clasificar con precisión los contratos en reales, verbales, literales y consensuales. De las cuatro categorías¹³ anteriores, la más restrictiva en las Instituciones Gayanas, es la de los contratos reales, categoría a la que mayoritariamente se suele adscribir, como veremos, la fiducia. Gayo al desarrollar esta categoría se limita al mutuo y al pago de lo indebido -aunque posteriormente lo excluye porque como indica el jurista no hay voluntad de contratar sino más bien de extinguir la obligación *sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*¹⁴. A pesar de no incluirla en su sistemática contractual, las Instituciones de Gayo son fundamentales para el estudio de la fiducia¹⁵, aunque trate incidentalmente al hablar de otras cuestiones como de la *usureceptio* (Gai 2,59), el legado *per praeceptionem* (Gai 3, 202), la *actio fiduciae* (Gai 4,33; 4,62; 4,182) y la *coemptio fiduciaria*.

El problema que se plantea la romanística es si la fiducia es un contrato autónomo o bien es una causa de otros negocios,¹⁶ o bien se le atribuye una naturaleza negocial. Los

¹¹ En este sentido, GROSSO, G. *Il sistema romano dei contratti*. (Torino 1963) p. 114.; "Sulla fiducia a scopo di manumissio" en RISG, IV, 1929, 251 ss. En Scritti storico giuridici. III. Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni, (Torino 2001) pp 189 ss.; Recensione a W. ERBE, Die Fiduzia im römischen Recht, Weimar, 1940, in SDHI, VII, 1941, 425 ss. (Scritti storico giuridici. IV. Recensioni e ricordi, Torino, 2001, 153 ss.). Algunos autores con el mismo ERBE piensan que es imposible demostrarlo.

¹² Gai. 3, 89 *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*.

¹³ Para ver las diversas críticas a la cuatri-partición gayana, ver Grosso, G *Il sist*. Cit (n.11) p.73.

¹⁴ Gai. 3, 91

¹⁵ Gai. 2, 60 *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit*.

¹⁶ FUENTESECA, P "Líneas generales de la *fiducia cum creditore*" en Derecho Romano de Obligaciones. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, (Madrid 1994) p. 430 y ss. Entiende que este problema sigue sin solución en parte por estar conectado con la dificultad que ofrece la noción de *contractus*.

partidarios de reconocer una naturaleza contractual a la fiducia, lo argumentan fundamentalmente en la existencia de una *actio fiduciae* y en el lenguaje utilizado en las fuentes tratadas “*contrahitur fiducia*”, “*contracta fiducia*”, “*contrahere fiduciam*”.

Como hemos adelantado la romanística suele encuadrar la fiducia entre los contratos reales.

Bonfante¹⁷ después de catalogarla dentro de los contratos reales¹⁸ la define como una convención, por la cual una de las partes (fiduciario) recibiendo de la otra parte (fiduciante) una cosa a través de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, asume la obligación de usarla para un fin determinado, y normalmente restituirla una vez terminado la finalidad.

Arangio-Ruiz¹⁹ la define como un contrato real en virtud del cual, alguien que para un fin determinado ha recibido la transmisión de una cosa de otro mediante una *mancipatio* o una *in iure cessio*, se obliga a retransmitirla o a “ricederla in iure”, cuando el fin se haya cumplido.

Talamanca²⁰ no define abiertamente la *fiducia*, y centra su atención en la *fiducia cum creditore* que considera es un contrato real e imperfectamente bilateral, mientras atribuye a la *fiducia cum amico* un carácter puramente residual.

Kaser manifiesta que el contrato de fiducia (*pactum fiduciae*), puede ir conectado a una *mancipatio*, se celebra, o bien con un acreedor, de modo tal, que la cosa mancipada sirva como garantía real (*fiducia cum creditore contracta*); o bien se mancipa la cosa a favor de una persona de confianza con otra finalidad (entiende dicho romanista que la expresión *fiducia cum amico contracta* no es técnica; Gai. 2, 60) por ejemplo, para dejarlo bajo su protección, o para obligarlo a realizar actos de disposición, como la enajenación a terceros, la manumisión de un esclavo, etc. En ambos casos el fiduciante (enajenante) dispone de la *actio fiduciae* contra el fiduciario para exigir que éste administre o disponga de la cosa según el contrato y no lo perjudique (*dolo malo*).

Cascione²¹, tras considerarla también entre los contratos reales, mantiene que consiste en la transmisión de la propiedad formal de una cosa (mediante *mancipatio* o *in iure cessio*) de un sujeto llamado fiduciante a otro que se llama fiduciario con la finalidad de custodia (*fiducia cum amico*) o de garantía de una obligación precedentemente

¹⁷ BONFANTE, P *Istituzioni di diritto romano* (1987 1ªed.1946 Milan Giuffrè) p. 381

¹⁸ BURDESE, A *Diritto Privato Romano* (Torino reimpr. 2002) p. 430 *La fiducia pur non essendo elencata nelle fonti tra i contratti, è istituto che nelle sue applicazioni all'ambito dei rapporti patrimoniali, si presenta analogo, dal punto de vista strutturale, ai contratti reali.*

¹⁹ ARANGIO-RUIZ, V *Istituzioni di diritto romano* (1976 Napoles) p. 307

²⁰ TALAMANCA, M *Istituzioni di diritto romano* (1990 Milan Giuffrè) p. 552 y 533

²¹ CASCIONE, C *Manuale breve Diritto Romano*. Giuffrè. 2007.

concluida (*fiducia posta in essere con el creditore o fiducia cum creditore*) con un *pactum fiduciae* (pacto fiduciario) según el cual, el fiduciario debe retransferir la cosa cuando se lo reclamen -en el primer caso- o después de satisfacer su crédito, en el segundo.

D'Ors²² establece que la fiducia es un contrato formal, por el que un propietario confía la propiedad de una *res Mancipi*²³ a alguien llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en un determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a otra persona designada por este. Para exigir la devolución dispondrá de la *actio fiduciae*. Y, Guzman Brito²⁴ especifica que es un contrato real y formal al mismo tiempo, "ya que el carácter formal deriva de operarse mediante *mancipatio o in iure cessio*".

Otros autores evitan su calificación como contrato, así, Longo²⁵ la define como un negocio jurídico por el cual una de las partes recibiendo de la otra una cosa mediante la *mancipatio o la in iure cessio*, se obliga a devolverla al transferente o bien a darle una determinada destinación

Grosso²⁶ dice que la fiducia consiste en una transmisión de la propiedad (o por conexión de una potestad) debido a determinadas finalidades fiduciarias, en el caso de la *fiducia cum amico*, de diferente índole, o en el caso de la *fiducia cum creditore* para garantizar un crédito y que genera una acción sancionada mediante una *actio fiduciae*.

Miquel²⁷ sitúa el estudio de la *fiducia cum creditore* en el ámbito de los derechos reales de garantía, dicho encuadre también es apuntado por Talamanca²⁸.

Gómez Buendía trataría la fiducia como un *negotium bona fide gestum*²⁹, la autora entiende que la fiducia surge como un negocio no contractual sancionado por la *actio*

²² D'Ors, A *Derecho* cit. (n.22) § 464

²³ De esta misma opinión, aunque expresada con menos contundencia se manifiesta GROSSO, G *Fiducia* (diritto romano) en Scritti Storico giuridici II Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni. Torino 2001, pp 737ss =Enciclopedia del diritto XVII, (Milano 1968) pp. 384-388. Confr. con la opinión que más adelante trataremos de Longo.

²⁴ GUZMÁN BRITO, A *Derecho Privado Romano*, II (Editorial Jurídica de Chile 1997) p. 108

²⁵ LONGO, C *Corso di diritto romano: La Fiducia*. (Milano 1933) p.5

²⁶ GROSSO, G *Fiducia* (diritto romano) cit (n.23) pp 737 ss.

²⁷ MIQUEL, J *Derecho Privado Romano*, (Madrid 1995) p. 238 La mayoría de la romanística la trata en los contratos reales pero este autor incluye el estudio de la figura de la fiducia dentro de los derechos reales de garantía.

²⁸ TALAMANCA, M *Istituzioni* cit (n.20) p.553

²⁹ GÓMEZ BUENDÍA, M Carmen "La fiducia en el Derecho Romano clásico y su posterior evolución" en Los patrimonios fiduciarios y el Trust. III Congrès de Dret Civil Català. (Marcial Pons 2006) p.165. Siguiendo en este sentido a Fuenteseca, P "Líneas generales de la *fiducia cum creditore* cit. (n.16) p. 437. El autor entiende que "la *actio fiduciae* nos ha servido como una importante clave interpretativa del negocio fiduciario frente al sistema contractual romano. Consideramos que la *actio fiduciae* hunde sus raíces en la historia misma de la *fides* y de las *actiones bonae fidei* entre las cuales aparece mencionada (Gayo 4,62). Parece haber sido el instrumento pretorio sancionador de todo acto o comportamiento doloso o fraudulento contrario a la *bonae fides* que es la esencia propia del *pactum* tanto en la esfera privada como en las relaciones

fiduciae y en este sentido también Rodríguez Ennes califica a la fiducia como un negocio formal.

La doctrina mayoritaria ha venido sosteniendo que la *mancipatio* fiduciaria comportaba la transmisión de la propiedad³⁰, algunos autores, como Voci³¹, más que definir la fiducia se centran en su estructura para a continuación describir la antigua formalidad libral, la *mancipatio* transmisiva de la propiedad (o bien en su caso a la *in iure cessio*) junto al *pactum fiduciae*. En este sentido se entendería que la *fiducia* tendría una naturaleza jurídica compleja que comprendería un negocio real de transmisión de la propiedad y un pacto *fiduciae* válido únicamente entre las partes contratantes que obliga a la restitución de la cosa o al pago de su valor, o a otras finalidades distintas -como iremos apuntando- si partimos de una caracterización más amplia del esquema fiduciario.

Fercia³² sostiene que la fiducia era en un primer momento un negocio quiritario, que evoluciona posteriormente hasta que, en la época severiana es acogido como uno de los supuestos contractuales ya aceptados y formados.

Bertoldi³³ tras calificar la fiducia como un negocio anómalo, lo caracteriza como un negocio con causas diversas o múltiples. Considera que es anómalo pues se trata de un esquema tan arcaico que no está recogido entre el elenco de contratos que nos fue transmitido por Gayo. Por otra parte, la fiducia puede ser utilizada para funciones muy variadas, y, como veremos, que no siempre tiene que comportar la restitución de la cosa, el fiduciario puede ser obligado a realizar una cosa diversa, como dar la libertad a un esclavo. Sin embargo, la autora, pone de evidencia que la terminología gayana *contrahitur fiducia*, *contracta fiducia*, *contrahere fiduciam* parece indicar la realización de algún tipo de contrato.

internacionales. Una formula genérica de la defensa de la *fides* constituyó probablemente el núcleo de una hipotética rubrica edictal *de negotis bona fide gestis*.

³⁰Cfr. FUENTESECA, P “Líneas generales de la *fiducia cum creditore*” cit. (n.16) p. 389 En sentido contrario, para este autor la *mancipatio* no tenía como finalidad la transmisión de la propiedad, sino que lo que se pretende transmitir es una de las facultades que la propiedad contiene, es decir simplemente se transmite el ejercicio de una determinada función, en este caso de *dominus fiduciarius* para cumplir con la función convenida en el *pactum fiduciae*, en el cual se establecerá el alcance de dicho ejercicio. Según Fuenteseca la propiedad se distribuiría entre la nuda propiedad del *dominus ex iure quiritium*, y el derecho del *dominus fiduciarius* que la limitaría. El autor lo sustenta en diversas razones como la posibilidad del fiduciante de entablar la *actio furti*, sin embargo, no se conoce ninguna otra institución que permita la *mancipatio* de un bien, sin que este acto formal y abstracto conlleve la transmisión de la propiedad civil. Rodríguez Ennes mantiene una posición más moderada pues acepta la transmisión civil de la propiedad, matizada por el *pactum fiduciae*.

³¹ VOCI, P *Istituzioni di diritto romano*, (6ª ed. 2004 Milan Giuffrè) p. 439

³² FERCIA, R “*Fiduciam contrahere*” e “*Contractus fiduciae*” . *Prospettive di diritto romano ed europeo*, (Jovene.Napoli 2012) pp. 6; 65

³³ BERTOLDI, F *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, (Mucchi Editore Modena, 2012) p. 219.

Es interesante recuperar aquí la aproximación de Coma Fort³⁴ sobre el concepto de contrato. Este autor defiende que el concepto de contrato sostenido por Labeón es una noción muy restrictiva que se caracteriza por la reciprocidad de la relación jurídica obligatoria, mientras que Gayo asume una noción más amplia entre los que se podría encontrar la fiducia. Si no se halla mencionada entre los contratos reales indicados por Gayo, es porque la enumeración que se hace en las Instituciones es puramente ejemplificativa, como se infiere del *velut*³⁵. Si releemos los fragmentos de Gayo vemos que en *Gai.* 3,90 claramente pone un ejemplo: el mutuo y a continuación explica en que consiste el mutuo. En *Gai.* 3,91 sigue hablando de las obligaciones *re obligatur* pero, tratando un supuesto límite, el pago de lo indebido pues también quien acepta la entrega/pago queda obligado, sin embargo, notoriamente al final del texto, el jurista excluye que este último supuesto pueda considerarse una categoría contractual *non videtur ex contractu consistere*. Es decir, Gayo en el primer fragmento de las Instituciones pone un ejemplo y en el segundo trata de un supuesto excepcional y límite que no puede ser considerado según él, contrato real, por lo que el autor sustenta que Gayo no agota la enumeración de los contratos reales. Además, Coma Fort pone de manifiesto que en las *Res Cottidianae* se elimina el *velut* pues en ese momento la enumeración es exhaustiva ya que no hay más contratos reales que mutuo, comodato, depósito y *pignus*, ya que la fiducia, ya ha desaparecido.

Lopez Huguet³⁶ no ve obstáculo a que la fiducia se estime un contrato pero considera complejo determinar de qué tipo de contrato se trata, y opta por corroborar la tesis de Noordraven quien considera que la fiducia se trata de un contrato no encuadrable en la clasificación gayana porque esta se centra en contratos patrimoniales y la fiducia no es exclusivamente un contrato patrimonial.

³⁴ COMA FORT, JM *El derecho de obligaciones en las Res Cottidianae*. (1996 Madrid) Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursicino Alvarez», pp. 24 ss.

³⁵ *Gai.* 3, 90 *Re contrahitur obligatio v e l u t mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*

Gai. 3, 91 *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri conditione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

³⁶ LÓPEZ HUGUET, M^a Luisa “Una aproximación a la problemática romanista en torno al instituto de la fiducia cum creditore” RGDR 2 (2004)

Creo que Bertoldi³⁷ acertadamente califica la *fiducia* como un negocio complejo caracterizado por causas diversas o múltiples. No considero que se pueda tipificar la *fiducia* de negocio anómalo, en el sentido utilizado por Bertoldi, ya que no lo estimo excluido del elenco de contratos que nos fue transmitido por Gayo, pues entiendo que se trataba de una enumeración ejemplificativa³⁸, siguiendo el mismo tipo de argumento que utiliza Bertoldi para defender que la distinción que hace Gayo, entre la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*, tampoco es exhaustiva. Coincido totalmente con Bertoldi en que la *fiducia* puede ser utilizada para funciones muy variadas, y, como veremos, que no siempre tiene que comportar la restitución de la cosa: el fiduciario puede ser obligado a realizar una cosa diversa, como dar la libertad a un esclavo.

Discrepo de la teoría de Bertoldi en que yo sí creo se puede atribuir un carácter contractual a la *fiducia* que estaría presente -aunque no fuese enunciado- en la época de Gayo. En definitiva queremos resaltar que a nuestro juicio es Bertoldi³⁹ la que con sus trabajos da un paso adelante, un nuevo enfoque en la *fiducia* romana, basándose en la literatura jurídica anterior al descubrimiento de las Instituciones de Gayo. Esta autora defiende razonadamente⁴⁰ que el fenómeno fiduciario debe observarse desde un punto de vista mucho más amplio⁴¹, es decir este se debe extender más allá de las dos figuras enunciadas por Gayo, *fiducia cum amico* y *fiducia cum creditore*. Para Bertoldi⁴² es más

³⁷ BERTOLDI, F, *Il negoz*, cit. (n.33) p. 219.

³⁸ COMA FORT, JM *El derecho de obligaciones en las Res Cottidianae* Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursicino Alvarez» (Madrid 1996)

³⁹ BERTOLDI, F “Alcune osservazioni sulla *fiducia* nella letteratura romanistica” en *Le situazioni affidanti* a cura di Maurizio Lupoi. Centro di eccellenza in diritto europeo “Giovanni Pugliese” (CEDAM 2006) Bertoldi, F, *Il negoz*, cit. (n.33); Bertoldi, F “La *fiducia cum amico*” (2008) pp. 47 ss. En *Fides, fiducia, fidelitas* a cura di L. Peppe, (CEDAM. Milán. 2008); y en especial Bertoldi, F, *Il negoz*, cit. (n.33) p.219.

⁴⁰ Partiendo de CONRADI F.C. *De pacto fiduciae exercitatio* I, Helmstädt 1732(=in *Scripta minora* I Halle1823, 179 ss) =*De Pacto* I; Conradi F.C. *De pacto fiduciae exercitatio* II, Helmstädt 1733(=in *Scripta minora* I Halle1823, 214 ss) =*De Pacto* II

⁴¹ BELDA, J *Perspectiva histórica de la fiducia romana*, cit. (n.3) p. 36 El autor define únicamente la *fiducia cum creditore*, mientras que la *fiducia cum amico* por defecto, incluiría todo negocio fiduciario no concluido *cum creditore*, en el cual no hubiese un crédito que garantizar,

⁴² La autora estima que la reconstrucción que hace la doctrina de la figura tiene dos ópticas distintas.

La primera entiende la *fiducia* como un negocio limitado a las dos figuras de la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*, que se caracterizan por la transmisión de la propiedad mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, de un sujeto a otro con la obligación fiduciaria de retransmitirla al *mancipio dans*. El punto de partida para sostener esta concepción fue el descubrimiento de las Instituciones de Gayo y en particular del fragmento 2,60. Dentro de esta corriente encontramos a la mayoría de la Pandectística alemana (Savigni, Puchta, Regelsberg, Windscheid entre otros) que influirán poderosamente en la romanística moderna.

Los partidarios de la segunda corriente se remontan a un momento anterior al descubrimiento de las Instituciones de Gayo, y tienden a acentuar la versatilidad del esquema fiduciario ya que este englobaría otras figuras aparte de las dos citadas. Se tiende a distinguir entre una *fiducia* en

importante distinguir entre los diversos ámbitos de aplicación de la fiducia, bien sea en función de garantía, bien sea en el ámbito de la familia, bien en el ámbito sucesorio, con una función de depósito, comodato, etc... Sin embargo, la literatura jurídica de finales del siglo XX, se inclina por una noción de la fiducia mucho más restrictiva que se convertirá en dominante (entre los autores que se encuentran dentro de esta corriente encontramos a Longo, Burdese, Grosso, Kaser). Prácticamente el único en alejarse de esta corriente fue Erbe⁴³, sin embargo Noordraven⁴⁴ siguió la línea de dar un abanico de finalidades más amplio a la fiducia, en especial en el derecho de familia. Dentro de esta segunda línea encontramos como ya hemos anticipado los trabajos de la profesora Bertoldi, pero también los de otros autores como, Peppe⁴⁵ y Fercia⁴⁶.

III. FUENTES PARA EL CONOCIMIENTO DE LA INSTITUCIÓN

El hecho de que el término *fiducia* haya desaparecido en la Compilación Justiniana hace que el conocimiento que tengamos de ella sea bastante escaso. La información que poseemos en las fuentes tanto jurídicas como extrajurídicas sobre la *fiducia* no son abundantes y sobre todo tienen un carácter fragmentario⁴⁷. No disponemos de un tratamiento elemental como el que da Gayo a muchas instituciones, solo algunos fragmentos aislados, al tratar otras instituciones. Esto ha llevado a considerar que es difícil hacer una reconstrucción completa de la figura de la *fiducia*, por falta de fuentes directas. Vamos a examinar las siguientes menciones:

1º.- La fiducia está recogida en algunos de los fragmentos de las comedias de Plauto, en algunos casos con un sentido más técnico de fiducia⁴⁸ y en otros casos,

función de garantía, una en el ámbito del derecho de familia, del derecho sucesorio, etc. El punto de partida lo encontramos en Conradi que pone de manifiesto la importancia de la fiducia en la emancipación, en la tutela fiduciaria, en la manumisión, en el fideicomiso, además de en la *fiducia cum amico* y *cum creditore*. A partir de los trabajos de Lenel, la metodología se centrará en la crítica interpolacionista aceptando la caracterización operativa polivalente de la fiducia.

⁴³ Fue objeto de una dura recensión por parte de Grosso. En GROSSO, G Recensione AW. Erbe, *Die Fiducia im römischen recht*, en *Scritti storici giuridici IV Recensioni e ricordi* pág 152 y ss

⁴⁴ NOORDRAVEN, B “*Die Fiducia im römischen Recht*”, *Index*, 18 (Napoli 1990) pp 229 y ss

⁴⁵ PEPPE, L “*Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi*” En *Fides, fiducia, fidelitas* a cura di L. Peppe, (CEDAM Milán 2008) pp.173 y ss.

⁴⁶ FERCIA, R “*Fiduciam contrahere*” e “*Contractus fiduciae*”, cit.(n.32)

⁴⁷ BELLOCI, N *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*. (Napoli Jovene. 1979) p.11

⁴⁸ *Plaut. Trinumm*, 116-122

ME. Quid tu adolescentem quem esse corruptum vides,

Qui tuae mandatus est fides et fiduciae

Quin eum restituís, quin ad frugem conrigis?

como sinónimo de *fides* en el sentido de confianza⁴⁹. Podemos concluir que la *fiducia* estaba ampliamente extendida, y eso llevaba a que se utilizase en las obras de Plauto, en diversos sentidos tanto un sentido técnico como vulgar, aunque estos textos no nos permiten una delimitación exhaustiva de las finalidades de la *fiducia*.

2º.- De Cicerón⁵⁰ tenemos una serie menciones sobre la *fiducia*, que nos permiten avanzar especialmente en cuanto a la tutela de la *fiducia*. Especialmente en *Cic p. Caec. 3,17*⁵¹ y *Cic, p. Rosc. Com. 6,17*⁵². En estos textos parece que Cicerón pone en el mismo plano de protección a la *fiducia* que a la tutela o a la sociedad. Y en *Cic. Ad fam. 7,12,2. Sed quonam modo ius civile defendes, cum omnia tua causa facias, non civium? Ubi porro illa erit formula fiduciae UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET?* se hace mención a la supuesta formula de la *actio fiduciae*⁵³. Podemos entender que la tutela de la *fiducia* se aproximase a un *iudicium bonae fidei* podría ser debido a que la *fiducia* fuese uno de los negocios

Ei rei operam dare te fuerat aliquanto aequius,

Si qui probiorem facere posses, non uti

In eandem tute accederes infamiam

Malumque ut eius cum tuo misceres malo

⁴⁹ Plaut. Most 34-38

TR Quid tibi, malum, me aut quin ego agam curatior?

an ruri, quaeso, non sunt quos cures boves?

lubet potare, amare, scorta lucere:

mei tergi facio haer, no tui, fiducia.

GR. Quam confidenter loquitur!

⁵⁰ *Cic. top. 10.42; Cic. off. 3.15.61 y 3.17.70; Cic. Caec. 3.7.*

⁵¹ *Cic. P. Caex. 3,7 [...] Si quis quod spoondit, qua in re verbo se uno obligavit, si id non facit, maturo iudiciosine ulla religione iudicius condemnatur; qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo delictum maius est, eo peona est tardior? Est enim turpe iudicium. Ex facto quidem turpi. Videte igitur quam inique accadat, quia res indigna sit, ideo turpem existimationem sequi; quia turpis existimatio sequatur, ideo rem indignam non vindicari [...]*

⁵² *Cic, p. Rosc. Com. 6,17 Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aequae enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere quae continet vitam, et pupillum fraudare qui in tutela pervenit, et socium fallere qui se in negotio coniunxit. Quae cum ita sint, quis sit qui socium fraudarit et fefellerit consideremus; dabit enim nobis iam tacite vita acta in alterutram partem firmum et grave testimonium [...]*

⁵³ No entramos aquí, en la gran discusión sobre el carácter de la *actio fiduciae* que ha sido objeto de un extenso debate entre la romanística, especialmente bien resumido y condensado en PARICIO, J “Apuntes sobre la *actio fiduciae*” en *Ruolo delle buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*. En *Atti del convegno in onore di A Burdese, III*, (Padova 2003) pp. 49 ss.

que excluirían en sí mismos un comportamiento malicioso o fraudulento. Bertoldi⁵⁴ admite como probable que en el siglo I a.C. se aceptase la responsabilidad por dolo en el caso de la destrucción de la cosa entregada en fiducia, sancionada mediante la *actio fiduciae*

Posteriormente encontramos testimonio tardío de la mano de Boecio⁵⁵ en sus comentarios a la Tópica de Cicerón⁵⁶. Este texto nos sirve para reafirmarnos en que la *actio fiduciae* era ya conocida en la época de Cicerón, y el hecho de que Boecio siga hablando de la *mancipatio*, cuando escribe en la época de Teodorico, momento en que la institución no se utiliza, nos da un testimonio de la noción clásica que tiene Boecio sobre la institución. El caso tratado se refiere al supuesto de una persona que debido a “los tiempos difíciles” transfiere (podemos entender que se transmite la propiedad civil) un fundo a un amigo que se encuentra en una situación segura *potentior* con la finalidad de hacérselo restituir cuando la situación de peligro hubiese terminado. Boecio dice que este tipo de *mancipatio* es llamada fiduciaria porque la obligación de restitución se fundamenta en la *fides*. Esta forma de fiducia se constituye en beneficio del fiduciante, siendo asumidas algunas cargas por parte del fiduciario sólo si se pactan algunos beneficios resultantes del uso y disfrute (junto con el acuerdo de devolución del bien al mejorar la situación). En el tipo de fiducia que trata el texto de Boecio se deja entrever que debe existir siempre una obligación de restitución. Es cierto que no habla del pacto de restitución, pero dice que la obligación de restitución se fundamenta en *quod restituendi f i d e s interponitur*. En este caso la *actio fiduciae* protegería la responsabilidad por no restitución.

En otro texto de Cicerón se habla de otras finalidades fiduciarias⁵⁷, no lo vamos

⁵⁴ BERTOLDI, F *Il negoz*, cit. (n.33) pp.30 ss.

⁵⁵ Boezio ad Cicer. (*Commentarii in Ciceronis*) Top 10 , 41-45 *Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaveris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator. Nam cum in pluribus rebus fides praestari debeat, unaque similitudo sit in fide praestanda tam in tutore quam socio, atque eo cui mandatum sit, eoque qui fiduciam acceperit, debet eadem similitudo procuratori etiam convenire. Fiduciam vero acceperit cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet, velut si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei cum tempus quod suspectum est praeterierit reddat: haec mancipatio fiduciaria nominatur, idcirco quod restituendi fides interponitur*

⁵⁶ Y también otro de Isidoro de Sevilla *Isid. orig. (Originium sive etymologiarum libri)* 5.25.23: *"Fiducia est, cum res aliqua... mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur"*. En el fragmento se hace referencia a una *mancipatio* vinculada a un *mutuo*, está tratando de una *fiducia cum creditore*.

⁵⁷ *Cíc. p. Flacc. 21,51 [...]Abduxisti Temno Apollonidem; pecuniam adolescentulo grandi fenore, fiducia tamen accepta, occupavisti. Hanc fiduciam commissam tibi dicis; tenes hodie ac possides. Eum tu testem spe recuperandi fundi paterni venire ad testimonium dicendu coegisti [...]* BERTOLDI, F, *Il negoz*. Cit, n.43, p. 48. La autora introduce además la duda sobre si se ha transmitido la propiedad o sólo la posesión. Ambigüedad que nos parece que puede ser

a examinar ya que se alude a un fundo situado en Temmo, en un territorio que no tenía *ius italicum*, y probablemente se hacía referencia a una institución griega semejante a la fiducia.

3º.- Respecto a los documentos epigráficos provenientes de la práctica destaca la formula *Baetica*, en la que nos centraremos.⁵⁸ Se trata de un documento⁵⁹ escrito sobre una tabla de bronce, descubierta en 1867 en Andalucía,

perseguida por Cicerón, ya que, si el prestatario es peregrino, y se trata de un fundo situado en Grecia debería evitar la problemática de los diversos tipos de propiedad.

⁵⁸ No examinaremos otros documentos como la *Mancipatio Pompeiana*, las *Tabulae Herculenses*, y del Archivo *Puteolano de los Sulpicios*. BERTOLDI, F, *Il negoz.* Cit, n.43, p. 58. Tali testi sono utili per confermare l'impiego della fiducia a fini di garanzia primo di Gaio e, per di più, sono significativi perchè attestano con certezza l'impiego del trasferimento di proprietà per questa forma di fiducia nel I sec.d.C.

El archivo *Puteolano dei Sulpicii*, casualmente descubierto en 1959 cerca de Pompeya, concretamente en la localidad de Murecine, constituye sin duda una extraordinaria fuente de documentación de primera mano sobre la práctica jurídica romana de la época julio-claudia. Cuando se hace referencia a las *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, automáticamente hay que tener presente a Giuseppe Camodeca, ya que realizó una primera edición de las mismas, que mejoró y completó en una segunda edición, la edición crítica. A sus trabajos le han seguido muchos otros de otros autores, generando una bibliografía extensa que nos aproxima al conocimiento del contenido de estas *tabulae*. CAMODECA, G. *L'Archivio puteolano dei Sulpicii: I*. Napoli: Jovene, 1992; *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.): edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*. (Roma Ed. Quasar 1999) I y II. Posteriormente Wolf, J. G. *Neue Rechtsurkunden aus Pompeii. Tabulae Pompeianae novae*. Lateinisch und Deutsch, Damstadt, 2010 [rec. J. J. Aubert, en *L'antiquité classique*, 80, 2011, pp. 558-560]. Ver asimismo BOVE, L. *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murecine*. Napoli, 1979; Bove, L. *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici: Tabulae Pompeianae di Murecine*. Napoli, 1984. Vease también CAMODECA, G. *Tabulae Herculenses: edizione e commento*. (Roma Ed. Quasar 2017)

⁵⁹ Fórmula Bética s.I d.C.) (CIL II 5042; FIRA. III §92 pgs.295-297; d'Ors, EJER. §39, pag. 434-446).

Dama L. Titi ser(uus) fundum Baianum, qui est in agro qui
Veneriensis uocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusq(ue)
esset, (sestertio) n(umno) l fidi fiduciae causa man
cipio accepit ab L. Baiano, libripende antest(ato). Adfines fundo
dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet.
Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi ser(vum) et L. Baian(ium), <uti>
quam pecuniam L.<Titius L> Baian<i>o dedit dederit, credidit crediderit, ex
pensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit,
spopondit <spoponderit> , fideve quid sua esse iussit iusserit, usque eo is fundus
eaque mancipia fiducia<e> essent, donec ea omnis pecunia fides
ve persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia sua qua
que die L.Titio h(eredi)ve eius data soluta non esset, tum uti eum
fundum eaque mancipia, sive quae mancipia ex is <<vellet>> L.Titi

en la desembocadura del Guadalquivir. Procede de la edad clásica, del siglo primero o segundo después de Cristo según la convención general, ya que no está datada. La tabla contiene posiblemente un formulario de transmisión fiduciaria con la finalidad de garantía⁶⁰. No tenemos todo el documento completo, -que originalmente suponemos que sería un díptico- ya que falta una tabla donde deberían consignarse una serie de pactos y también la fecha. El texto, que ha dado lugar a múltiples interpretaciones, recoge el siguiente supuesto: el *fundum Baianum* y un esclavo llamado *Mida* son transmitidos por *Lucio Bayano* a *Dama* -esclavo de *Lucio Ticio*- por *mancipatio* en garantía de las deudas que el primero tiene con el segundo. Al acreedor fiduciario se le reconoce la facultad de transferir el fundo o el esclavo en las condiciones que prefiera, incluso a título gratuito (vendiéndolo *nummo uno*) pero, en este caso, sin garantía por evicción. El hecho de que la *mancipatio* se haga *nummo uno* demuestra que la transmisión se realiza con la finalidad de garantía. Incluye también la enumeración analítica de diversas causas del crédito y las relaciones obligatorias en virtud de las cuales se constituye la garantía. Se trata de un supuesto de *satisfatio secundum Mancipium*, un peculiar mecanismo de entrega de una *res Mancipi* mediante *procurator*, en el que se establece una garantía en caso de no confirmación de lo actuado por parte de este, que se caracteriza por incorporar un fiador (*sponsor*, *fidepromissor* o *fideiussor*). Como esta modalidad de estipulación parece que se empleaba únicamente en caso de *res Mancipi* y además la *sponsio* y la *fideipromissio* sólo servían para garantizar obligaciones verbales, la fórmula estipulatoria debía servir para novar la *mancipatio* anterior, de forma que se incorporase a la estipulación, la obligación de responder por evicción; pero no ya derivada de la *mancipatio*, sino de la propia estipulación. Hay que resaltar también que la fórmula empleada en la estipulación es distinta a la utilizada normalmente. En el texto encontramos *sive quid pro eo promisit promiserit, spopondit <spoponderit>, fideue quid sua esse iussit iusserit*. La utilización de distintos verbos en la pregunta y en la respuesta, parece ligada normalmente a la utilización del estilo indirecto en las estipulaciones recogidas por escrito. Pero aquí

us h(eres)ve eius vellet , ubi et quo die vellet, pecunia praesenti
venderet ; Mancipio pluris (sestertio) n(ummo) l invitus ne daret, neve sa
tis secundum Mancipium daret, neve ut in ea verba, quae in ver
ba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neve simplam neve
[duplam]-----

⁶⁰ COCH, N *La forma estipulatoria: una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto*. (Dykinson Madrid. 2017) pp. 53 y ss.

encontramos otra estructura distinta a la normalmente utilizada. Es interesante destacar que, como en otros documentos epigráficos, que el deudor-fiduciante manifiesta que los objetos transmitidos están libres de cualquier servidumbre o carga, antes de identificar y delimitar los objetos transferidos. También se hace referencia expresa a que las cosas objeto de fiducia pueden ser objeto de venta⁶¹.

Parece claro que existían distintos formularios de *fiducia cum creditore*. Precisamente el hecho de que se trate de un formulario es verosímil, por varios motivos: se trata de una tabla de metal de larga conservación y no una tabla encerada, que se utilizaban para negocios concretos; se emplean nombres que normalmente son usados cuando se plantean casos imaginarios (como Ticio o Seio); también hay espacios vacíos (el nombre del *libripens* y del *antestatus*); y, cuando se quiere describir los límites del fundo transmitido se hace referencia también a sujetos aparentemente imaginarios. Asimismo, se puede ver una incongruencia entre la primera parte del texto donde se dice “*mancipato*” un solo esclavo y la segunda donde se habla de “*ea mancipia*” en plural. Bertoldi⁶² señala también que la forma externa de la tabla nos indica que la tabla debía ir colgada con clavos a la pared.

4º.- En cuanto a las fuentes jurídicas encontramos: un grupo de textos de las Instituciones de Gayo que se refieren incidentalmente a la fiducia -los hemos citado y los trataremos más adelante-; unas muestras en las Sentencias de Paulo⁶³, interesantes porque representan el residuo, la supervivencia, del régimen de la fiducia; un texto en Fragmenta Vaticana⁶⁴ (en gran parte ilegible); y en una sola constitución del Código Teodosiano⁶⁵.

5º.- Atención especial merece la Compilación Justiniana donde la fiducia no aparece tratada, lo que es normal, ya que para la época de Justiniano se consideraba una institución en declive. Los compiladores sustituyeron las referencias a la *fiducia*, por otras instituciones más eficaces en derecho

⁶¹ El *Ius Vendendi* es el sistema que se acaba imponiendo en la fiducia. Se cree que, en el derecho más arcaico, no se realizaba ningún tipo de acuerdo al respecto, simplemente si se producía el incumplimiento la propiedad del fiduciario permanecía. Posteriormente se generalizó la inclusión de un pacto al respecto, la *Lex Commissoria* sería el primero en utilizarse y posteriormente se generalizó el *Ius Vendendi*.

⁶² Bertoldi, F, *Il negoz.* Cit, n.33, p. 62.

⁶³ Paul. 2, 13, 4; 2, 13, 5; 2, 13, 6; 2, 13, 7; 3, 6, 16; 3, 6, 69; 5, 1, 1.

⁶⁴ Vat. Fragm. 50 (Paul. 2 man.)

⁶⁵ CTh. 15, 14, 9, 0. (395 April. 21). Arcad./Honor. AA. Andromacho pu. pignoris adque fiduciae obligatio perseveret.../.. <Dat. XI kal. Mai. Mediolano Olybrio et Probino cons. >

justiniano. Lenel⁶⁶ reconstruyendo sobre la base de las inscripciones de los fragmentos, observó que la materia de la prenda aparecía tratada dos veces, en libros distintos y no contiguos. Llegó a la conclusión de que en el libro 29 ad Ed. de Ulpiano y 30 ad Ed de Paulo se debía tratar de una institución existente en derecho clásico pero desaparecida en derecho justiniano, y esta institución tendría una función similar -al menos en la práctica- a la de la prenda. La continuación de estos estudios llevaron a aceptar que el termino *fiducia* no sólo había sido sustituida por el de prenda, sino a veces por el de depósito, comodato o mandato.⁶⁷

IV. ESTRUCTURA DE LA FIDUCIA

La doctrina dominante durante el siglo XX, con Voci⁶⁸ considera que la categoría⁶⁹ de la *fiducia* formada por sus dos únicas variedades⁷⁰ (*cum amico*, *cum creditore*) tiene en común una misma estructura que se consolida en dos actos:

a) Uno de trascendencia real mediante el acto formal y abstracto de la *mancipatio*⁷¹ o *in iure cessio*⁷² a través de la cual se transmite un bien del

⁶⁶ LENEL, O *Palingenesia Iuris Civilis*, I-II, Leipzig, 1889 (rist. Aalen 2000).

⁶⁷ LONGO, C *Corso di diritto romano: La Fiducia*, (Milano 1933) p.17

⁶⁸ VOCI, P *Istituzioni* cit.(n.31); BURDESE, A *Lex Commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*.(Torino 1949); GROSSO, G Recensione AW. Erbe, *Die Fiduzia* cit.(n.43), pp 152 ss El autor critica la sistematica utilizada por Erbe, ya que hace un tratamiento totalmente separado de la fiducia cum amico y la fiducia cum creditore. Grosso considera que la fiducia requiere una parte general para ambos tipos, o al menos un tratamiento paralelo; LONGO, C *Corso di diritto romano: La Fiducia*, cit. (n.25).

⁶⁹ Sin embargo MASCHI, C. A. *La categoria dei contratti reali*, (Milán 1973) p. 127. El autor no cree que la fiducia se pueda considerar una categoría unitaria: ni bajo el punto de vista estructural ya que "*il pactum fiduciae può essere connesso non solo alla macipatio, ma anche alla in iure cessio*" ni bajo el punto de vista teleológico por cuanto la *fiducia cum creditore* tiene una finalidad de garantía mientras que la fiducia cum amico sirve para las más variadas y heterogéneas finalidades.

⁷⁰ Como hemos señalado al tratar sobre el concepto de fiducia, existe otra línea de pensamiento que concibe la fiducia como un fenómeno más amplio, es decir este se debe extender más allá de las dos figuras enunciadas como representada por Conradi, Erbe, Noordraven, Peppe, Fercia y Bertoldi entre otros.

⁷¹ FUENTESECA, P "Lineas generales de la *fiducia cum creditore*" cit. (n.16) p.436 "*La mancipatio se realizaba nummo uno, negocio calificado por Gayo como imaginaria venditio. Se trataba de un rito que simbolizaba la antigua venta libral al contado mediante lingotes de metal pesados y entregados solemnemente en función del precio.*"

⁷² Grosso y Maschi y en general la doctrina dominante aceptan que se utilizara tanto *mancipatio* como *in iure cessio*. Vide GROSSO, G *Fiducia (diritto romano)* cit. (n.23) pp. 737 y ss. El autor entiende que es posible que los bienes objeto de fiducia fuesen *res Mancipi*. Otros autores como D'ORS lo afirman con rotundidad.

fiduciante al fiduciario que lo recibe.⁷³ Longo descarta que se pudiera constituir un negocio fiduciario por simple *traditio* por varias razones: en primer lugar, porque ninguno de los textos que tratan sobre la fiducia se refiere a la *traditio*; y en segundo lugar porque existe una incompatibilidad entre el pacto de fiducia y la *traditio* clásica en su función de transmisión del dominio. La *traditio* era un acto causal, precisaba una *iusta causa* para transmitir el dominio (venta, permuta, donación, *solutio*) que son idóneas para la transmisión del dominio de forma definitiva. Es difícil pensar que se le pudiera añadir un pacto de *fiducia* que implicaba la temporalidad en la transmisión del dominio. El carácter abstracto de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, no resultaban incompatibles con la temporalidad del negocio fiduciario.

b) Un acto, *pactum fiduciae* de carácter obligacional, mediante el cual el fiduciario se compromete a retransmitir el objeto una vez se haya cumplido con el destino designado por el fiduciante, o no se haya podido cumplir este, o bien se haya liquidado el crédito que se pretendió garantizar. En este pacto se pone de relevancia la finalidad perseguida, y en el que como hemos dicho, el fiduciario se obliga a retransmitir⁷⁴ en su caso la cosa. El pacto está sancionado por una acción pretoria, *actio fiduciae*⁷⁵, de carácter infamante⁷⁶ que corresponde al fiduciante.

⁷³ BURDESE, A *Lex Commissoria*, cit. (n.68).

El autor entiende que la *fiducia cum creditore* se caracteriza inmediatamente por el carácter de satisfacción directa e inmediata del acreedor en caso de incumplimiento en la fecha de vencimiento por parte del deudor: la estructura dogmática de la institución se adapta perfectamente a la necesidad de satisfacción, con la finalidad de garantía real. Mientras que en la prenda al acreedor se le reconoce únicamente la posesión, el autor habla de una función de mera coacción psicológica

⁷⁴ BELLOCCI, N. *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana: La struttura della fiducia: riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*. (1983 Jovene). Esta autora considera que la obligación primaria del fiduciario fuese solamente la de efectuar la *re-mancipatio* de la cosa transmitida y excluye de la categoría, las *mancipatio*s de esclavos con la finalidad de manumitirlos, y las que tuviesen como finalidad realizar donaciones mortis causa tampoco entrarían en la categoría de *fiducia cum amico*.

⁷⁵ BONFANTE, P *Istituzioni* cit. (n.17) p. 381 La acción tiene un origen incierto, de buena fe. Longo, C *Corso di diritto romano: La Fiducia*, cit. (n.25). p.28 El autor sostiene que, en la época arcaica, no existía en el procedimiento de las acciones de ley una protección jurídica para el negocio fiduciario, que no se conseguirá hasta que el *iudicium fiducia* tenga un lugar en el edicto pretorio junto al depósito. GROSSO, G “Appunti sulla formula dell’actio fiduciae” *Scritti Storico Giuridici III* Torino 2001 pág 275 y ss. FUENTESECA, P “Lineas generales de la *fiducia cum creditore*” cit. (n.16) p. 397 “Reconocida la dificultad de admitir una *legis actio fiduciae* no puede negarse, sin embargo, una huella de afinidad formal con las *legis actiones* en la fórmula que nos transmite, Cicerón (de Off. 3,17,70) *uti ne propter te fidemve tuam capus fraudatusve sim*, Esta fórmula verbal constituye una singularidad del *iudicium fiduciae*. Cabe suponer como lo hizo Kaser que la *actio fiduciae* habría presentado ya un esquema de fórmula verbal (Spruchformel) de origen pretorio con anterioridad a la *Lex Aebutia*; .FERCIA, R “*Fiduciam contrahere*” e “*Contractus fiduciae*”, cit. (n.32). p. 318;

Por su parte el fiduciario dispone de la *actio fiduciae contraria* para reclamar los gastos que haya tenido que realizar y resarcirse de los daños que se le hayan ocasionado debido a la fiducia.

Hay una unidad del negocio fiduciario porque sus dos elementos (elemento real y elemento obligatorio) están vinculados y convertidos en inseparables por la identidad de su objeto.

Apreciamos pues que en la *fiducia*, ni se descompone la titularidad entre fiduciante y fiduciario, ni se transmite una determinada función, ni se transfiere la posesión como en el caso del *pignus* -que se suele asimilar a la *fiducia cum creditore*- sino que se transmite efectivamente la propiedad, el *dominium ex iure quiritium*.⁷⁷

La paulatina desaparición de la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore* vendrá justificada porque su destino estará vinculado con la de los actos per *Aes et Libram*, ligados al formalismo del *ius civile*, cuya realización ira decayendo al evolucionar el derecho romano y terminaran por verse reemplazados por otros negocios menos formales, pero que sin embargo permiten análogas finalidades económicos sociales.

Es posible que la desaparición de la *fiducia cum creditore* debido al desequilibrio de los medios jurídicos utilizados -la transmisión de la propiedad civil para perseguir una finalidad de garantía-, conlleve el progresivo abandono de la *fiducia cum amico*.

⁷⁶ G.4.182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in Edicto praetoris scriptum est; et recte. plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio intervenire,*

ignominiosus esse dicitur.

⁷⁷ Si, que de alguna manera puede limitarse en el *pactum fiduciae*. Contra la doctrina dominante podemos encontrar a FUENTESECA, P "Líneas generales de la *fiducia cum creditore*" cit. (n.16) p. 389 Para este autor la *mancipatio* no tenía como finalidad la transmisión de la propiedad, sino que lo que se pretende transmitir es una de las facultades que la propiedad contiene, es decir simplemente se transmite el ejercicio de una determinada función, en este caso de *dominus fiduciarius* para cumplir con la función convenida en el *pactum fiduciae*, en el cual se establecerá el alcance de dicho ejercicio. Según Fuenteseca, la propiedad se distribuiría entre la nuda propiedad del *dominus ex iure quiritium* y el derecho del *dominus fiduciarius* que la limitaría. El autor lo sustenta en diversas razones como la posibilidad del fiduciante de entablar la *actio furti*, sin embargo, no se conoce ninguna otra institución que permita la *mancipatio* de un bien, sin que este acto formal y abstracto conlleve la transmisión de la propiedad civil. Ver también FUENTESECA, M *El negocio fiduciario en Roma*. Marcial Pons. Madrid 2016. En su trabajo sigue sosteniendo que no existe transmisión de la propiedad en la *fiducia*. Rodríguez Ennes mantiene una posición más moderada pues acepta la transmisión civil de la propiedad, matizada por el *pactum fiduciae*

V. OBJETO DE LA FIDUCIA

Solamente las cosas no fungibles pueden ser objeto de un negocio fiduciario. Esto es así, porque la *fiducia* transmite el objeto, y crea a obligación de la restitución de la misma cosa recibida. En el caso de las cosas fungibles, se transmite un dominio definitivo y la obligación de restitución, no puede ser de la misma cosa, sino del mismo género, un *tantundem*. Todas las cosas no fungibles pueden ser objeto de *fiducia* con tal de que puedan ser objeto de propiedad civil o *quiritaria*. Puede tratarse tanto de *res Mancipi* (se utilizaría la *mancipatio* o la *in iure cessio*) como de *res nec Mancipi* (se utilizaría únicamente la *in iure cessio*). Sin embargo, está muy difundida la opinión que entiende que sólo pueden ser objeto de fiducia las *res Mancipi*⁷⁸. Longo encabeza una corriente que considera que limitar el objeto de la fiducia a las *res Mancipi* es demasiado restrictivo por varias razones: en primer lugar, los textos de Gayo (Gai 2,59-60) y (Gai 3, 202) hablan en general de *res* o de *res nostrae* sobre las que se constituyen fiducias a través de *mancipatio* o *in iure cessio*. Isidoro de Sevilla⁷⁹ habla de *res aliqua*. Naturalmente tenemos el texto de Boecio⁸⁰ que sólo habla de *res Mancipi*, pero este autor no expone todos los medios con los que se puede constituir una fiducia, no cita la *in iure cessio* que es aplicable a las *res nec Mancipi*; en segundo lugar, aunque dice Longo que es cierto que los ejemplos que tenemos de *fiducia* se refieren exclusivamente a *res Mancipi*, apunta el autor que las fuentes de las que disponemos son muy escasas para que puedan ser un argumento contra la aceptación de *res nec Mancipi*. Así en D.33,10,9,2 (Pap. 7 resp)⁸¹ podríamos encontrar un posible caso de fiducia de *res nec Mancipi*. Evidentemente en su redacción actual el texto habla de prenda, pero podemos considerar como dice Lenel que este fragmento está interpolado y originalmente se debía referir a la *fiducia*. En la actualidad se suele huir de argumentos basados únicamente en teorías interpolacionistas, pero fundamentándonos también en el tenor del mismo fragmento, Papiniano dice que la plata que el testador había recibido en prenda no está comprendida en el legado “*suppellectile sua*”, porque había legado “*quia*

⁷⁸ BERTOLDI, F “La *fiducia cum amico*”, cit. (n.39) pág. 50 La autora considera que el depósito y el comodato tienen por objeto bienes muebles mientras que la *fiducia cum amico* tiene un objeto prevalentemente inmueble, pero esto no significa, por una parte, que necesariamente siempre deban tratarse de inmuebles, ni se está descartando, la posibilidad de que se constituyan sobre *res nec Mancipi*

⁷⁹ Isid. orig. 5.25.23: *Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel Mancipatur vel in iure ceditur.*

⁸⁰ Boecio ad Cicer. *Top 10 veluti si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum Mancipet ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit reddat.*

⁸¹ D. 33, 10, 9, 2 Pap. 7 resp. *Suppellectili sua omni legata acceptum argentum pignori non continebitur, quia suppellectilem suam legavit, utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum.*

suppellectilem suam legavit". Grosso considera que la redacción deriva de la modificación hecha por los compiladores, al tener que sustituir la *fiducia* de la plata (de la que era propietario el testador) por la prenda de la plata (que no era propiedad del testador). En realidad, lo que el texto quiere delimitar -aunque de forma poco clara- es cuando la plata estaba excluida del legado. Si se trataba de una *fiducia*, el razonamiento no podía ser "porque no era suya" porque sí lo era, el jurista debía buscar otros criterios, como el de decir que no entraba en el legado porque se había mantenido a parte para cumplir su deber de restitución, o en cambio, entra en su ámbito de aplicación si el testador lo ha utilizado para su uso doméstico con el consentimiento del deudor. Por tanto, de la interpretación de este fragmento podemos deducir que sí sería posible la *fiducia* de *res nec Mancipi*.

Se suele aceptar que la *fiducia* aplicable a *res nec Mancipi* se utilizaba poco en la época clásica, porque era poco frecuente el uso de la *in iure cessio*, y esto basándonos normalmente en el testimonio de Gayo (Gai 2,25)⁸². Pero lo que realmente dice el jurista es que la *in iure cessio* no se solía adoptar para transmitir la propiedad de *res Mancipi* porque ya existía la *Mancipatio*, pero no dice que no se usase para transmitir otras cosas. Por otra parte, el *pactum fiduciae* (temporal) era incompatible con la *traditio ex iusta causa*, y exigía el acto formal.

VI. FUNCIONES DE LA *FIDUCIA CUM AMICO*

Una vez examinada lo que Grosso designa como parte general de la *fiducia*, queremos centrarnos específicamente en la *fiducia cum amico*, estudiando distintas finalidades que puede tener para poder determinar si se trataría de una estructura flexible que podría tener propósitos diversos⁸³. No vamos a intentar hacer un estudio exhaustivo de la *fiducia cum amico* pues nuestro objetivo, como ya hemos avanzado al inicio de este trabajo, es verificar si puede ser el germen de los diversos fenómenos fiduciarios modernos, derivados del *Trust*.

6.1. Función de depósito

Es indudable que la *fiducia* fue aplicada en el ámbito patrimonial para funciones distintas de la de garantía real para el acreedor. De estas otras funciones de la *fiducia*,

⁸² Gai.2,25: *Plerumque tamen et fere semper Mancipationibus utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non interest nec necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere*

⁸³ BELDA, J *Perspectiva histórica de la fiducia romana*, cit. (n.3) p 163. El autor indica que la *fiducia* aparece muy usada en la época republicana, no sólo en el ámbito de las relaciones patrimoniales, sino sobre todo en el de las relaciones familiares y también en el campo de las relaciones sucesorias.

sólo una es recogida por Gayo (Gai 2,60)⁸⁴ “*aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent*”. Por tanto, debemos inferir, que la función de depósito⁸⁵ sirve para definir y cualificar la que fue la primera forma de negocio fiduciario. Del texto resulta que la *fiducia* se utilizaba para asegurar y salvaguardar cosas propias, entregándolas a un tercero, y parece desprenderse del contexto que se trata de cosas muebles. Ya hemos observado al examinar las diversas fuentes que podemos encontrar sobre la *fiducia*, que en el comentario a la Tópica de Cicerón realizado por Boecio⁸⁶ podemos apreciar la misma función pero aplicable en este caso a los inmuebles. La finalidad perseguida es la conservación de los bienes, en “tiempos inseguros”, es decir, proteger los bienes, entregando -en el caso del texto de Boecio- un fundo a un amigo más poderoso para que se lo devuelva cuando este periodo turbulento haya pasado. Estos tiempos inseguros se podían referir tanto a guerras, como a la imposición de diversas penas como la deportación, el exilio. Boecio pone el acento en la restitución del bien. Estamos ante un precedente del depósito. Se constituye en interés del fiduciante pues como dice Gayo *quo tutius nostra res apud eum sint*

Entre los textos del Digesto, seleccionamos D. 13, 6, 18, 1 Gai. 9 ad ed. provinc. *Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed si quae earum actum fuerit, aliae tolluntur* y D. 27, 3, 5 Ulp. 43 ad Sab. *Si tutor rem sibi depositam a patre pupilli vel commodatam non reddat, non tantum commodati vel depositi, verum tutelae quoque tenetur. et si acceperit pecuniam, ut reddat, plerisque placuit eam pecuniam vel depositi vel commodati actione repeti vel condici posse: quod habet rationem, quia turpiter accepta sit*. Hemos escogido el primer texto, entre otras razones, por su autor, Gayo. Fue a través del descubrimiento de las Instituciones de este jurista, en el siglo XVIII, cuando la interpretación de la *fiducia* en general pasó a tener un carácter más restrictivo. Parece clara la alteración de este fragmento, la sustitución de *fiducia* por *pignus*. El jurista alude a las dos finalidades más utilizadas, el depósito y el comodato, y podemos intuir que esta manifestación expresa tiene que ver con el tema de fondo tratado en este fragmento, la responsabilidad por daños en la cosa entregada que nos conduce a dos regímenes de responsabilidad distintos, aunque en ambos casos se puede acudir a la responsabilidad *aquiliana*. También es interesante desde punto de

⁸⁴ Vide n.15

⁸⁵ Sin perjuicio de que consideremos que la *fiducia* tiene un ámbito más amplio que el señalado por Gayo al tratar sobre la *usureceptio*, y que su clasificación sobre los tipos de *fiducia* entendemos que no es exhaustiva, es cierto que el jurista le da una especial trascendencia a esta función.

⁸⁶ Boezio ad Cicer. Top 10 “*veluti si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit reddat*”

vista procesal, la extinción de las acciones no interpuestas *sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur*. En el fragmento de Ulpiano, vemos que la alteración de los Compiladores consistió no en sustituir la fiducia por la prenda sino directamente en asignarle un contenido referido al depósito y al comodato (*vel depositi vel commodati*). Entendemos que se trataría de un caso de *fiducia cum amico* con la problemática añadida de que se trata de un supuesto en el cual interviene un tutor. Nos parece razonable que los Compiladores no quisieran introducir o sustituir simplemente fiducia por prenda pues hubiese resultado complejo la presencia de una deuda preexistente entre el *pupilo* y su *pater*, que la justificase.

6.2. Función de comodato

La doctrina a menudo se ha planteado la cuestión de si la *fiducia* se utilizaba también -en una época en la que el comodato aún no estaba reconocido ni protegido por el pretor- para instrumentar el préstamo de uso. La cuestión no tiene una solución clara⁸⁷. Las fuentes no aportan ninguna información decisiva a este respecto, aunque puede ser significativo que los miembros de la comisión de Triboniano hubiesen sustituido a menudo la mención de la *fiducia* por una doble referencia al *depositum* y al *commodatum* (contratos muy distintos en cuanto a la regulación del criterio de imputación de la responsabilidad), esto sólo, no justifica evidentemente considerar que la *fiducia* se empleaba como un comodato. Que la *fiducia* podía utilizarse para conceder a un tercero el uso de un bien, evidentemente es factible pero dado que el comodato redundaba en beneficio exclusivo del tercero, parece absurdo imaginar que un propietario llegara a despojarse de la propiedad del bien, cuando le habría bastado con consentir que el beneficiario lo utilizara a su voluntad⁸⁸.

Sin embargo, podemos encontrar supuestos en que la entrega de bienes en fiducia pueda ir acompañada, aunque no sea la finalidad principal, de la facultad de uso para el fiduciario. Podría ser posible que fuera necesario -precisamente en interés del fiduciante- que el fiduciario explotara económicamente los bienes transmitidos. Por ejemplo, en el caso de tener que emprender un viaje, se podría entregar los fondos en *fiducia* a un amigo para que los cultivara hasta su vuelta. Dice Longo que tal vez sea precisamente a partir de esta práctica que se extendió -y se mantuvo firme en la

⁸⁷ FERCIA,R “*Fiduciam contrahere*” e “*Contractus fiduciae*” . cit. (n.32). p. 314. El autor considera aceptado -a pesar de las críticas sobre la desproporción de medios empleados- que en el derecho romano la *fiducia cum amico* debía haber tenido una función de comodato.

⁸⁸ GROSSO, G, cit. (n.43) pág. 151 El autor considera normal dudar sobre la utilización de esta finalidad, ya que es antieconómica. Se puede entender que se transfiera la propiedad en caso de depósito en interés único del fiduciante, pero en el caso del comodato en el que se beneficia al comodatario no tiene sentido transmitir la propiedad para atribuir el uso gratuito de una cosa.

conciencia jurídica romana- la yuxtaposición entre *fiducia* y préstamo de uso. Volviendo a los textos, el hecho de que Gayo (Gai. 2,60) no indicase la finalidad de comodato al tratar la *fiducia cum amico*, podría dificultar la admisibilidad, no es sin embargo nuestra opinión⁸⁹. Sería posible objetar que Gayo tampoco habla de otras finalidades de la *fiducia* (de las que hablaremos a continuación), porque en realidad el jurista no está tratando como tema central la *fiducia* sino de la *usureceptio* de la *fiducia*. Esto justificaría que no mencionara otras funciones.

Grosso entiende que es concebible que los compiladores hicieran esta sustitución (*depositum vel commodatum*) no por razones puramente históricas, sino con fines legislativos, es decir, para hacer que los textos originalmente relacionados con la *fiducia* se ajustaran a la regulación de las Instituciones de Justiniano. Aún, así Longo defiende que la *fiducia* pudiese tener una finalidad de comodato, pero de forma incidental⁹⁰. Bertoldi⁹¹ da por totalmente aceptado que las funciones principales de la *fiducia cum amico* se asimilaran al depósito y al comodato, considera sin embargo que las finalidades de esta institución eran más amplias.

6.3. Función de *fiducia manumissionis*

Siguiendo también en el ámbito de derecho de familia, encontramos un tipo de *fiducia* que se utilizaba mucho para transmitir la propiedad de un esclavo a un tercero, con la obligación de manumitirlo⁹². Se trata de otro caso en el cual la obligación asumida por el fiduciario es la de desprenderse de la cosa para darle un destino preestablecido⁹³.

⁸⁹ Ya que nos decantamos por la teoría recogida por diversos autores, entre ellos recientemente por BERTOLDI, F, *Il negoz.* Cit, n.43; “La *fiducia cum amico*” (2008) pág 47 y ss. En *Fides, fiducia, fidelitas* a cura di L. Peppe, CEDAM. (Milán. 2008).

⁹⁰ GROSSO, G *Fiducia* (diritto romano) cit. (n.23) pp. 384-388. El autor entiende que se puede incluir en el *pactum fiduciae* la posibilidad de usar la cosa, pero esto no comporta la calificación como comodato.

⁹¹ BERTOLDI, F, *Il negoz.* Cit, n.43, p.p 90 y ss. La funzione principale dell’istituto in questi casi è stata assimilata a quella del deposito e del comodato, ma ciò non è proprio corretto perché la *fiducia cum amico* doveva riferirsi a situazioni diverse.

⁹² Consideramos superada las teorías de quienes no admitían la *fiducia manumissionis causa* como una modalidad de *fiducia*, ya que la finalidad de ésta era la mancipación del esclavo y no su restitución al fiduciante.

⁹³ GROSSO, G “Sulla *fiducia a scopo di manumissio*” en *Scritti Storico Giuridici III* (Torino 2001) pp 189 y ss. Confróntese con Bellocci, N *La struttura della fiducia II Riflessioni* intorno alla forma del negozio dall’epoca arcaica all’epoca classica del diritto romano (Napoli 1983) pp 278 y ss. La autora es contraria a la tesis dominante y no admite que la *mancipatio* con finalidad de manumisión sea una de las aplicaciones de la *fiducia cum amico*. Burdese, A *Rec La struttura della fiducia II Recensioni e Commenti* CEDAM 2009. Burdese no considera suficientemente fundamentada la tesis de Bellocci. Bertoldi, F “La *fiducia cum amico*” op. Cit pag. 86 “Non mi pare però accettabile quanto sostenuto dalla Bellocci, secondo la quales la *fiducia manumissionis causa* non sarebbe una vera forma di *fiducia* in quanto tutte le forme di *fiducia* dovrebbero avere come fine quello della *remancipatio*.”

Al igual que en el caso anterior, podía estar relacionados con distintos aspectos que afectasen a la capacidad de los intervinientes⁹⁴. Fercia⁹⁵ habla en estos casos de la concurrencia de una función de gestión⁹⁶, que considera se puede integrar dentro de la figura de la *fiducia cum amico* como una extensión del perímetro de la misma, más allá de la obligación de retransmisión del patrimonio original.

En este texto en el que la función de *fiducia* persigue la manumisión, se ve muy clara que la construcción clásica de la estructura (*mancipatio* más *pacto fiduciae* incluyendo la manumisión) ha sido sustituida por los compiladores por “transmisión” acompañada de mandato de manumitir. Es decir, han reemplazado la fiducia clásica por un mandato, del mismo modo que lo han cambiado en otros lugares por la prenda, el depósito o el comodato. El fragmento se encuentra en el título del Digesto relativo al mandato, y se debe interpretar según la legislación justiniana en el sentido de que se puede transmitir válidamente un esclavo, dando un mandato al adquirente de manumitirlo después de la muerte del transmitente, D. 17, 1, 27, 1 *Gai. 9 ad ed. provinc. Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si paenitentia acta servum recipere velim*. En el Gayo parece admitir la validez del negocio, pero en derecho clásico el mandato post-mortem era inadmisible y Gayo mismo lo declara inútil en sus instituciones (*Gai.3,158*).⁹⁷ Lo que parece razonable es que Gayo se encontrase ante una *mancipatio* de un esclavo con un pacto adjunto de manumisión, es decir una *fiducia manumissionis*. Esto se puede apreciar claramente ya que el jurista no podría haber hablado de la *traditio* de un esclavo (*tibi tradidero*) sino que debería haber hecho referencia a la *mancipatio* (*tibi mancipio dedero*) porque el *accipiens* no habría podido manumitir válidamente el esclavo sin ser propietario, y para ser propietario de una *res Mancipi* en la época clásica se utilizaba la *mancipatio*⁹⁸. Por tanto, estamos ante una

⁹⁴ HERNANDO, I *Fiducia manumissionis causa* RGDR 19 2012 “La aplicación del negocio fiduciario a la manumisión de los esclavos, surgió como consecuencia de la necesidad que, en algunas ocasiones, tenían los dueños de burlar la ley que las limitaban”.

⁹⁵ FERCIA, R “*Fiduciam contrahere*” e “*Contractus fiduciae*”, cit. (n.32). p. 310.

⁹⁶ Esta función de gestión también podría incluirse en el caso que hemos tratado anteriormente de la donación con fiduciario interpuesto

⁹⁷ *Gai. 3, 158 Item si quis quid post mortem meam faciendum mihi mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.*

También es inútil el mandato cuando alguien me manda que haga algo después de mi muerte, porque se admite generalmente que una obligación no puede comenzar en la persona del heredero

⁹⁸ O la *in iure cessio* pero ya hemos dicho que en la época clásica la función de transmisión de la propiedad de las *res Mancipi* fue diluyéndose.

fiducia con un pacto de manumisión *post mortem*⁹⁹ que Gayo consideraba válido (*constitit obligatio*). Los compiladores que estimaban válido el mandato post-mortem, realizan la sustitución del *pactum fiduciae*, por un mandato.

Por tanto, siguiendo en este caso a la doctrina mayoritaria consideramos que efectivamente se pueda hablar de que la finalidad perseguida con la *fiducia manumissionis causa* encajaría dentro de los supuestos de *fiducia cum amico*, lo que nos llevaría a expandir de forma importante, el ámbito de los negocios fiduciarios.

Otra función para la que se empleaba la *fiducia* en el ámbito de derecho de familia, es en la *coemptio fiduciae*. Se trataba de una institución antigua¹⁰⁰ uno de cuyos propósito era frustrar la tutela de las mujeres (evitarla o liberarse de ella).¹⁰¹ Se trataba de evitar la aplicación de normas legales consideradas especialmente rígidas. En virtud de esta *coemptio fiduciae*, mediante un esquema de *mancipatio*, las mujeres descontentas con su tutor¹⁰² se podían procurar otro, y en el *pactum fiduciae* determinar las condiciones de quien sería su nuevo tutor (fiduciario).

Asimismo, la *fiducia cum amico*¹⁰³ podría usarse para la *mancipatio familiae* de la que habla Gayo¹⁰⁴ cuanto dice que si no se ha hecho testamento ante los comicios, ni

⁹⁹ También la encontramos en otros fragmentos como D. 17, 1, 30, pr. *Iul. 13 dig.*; Frag Vat 334; D.39,5,18,1 (*Ulp 71 ed.*)

¹⁰⁰ No se debe confundir con la *coemptio matrimonii causa*. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A *Derecho Privado Romano* 11ª edición. Iustel.2022. pg. 293; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Romano*. 6ª edición. Dykinson 2022; KASER, M; KNÜTEL, R; LOHSE, S, *Derecho Privado Romano*. BOE. Madrid. 2022. pp 586 y 670.

¹⁰¹ HERNANDO, I *Fiducia manumissionis causa* RGDR 19 2012. El autor la define: “como aquella coemptio que se realizaba con fines no matrimoniales, mediante la cual la mujer contraía matrimonio por coemptio pasando a poder de un varón que se comprometía, por un pactum fiduciae, a manumitirla y conseguir, de esta manera, un fin ajeno a la coemptio. Esos fines ajenos a la coemptio podrían ser: salir de la familia agnaticia y tener unos sacra menos onerosos, eludir la prohibición de que la mujer no podía testar mientras se encontrara en su familia de origen, testamenti faciendi gratia o simplemente era el medio que tenía la mujer para poder cambiar de tutor. Sin embargo, Martini, R. “Coemptio fiduciae causa” e “senes coemptionales”, en Studi in onore di Arnaldo Biscardi, II (Milán 1982), 171 ss considera que la coemptio puede ser realizada por el marido o no, y aunque tiene distintas finalidades se utiliza sobre todo para cambiar de tutor. Vide Gai. 1, 115 Quod est tale: si qua velit quos habet tutores reponere et alium nancisci, illis tutoribus auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferioribus apparebit y también Gai. 1,114

¹⁰² Formalmente el tutor originario debería consentir, pero podía ser compelido a dar su auctoritas. ALBANESE, B *Le persone nel diritto privato romano*. (Palermo 1979) p.. 533; GUARINO, A *Diritto Privato Romano*. (Nápoles Jovene 1992 9ª ed.) p. 624. El autor manifiesta que normalmente el elegido era un anciano en ruina y sin herederos o *senex coemptionalis*.

¹⁰³ Dejando de lado los fideicomisos ya que estudiamos las distintas utilidades de la *fiducia cum amico* inter-vivos

¹⁰⁴ Gai. 2, 102 Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post

procintu en el caso de que se esté en peligro de morir intestado se podía hacer una venta, *mancipatio* de todo el patrimonio a un amigo a quien se le encarga la distribución de los bienes a su muerte. Resaltamos esta figura pues es una muestra más de que el negocio fiduciario en Roma iba más allá de los originarios supuestos de *fiducia cum amico* y *fiducia cum creditore*. Sin embargo, en este caso en concreto se escapa del marco de nuestro trabajo, al producir efectos *mortis causa*.¹⁰⁵

En algunos otros casos¹⁰⁶ se suele hablar de una función de representación procesal¹⁰⁷ o también de una donación modal¹⁰⁸ de la *fiducia cum amico*

6.4. Función de donación *mortis causa*

La *fiducia cum amico* podía haber servido para realizar una donación *mortis causa*, es decir una donación destinada a resolverse si el donatario pre-moría al donante y en la que el donante tendría derecho a la restitución de la cosa. Se daría en este caso, el esquema propio de la doble transmisión típica de la *fiducia cum amico*.

Algunos autores¹⁰⁹ entienden que la *donatio mortis causa* era una finalidad típica de la *fiducia cum amico*, una modalidad de la misma que sólo con el tiempo se convertiría en autónoma y se configuraría como la *donación mortis causa* que conocemos. De hecho Arangio-Ruiz¹¹⁰ mantiene que en la época clásica la utilización de la *fiducia* es el medio preferido para la donación *mortis causa*, la propiedad se adquiría inmediatamente por parte del donatario con la condición de que si no se cumplía lo establecido debía retornar al transmitente y para ello disponía de una *actio fiduciae*. Son evidentes las

mortem suam dari vellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.

¹⁰⁵ BERTOLDI, F “La *fiducia cum amico*” op. Cit pag. 82 y ss. Estudia en profundidad este supuesto, destacando la discusión que ha provocado en la Doctrina la utilización del término *custodela* y destacando las diferencias entre la fórmula de la *mancipatio* y de la *mancipatio familiae*, que podrían justificar la producción o no de un efecto real. Sin embargo, la autora no considera que deba considerarse una modalidad de negocio fiduciario pues no se produce transmisión de la propiedad antes de la muerte del causante.

¹⁰⁶ GROSSO, G *Fiducia* (diritto romano) cit. (n.23) pp. 384-388

¹⁰⁷ D. 4, 7, 4, 3 Ulp. 3 ad ed. *Si quis autem ob valetudinem aut aetatem aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc edicto teneatur, cum in hoc edicto doli mali fiat mentio. ceterum erit interdictum et per procuratores litigare dominio in eos plerumque ex iusta causa translatio.*

¹⁰⁸ ARANGIO-RUIZ, V *Istituzioni di Diritto Romano* (Napoli 2012 reimp.) p. 92.

¹⁰⁹ BERTOLDI, F “La *fiducia cum amico*” op. Cit pag. 72. La romanista siguiendo a Noordraven, entiende que esta conexión entre *fiducia* y donación *mortis causa* existe ya en las fuentes, especialmente en D. 39,6,3 Paul 7 ad Sab. y en Boet. *Top.* 10.41-45

¹¹⁰ ARANGIO-RUIZ, V *Istituzioni* cit. (n.108) p 583. Sin embargo, Bertoldi, F “La *fiducia cum amico*” op. Cit pag. 73 siguiendo a Noordraven (*Die fiducia im römischen Recht*. Amsterdam. 1999), entiende que en el periodo clásico las dos instituciones estaban delineadas como instituciones diferentes.

similitudes entre el siguiente texto de Paulo comentando a Sabino y el del de Boecio comentando a Cicerón. En D. 39, 6, 3 Paul. 7 ad Sab. *Mortis causa donare licet non tantum infirmæ valetudinis causa, sed periculi etiam propinquæ mortis vel ab hoste vel a prædonibus vel ab hominis potentis crudelitate aut odio aut navigationis ineundæ*; y en Boet. ad Cicer. *Top 10 veluti si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet ut ei, cum tempus quod suspectum est præterierit reddat* se transmite en ambos casos, un bien a un amigo con el acuerdo de recuperarlo o restituirlo al donante/fiduciante al premorir el donatario/fiduciario o desaparecer el peligro.

La diferencia entre ambas instituciones según Bertoldi viene señalada por Noordraven, este romanista mantiene que la disparidad la podemos encontrar en el régimen que siga la cosa en caso de que no se supere el peligro. Si se trata de una *donación mortis causa* pura, el bien deberá permanecer en manos del donatario, mientras que, en el caso de la *fiducia*, debería restituirse el bien a los herederos del fiduciante. La idea es tremendamente acertada pero la formulación de la misma se debería perfilar, en tanto que si subsiste el peligro no parece que deba existir restitución, simplemente sería más acertado decir que la diferencia entre instituciones viene determinada por el régimen de restitución. Mientras en la *fiducia* prevalece siempre el interés del fiduciante mediante el establecimiento de un régimen transitorio, en la *donación mortis causa* la importancia se centra en el donatario que se convertirá en propietario, en caso de muerte del donante.

Podemos ver una aplicación de esta función en el siguiente texto D. 39, 6, 42, pr. *Pap. 13 resp Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, usum fructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. bonæ fidei autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restitutura. incurrerat hæsitatio non extorquendæ donationis, quæ nondum in personam filiorum initium acceperat. sed numquid interposita cautione prior donatio, quæ dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? utrum ergo certæ conditionis donatio fuit an quæ mortis consilium ac titulum haberet? sed denegari non potest mortis causa factam videri. sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur*

De la lectura del texto podemos apreciar como Seia había hecho una *donación mortis causa* de todo su patrimonio a Ticio, reservándose el usufructo con el pacto de

que la propiedad le sería retornada en el caso de que Ticio le premuriese. El problema surgió debido a que se introdujo un segundo pacto según el cual, verificándose la muerte de Ticio, los bienes pasarían a los hijos y herederos de él. Según Longo¹¹¹, Papiniano decide que habiéndose resuelto la donación *mortis causa*, por la pre-moriencia de Ticio, el segundo pacto no vinculaba a la mujer, y en consecuencia:

1º.- Si la mujer en virtud del *bonae fidei iudicia* constituído solicitaba la restitución de la nuda propiedad, se le debería devolver incondicionalmente, y los hijos de Ticio no podían pretender que diese una caución de que a su muerte los bienes pasarían a ellos.

2º.- Los herederos de Ticio no podían reclamar los bienes a la usufructuaria sin ser repelidos con la *exceptio doli*.

Está claro que la *fiducia cum donatione* se resuelve, pues es difícil justificar que la nuda propiedad de los bienes no regrese a la donante/fiduciante, y si la resolución y restitución se produce, ¿cómo se puede pretender aplicar posteriormente un segundo pacto del negocio resuelto? Hemos de considerar que predomina la transmisión temporal propia de la *fiducia cum amico* frente a la donación *mortis causa*.

Otra cuestión interesante es determinar si la donación *mortis causa* tiene carácter universal. Entendemos que efectivamente se refiere a la transmisión de la nuda propiedad de todo el patrimonio de la donante por lo que, al tener esta idiosincrasia, exigiría la transmisión de los distintos bienes de forma adaptada a su naturaleza jurídica. Teniendo en cuenta esto, no parece que la transmisión pueda haberse producido *traditionibus factis*, porque para reservarse el usufructo de un bien o patrimonio, transmitiendo la nuda propiedad (*deductio usufructus*) solamente se podía realizar con *mancipatio* o *in iure cessio*, por lo que la frase *traditionibus factis* parece haber sido objeto de alteración por parte de los compiladores justinianos.

En este caso, nos encontramos con un acto formal de transferencia de la propiedad que se debería realizar en la época clásica mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, al que se le ha añadido un pacto de restitución, la estructura típica de la *fiducia*.

Longo¹¹² nos indica que el jurista que en el texto justiniano se refiere al *bonae fidei iudicia*, originalmente hubiese podido mencionar *fiducia iudicio constituto*. Además, añade el romanista que en la época clásica la donante no disponía de ninguna otra

¹¹¹ LONGO, C *Corso di diritto romano: La Fiducia*, cit. (n.25), pp 154 ss.

¹¹² LONGO, C *Corso di diritto romano: La Fiducia*, cit. (n.25) pp 151 ss; Grosso, G, *Fiducia* (diritto romano) cit. (n.23) pp. 384-388.

acción de buena fe que la *actio fiduciae*, ya que la *condictio* es una acción de derecho estricto.

De todo lo anterior podemos asumir que la *fiducia cum amico* podía adaptarse perfectamente a una finalidad de donación *mortis causa*.

6.4.1. Función de donación a través de un fiduciario interpuesto

Nos vamos a centrar en el texto que transcribimos a continuación tratado por Grosso, Longo, Burdese, Scevola, entre otros autores. Se suscitan en él, distintas cuestiones y entre ellas la posibilidad de utilizar la *fiducia* en el ámbito familiar para destinar bienes a personas que por razón de su capacidad no podían recibirlos, como es el caso del hijo *alieni iuris*. A esta cuestión jurídica se le añade otro problema, la viabilidad de la donación entre cónyuges. D. 24, 1, 49 Marcell. 7 dig. *Sulpicius Marcello mulier, quae ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum pervenire, eum patri tradidit, uti post mortem restituatur filio. quaero, an donatio tibi videatur, ut nihil agatur, an valeat quidem, sed mulieri potestas datur, si noluerit, eum repetere respondit: si color vel titulus, ut sic dixerim, donationi quaesitus est, nihil valebit traditio, idem si hoc exigit uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus: alioquin si solo eius ministerio usa est et id egit, ut vel revocare sibi liceret vel ut res cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum ac si cum extraneo tale negotium contraxisset, hoc est extraneo in hanc causam tradidisset?*

Tanto Grosso como Longo¹¹³, están de acuerdo en que en este pasaje las palabras *traditio* y *tradere* están interpoladas, ya que debieron sustituir a *mancipatio* o *mancipatio dare*. Se trata efectivamente de la donación de la propiedad de un fundo, *res Mancipi*, que la mujer quería transmitir a su hijo *alieni iuris* a través del marido y para lograrlo primero debía transferir la propiedad al marido por *mancipatio*. Hecha la cesión mediante el acto solemne de transmisión de la propiedad, junto al cual se añade un pacto en el cual el adquirente se obliga a transmitir el bien al hijo (o a un tercero), nos encontramos con la estructura típica de la *fiducia*, en la cual la obligación del fiduciario no es la de retransmitir la cosa al fiduciante, sino de dar a la cosa un destino preestablecido. El texto no nos indica con qué tipo de acto de debe producir la atribución del fundo al hijo (inter vivos después de haberlo emancipado, o *mortis causa*).

La posibilidad legal de este tipo de negocio, está admitida sin dificultad, y especialmente al final del fragmento “*si cum extraneo tale negotium contraxisset, hoc est extraneo in hanc causam tradidisset?*”, incluso siendo el fiduciario un tercero, lo que evitaría la problemática de la prohibición de donación entre cónyuges. La duda está en el

¹¹³ LONGO, C *Corso di diritto romano: La Fiducia*, cit. (n.25) pp. 157 ss

caso concreto, la donante había confiado la *fiducia* a su marido como “intermediario” y, dado que las donaciones entre cónyuges están prohibidas, la fiducia podía ser nula si a resultas del negocio podía apreciarse algún elemento de enriquecimiento del marido (*fiducia cum donatione mixta*¹¹⁴). Es decir, el criterio de Marcelo -respecto la apreciación de donación entre cónyuges- es muy riguroso, pues si hay la mínima duda de cualquier tipo de aprovechamiento por parte del marido, se entiende que existe una donación que deviene nula. El beneficio no puede recaer en el fiduciario, sino en un tercero.

Estructuralmente, en un primer momento, nos planteamos tratar este fragmento dentro del apartado más general referente a una finalidad de donación, no obstante, decidimos darle un tratamiento separado con un epígrafe propio, ya que podemos ver un antecedente claro de los modernos negocios fiduciarios, y en especial a los dirigidos a proteger patrimonialmente a una persona con discapacidad. En el derecho moderno, la razón no es la falta de aptitud para ser titular de los bienes, ya que la capacidad jurídica se predica -en todos los ordenamientos que protegen los derechos humanos- de todas las personas, tengan o no discapacidad. La explicación tampoco puede estar en que la persona con discapacidad carezca de capacidad de obrar o del ejercicio de su capacidad jurídica, porque esta cuestión no se plantea -para los mayores de edad- desde la aplicación de los preceptos de la Convención de las Naciones Unidas para las personas con discapacidad, en la mayoría de países. La explicación -prescindiendo de las cuestiones técnico-jurídicas sobre el ejercicio de la capacidad jurídica - radica en la voluntad de establecer una protección patrimonial para determinadas personas, por parte de los familiares, normalmente progenitores, utilizando el esquema fiduciario de la *fiducia cum amico* en este sentido amplio que hemos observado en el supuesto. Lo decisivo es que el beneficio final no se destine al fiduciario si no a un tercero, con el cual existe algún tipo de relación predeterminada con el fiduciante¹¹⁵.

Partimos pues de la estructura admitida de la *fiducia romana cum amico* en la que la obligación del fiduciario no es la de retransmitir la cosa al fiduciante, sino de dar a la cosa un destino preestablecido y podemos entrever el germen de los denominados

¹¹⁴ SCEVOLA, R *Negotium mixtum cum donatione*. (CEDAM Milano 2008). p.136.

¹¹⁵ Se trataría de los patrimonios de destino que en el caso de que se dirijan a personas con discapacidad podrían tener determinados beneficios fiscales en los ordenamientos jurídicos, con la intención de favorecer la protección de las personas que cumpliesen con las condiciones legales establecidas.

patrimonios de destino, junto a la posibilidad de una gestión¹¹⁶ o administración por parte del fiduciario¹¹⁷.

VII. PROTECCIÓN PROCESAL: *ACTIO FIDUCIAE*

Antes de que apareciera cualquier tipo de protección procesal, la reprobación por el incumplimiento de la *fiducia* tuvo únicamente un carácter ético social¹¹⁸. Ha sido muy discutida la protección a través del procedimiento de las acciones de Ley. Longo¹¹⁹ rebatió la teoría de Lenel que sostenía la existencia de una *legis actio fiduciae* específica. Burdese¹²⁰ mantenía que no se utilizaba una acción de ley específica pero finalmente, se ha venido descartando la existencia de cualquier protección derivada de la *mancipatio*

¹¹⁶ BERTOLDI, F “La *fiducia cum amico*” op. cit. pag. 75. La autora indica que en este caso la mujer quiere evitar que el hijo obtenga un beneficio inmediato por la transmisión y confía la gestión a un administrador diligente

¹¹⁷ Una muestra de la bibliografía española que trata el tema: ARROYO AMAYUELAS, E “La regulación quebequesa del trust” Primer Congrés de dret civil català: El Dret patrimonial en el futur Codi Civil de Catalunya. Tarragona 2001. La Notaria 11-12 (2001) p. 95 y ss.; BADOSA COLL, F “Sobre los patrimonios fiduciarios en Catalunya” *El trust en Derecho Civil*. Bosch. 2007; BOSCH CAPDEVILA, E “La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular” (la fiducia, el trust y los fideicomisos) en *El Patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos Bosch*. Barcelona 2005 III págs. 565-600; CAMARA LAPUENTE, S “Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español” RCDI 654 (1999) pp. 1757-1865 ; “El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea” capítulo 39 en *Derecho Privado Europeo*. Coord. Camara Lapuente, S Colex. Madrid. 2003; CHECA MARTÍNEZ, M *El trust anglo-americano en el Derecho español*. (Mc Graw Hill Madrid 1.998); ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia. “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad.” (Tirant lo Blanc 2012): 1-381.; FERNANDEZ DE BUJAN, A, “La protección patrimonial de los discapacitados y la jurisdicción voluntaria a la luz de lo previsto en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, Ponencia presentada en el II Congreso Regional sobre Protección Jurídica del Discapacitado en *Protección Jurídica del Discapacitado. II congreso Regional*, Ed. Tirant lo Blanch, Burgos, 2007, págs. 191-214. HUETE PÉREZ, Joaquín. *Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados*. (Instituto de Estudios Fiscales, 2004); LAUROBA LACASA, E. “Los patrimonios protegidos, un mecanismo valioso de planificación patrimonial pre y post mortem” en *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión: Encaje jurídico (¿y consolidación?) de los will substitutes en España* Dir. Tarabal Bosch, Jaume. (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales 2022. Colegio Notarial de Cataluña); “La protección patrimonial de les persones discapacitades o dependents en el Codi civil de Catalunya: el “patrimoni protegit” “*Revista Catalana de Dret Privat*, ISSN 1695-5633, Vol. 14, 2014, págs. 27-67; MARTIN SANTISTEBAN, S *El Instituto del Trust en los Sistemas Legales Continentales y su compatibilidad con Los Principios del Civil Law*. (Aranzadi 2005); VIVAS TESÓN, I. “Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad.” *Revista de derecho (Valdivia)* 22.1 (2009): 55-76.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A “De los *arbitria bonae fidei* pretorios a los *iudicia bonae fidei* civiles” cit. (n.10) pp. 31 ss

¹¹⁹ LONGO, C *Corso di diritto romano: La Fiducia*, cit. (n.25), p.5

¹²⁰ BURDESE, A *Lex Commissoria* cit. (n.68).; *Fiducia. Noviss.dig.it, XII*. Torino 1961; Recensión a N. Bellocci, La struttura della fiducia II *Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoles, 1983 en *Recensioni e commenti. Sesant'anni di letture romanistiche*, I CEDAM Padua 2009 pág. 432 yss

fiduciaria a través de *legis actio*¹²¹. De hecho, no disponemos de fuentes suficientes para adoptar una posición al respecto sin sumergirse en el terreno de la mera conjetura¹²².

Sí que disponemos de alguna información más respecto a la protección de la *fiducia* en el proceso de formulario, partimos de testimonios de Cicerón¹²³ y otro de Gayo¹²⁴ que nos permiten afirmar que se trataba de una acción de buena fe,¹²⁵ y que fue anterior a la *Lex Aebutia*, ello no obstante, la fórmula de la acción ha presentado uno de los nudos problemáticos más debatidos por los romanistas: la supuesta duplicidad de fórmulas¹²⁶ de la *actio* en cuestión. Para Arangio-Ruiz¹²⁷ no sólo se trata de una acción de buena fe, sino que la considera el prototipo de las mismas, la más antigua¹²⁸, el romanista rebatió la idea de que existiesen dos fórmulas¹²⁹ (una *in ius* y otra *in factum*). Bertoldi expone la

¹²¹ FUENTESECA, P “Lineas generales de la *fiducia cum creditore*” cit. (n.16), p. 397 “Reconocida la dificultad de admitir una *legis actio fiduciae* no puede negarse, sin embargo, una huella de afinidad formal con las *legis actiones* en la fórmula que nos transmite, Cicerón (de Off. 3,17,70) *uti ne propter te fidemve tuam capus fraudatusve sim*, Esta fórmula verbal constituye una singularidad del *iudicium fiduciae*. Cabe suponer como lo hizo Kaser que la *actio fiduciae* habría presentado ya un esquema de fórmula verbal (Spruchformel) de origen pretorio con anterioridad a la *Lex Aebutia*.

¹²² LÓPEZ HUGUET, M^a LUISA “Una aproximación,”cit..(n.36) La autora afirma que prescindiendo de la teoría que postula la existencia de una especial *legis actio fiduciae* de la que no existen pruebas en las fuentes, la protección del derecho del fiduciante a que se le retransmitiese la cosa dada en fiducia, una vez hubiese pagado el débito, no parece encuadrable en ninguna de las *legis actionis* declarativas del elenco gayano.

¹²³ Cic. off. 3.15.61 y 3.17.70; Cic. Caec. 3.7.

¹²⁴ Gai. 4, 62 *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*.

¹²⁵ GROSSO, G “Appunti sulla formula dell’*actio fiduciae*” cit. (n75) pp. 275 ss.

¹²⁶ FUENTESECA, P *Lineas gen.* cit. (n.16) pp.398 ss. El autor sostiene que primero apareció la *actio fiducia in factum* dirigida a reprimir comportamientos dolosos en el caso de que no se produjera la devolución, y a continuación se habría introducido la *actio fiduciae in ius* la más antigua de los *bonae fidei iudicia*

¹²⁷ ARANGIO-RUIZ, V, cit (n.19) pág. 308 “Sorse così l’*actio fiduciae*, nella cui formula, dopo la menzione dell’avvenuta trasmissione della cosa e dei relativi accordi fra le parti, si invita il giudice a verificare se il convenuto si sia comportato, nella conservazione e restituzione della cosa *uti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*, la larghezza dei poteri così attribuiti al giudice, e l’analogia tra la frase citata e l’*oportere ex fide bona*, fecero sì che la formula in questione venisse inclusa tra i *bonae fidei iudicia*, anzi fosse considerata quasi come il prototipo di essi. Arangio se basa en los conocidos pasajes ciceronianos sosteniendo que los argumentos del orador habrían perdido gran parte de su fuerza si la *actio fiduciae* hubiera tenido un origen pretoriano. El *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* contenía el criterio objetivo que dominaba la protección de la relación jurídica, del mismo modo que la *fides bona* dominaba los juicios de buena fe. La existencia de este criterio objetivo del *oportere* favorecía la idea, que conducía a considerar la *actio fiduciae in ius*

¹²⁸ También en este sentido FERCIA, R “*Fiduciam contrahere*” e “*Contractus fiduciae*” . cit. (n.32). p. 318.

¹²⁹ Una visión de conjunto de las distintas opiniones que han surgido en la doctrina puede encontrarse en LAMBRINI, P “Lineamenti storico-dogmatici della ‘fiducia cum creditore’, in La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica”. V Congresso internazionale Aristec (Salisburgo

teoría de Dunand según el cual la *actio fiduciae* era una acción específica, atípica y única que constituía el prototipo de los *bonae fidei iudicia*. La buena fe estaba presente bajo la forma de deberes éticos propios de las personas de bien, prescindiendo de cualidades individuales. El *bonus vir* se convertía en el modelo de valoración de la exigencia. Este autor defiende una evolución de la fórmula, de una cláusula que contenía las palabras *agier oportet sine fraudatione* a otra fórmula más elaborada que comprendiese y tutelase los comportamientos normales entre las personas de bien.

Para Paricio¹³⁰, como para Arangio-Ruiz- la *actio fiduciae* era el prototipo de las acciones de buena fe, aunque su fórmula no mencionase la buena fe, sino que mantenía los términos más arcaicos. No tiene un fundamento legal, pero tampoco es propiamente una acción pretoria u honoraria, y tampoco tiene que ver con las *actiones in factum*. Las acciones que durante el Principado serían consideradas civiles tenían dos orígenes: las *legis actiones* y las *actiones quae sua vi ac potestate valent*, y ninguno de estos tipos tendría relación con las acciones pretorias. La *actio fiduciae* y las de buena fe basadas en la *fides*, tienen su fuerza y fundamento en la *fides* ancestral romana. Mantiene este autor que la configuración de las fórmulas de estas acciones se realizó por vía jurisprudencial y destaca asimismo que probablemente mantuvo durante toda la época clásica la formulación arcaizante que ya encontramos en los escritos de Cicerón. Excluye, por tanto, que en el Principado se hubiese producido la asimilación de la fórmula de la *actio fiduciae* con el esquema de los restantes *bonae fidei iudicia*. El autor descarta la duplicidad formularia y mantiene que probablemente tuviera una única fórmula *in ius concepta*.

López Huguet entiende que del análisis de las fuentes ciceroniana se desprende que el modelo de la fiducia “*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*” es anterior pero equivalente al “*quidquid dare facere oportet ex fide bona*” ya que en los textos son definidos del mismo modo, existiendo una única concepción técnica, la *actio fiduciae in ius*.

Bertoldi¹³¹ indica que el problema de la naturaleza de la *actio fiduciae* está relacionado el origen de los *bonae fidei iudicia* ya que no sabemos exactamente como se llegó a las fórmulas gaianas. Según se desprende de Gayo, eran considerados civiles, pero no sabemos si hubo un período de transición y no se puede descartar que en la época de Cicerón las fórmulas con *demonstratio* fueran *in factum*.

13-15 settembre 2001), a cura di L. Vacca, Torino, 2003, pág 270 y también FERCIA, R *Fiduciam contrahere*” e “*Contractus fiduciae*” cit. (n.32). pp. 232 ss, con bibliografía.

¹³⁰ PARICIO, J “*Apuntes sobre la actio fiduciae*” en *Ruolo delle buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*. En Atti del convegno in onore di A Burdese, III, (Padova 2003) pp. 55 ss.

¹³¹ BERTOLDI, F “*La fiducia cum amico*” op. Cit pag. 46 y ss.

La *actio fiduciae* tendría como finalidad la restitución de la cosa, el fiduciante entregaba la propiedad de una cosa en el caso de la *fiducia cum creditore* para garantizar el pago de una deuda preexistente y en el caso de la *fiducia cum amico* con distintas finalidades, la más típica era la de poner a salvo los propios bienes, en momentos turbulentos, entregándolos a una persona de confianza que pudiera tener mayor garantía de inmunidad, o bien para realizar donación *mortis causa*. Una vez cumplida la finalidad perseguida con la fiducia, la *actio fiduciae* servía para recuperar la cosa que no había sido devuelta. En el caso de que la cosa hubiese sido enajenada a un tercero, la *actio fiduciae*¹³² solo otorgaba una indemnización por incumplimiento de la *fides*, pero la cosa permanecería en poder del tercero.

VIII. OTRAS FORMAS DE PROTECCIÓN: LA *USURECEPTIO*

La protección de la obligación de restitución derivada de la *fiducia* se garantizaba al fiduciante, desde muy antiguo, mediante un peculiar mecanismo de (re)adquisición de la propiedad de la cosa transmitida, que se lograba simplemente manteniendo la disponibilidad material de la misma durante un año: la *usureceptio*¹³³. De esta institución, nos informa Gayo al tratar sobre la usucapión (*Gai* 2.42 y ss.). El jurista tras examinar las características generales de ésta, que se originan en las previsiones establecidas en la Ley de las XII Tablas y declarar la finalidad de la institución de la usucapión “que la propiedad de las cosas no permanezca incierta durante mucho tiempo”¹³⁴, procede a examinar lo que podríamos denominar algunas formas anómalas que podrían ser vestigios de una *usucapio* más antigua, anterior a las XII Tablas. Encontramos entre estas formas anómalas la *usucapio pro herede*¹³⁵ y a continuación la *usureceptio*¹³⁶. Esta

¹³² LÓPEZ HUGUET, M^a LUISA “Una aproximación” cit (n.36) La doctrina dominante ha señalado que le correspondería al fiduciario una *actio fiduciae contraria* para reclamar eventuales contraprestaciones con origen en la relación fiduciaria. Cfr BIONDI, B “*Fiducia cum creditore*” en Scritti Giuridici III, Milano, 1965, págs.. 305 y ss. Niega la existencia de esta *actio fiduciae contraria*.

¹³³ KASER, M; KNÜTEL, R; LOHSE, S Derecho Privado Romano. (BOE Madrid. 2022) p.325. .La fiducia se constituía frecuentemente sin posesión, es decir, sin transmisión de ésta al acreedor. Al fiduciante que conserva la posesión, se le facilita la usucapión de regreso (*usureceptio ex fiducia*): al extinguirse la deuda, él readquiere la propiedad en el término de un año, sin título y no obstante saber que no es dueño; incluso si la deuda subsiste, salvo que él posea a título de arrendatario o precarista y que derive este poder de hecho de su acreedor

¹³⁴ *Gai. 2, 42-44 Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio: et ita lege XII tabularum cautum est. Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive mancipi sint eae res sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse. Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.*

¹³⁵ OLIVIERO, GM^a “Questioni testuali e terminologiche in tema di *usureceptio*” *Fides, Humanitas, Ius*. En Studii in onore di Luigi Labruna VI (Napoli 2007) pp.3891 y ss. La autora respecto al

última operaba sin precisar una *iusta causa*, e incluso con mala fe. Para que la adquisición por *usureceptio* se produjera, bastaba con mantener la disponibilidad material de la *res* durante un año para las cosas que hubiesen sido transmitidas mediante *fiducia* (aunque los bienes objeto de fiducia fuesen bienes inmuebles)¹³⁷.

Estas normas se alejan del régimen vigente en la materia de la *usucapio* clásica (la adquisición de bienes inmuebles se realizaba por *usus* prolongado durante dos años, mientras que un año era suficiente para todos los demás bienes).

Siguiendo con el texto de Gayo, se puede ver cómo la *usureceptio* operaba de forma diferente en los casos de fiducia *cum creditore* que en los casos de fiducia *cum amico*. En este último caso, de hecho, la *usureceptio* era siempre posible: el fiduciante, mediante este mecanismo de readquisición alcanzaba la finalidad prevista en el momento en que constituyó la fiducia, es decir la restitución de la cosa a su patrimonio. En el caso de que estuviésemos ante una fiducia *cum creditore* deberíamos distinguir en primer lugar si la deuda garantizada había sido ya liquidada, en este caso, siempre era posible la *usureceptio* por parte del fiduciante, de si la deuda no había sido pagada. Para el supuesto de que la obligación aún no se hubiera extinguido se debía diferenciar a su vez: si el fiduciante estaba en posesión de la cosa en virtud de un contrato de arrendamiento¹³⁸ o de una relación de precario¹³⁹, ya que entonces no operaba la

silencio sobre la particularidad del régimen, opina que la función de la *usureceptio ex fiducia* era moderar el régimen de la transmisión de la propiedad.

¹³⁶ Gai. 2, 59-60 *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dedit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, non solum res mobilis sed et soli si sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.*

Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit.

¹³⁷ OLIVIERO, GMª “Questioni testuali” cit. (n.135) pp.3891 ss. La autora respecto al silencio sobre la particularidad del régimen, opina que la función de la *usureceptio ex fiducia* era moderar el régimen de la transmisión de la propiedad. La autora nos trasmite la hipótesis de Noordraven. B *Die fiducia im römischen Recht* (Amsterdam) 1999. pp. 187 ss. Quién considera que el desarrollo histórico de la *usureceptio ex fiducia* es substancialmente idéntico a de la *usucapio pro herede* que se cumple con el transcurso de un solo año, aunque se incluyan bienes inmuebles porque en sus orígenes se trataría de la transmisión de todo el patrimonio familiar considerado como una unidad a un amigo, como cuando la herencia entera es objeto de usucapión.

¹³⁸ D. 13, 7, 37. Paul. 5 ad Plaut. *Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.*

¹³⁹ OLIVIERO, GMª “Questioni testuali” cit. (n.135) pp.3891 y ss. La autora respecto al silencio sobre la particularidad del régimen, opina que la función de la *usureceptio ex fiducia* era moderar el régimen de la transmisión de la propiedad. Pág. 3896 La autora mantiene que probablemente los acreedores solían salvaguardarse de la posibilidad de que se produjera una *usureceptio* concediendo la cosa al deudor en alquiler o bien en precario; Franciosi, G «*Usureceptio*» en *NNDI*.

usureceptio, porque nos encontraríamos ante una mera detentación que no serviría para la *usureceptio/usucapio*. Por el contrario, si el fiduciante tenía la disponibilidad de la cosa sin que se tratase de un arrendamiento o un precario, tenía derecho a la *usureceptio*.

De la regulación que hace Gayo se puede intuir que el resultado natural de las operaciones fiduciarias era la devolución del bien transmitido al patrimonio del enajenante: un resultado que se veía favorecido al conceder al fiduciante la posibilidad de readquirir el bien sin *iusta causa* y sin *bona fides*, además tras un *usus* muy breve (apenas un año). Es relevante destacar -como indica Gayo- que el fiduciante nunca habría cometido hurto¹⁴⁰. Esto, según Grosso, precisamente por el "carácter originario de la obligación de restitución, absoluta e inmediata", que surgía directamente con el acto de enajenación de la fiducia.

En el discurso de Gayo sobre la *usureceptio* se alude en distintos momentos al carácter lucrativo¹⁴¹ o no de la adquisición por parte del fiduciante, es decir tiene en cuenta la relevancia de los intereses económicos entre los distintos intervinientes a fin de moldear una institución lo suficientemente flexible para adaptarse a las necesidades de la sociedad romana. Lambertini¹⁴² considera que se puede considerar lucrativa en algunos casos la *usucapio pro herede* y también la *usureceptio ex fiducia nondum soluta pecunia*, donde el poseedor puede obtener conscientemente una ventaja patrimonial frente al designado propietario del bien. Si la fiducia es *cum amico* procedería la *usureceptio* pero no se puede decir que sea lucrativa ya que tiene su razón de ser en obtener la restitución del bien. Si se tratara de fiducia *cum creditore*, la *usureceptio* sería posible en cuanto se extinguiese la deuda preexistente, pero la *usureceptio* al igual que en el caso anterior no es lucrativa ya que el fiduciante quiere obtener la restitución, no una ventaja económica.

Creemos pues que una explicación para la gran variabilidad de las normas aplicables a la fiducia *cum amico* se justifica en la flexibilidad de la aplicación de las normas por

XX. Turín 1.975 pág. 388 y ss. El autor considera que las excepciones del precario y del alquiler se trataría de una suavización del régimen de la *usureceptio* más moderno debido a que la jurisprudencia empezó a elaborar los requisitos de la posesión justa. En cuanto al precario: *D. 43, 26, 11, (Cels. 7 dig.) Si debitor rem pigneratam precario rogaverit, soluta pecunia precarium solvitur: quippe id actum est, ut usque eo precarium teneret.*

¹⁴⁰ Gai. 3, 201 *Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est nec creditur furtum fieri, velut res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet: nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse. item debitor rem, quam fiduciae causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit, secundum ea quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.*

¹⁴¹ Sobre si el final del texto "*quo casu lucrativa usucapio conpetit*" es o no una glosa posterior véase las distintas posturas encabezadas de un lado por Solazzi y de otra parte, por Grosso (y más modernamente Belloci) en LAMBERTINI, R "*Lucrativa usucapio*" en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese a cura di Luigi Garofalo. Vol. II pp. 374 y ss

¹⁴² LAMBERTINI, R "*Lucrativa usucapio*" cit. (n.141) pp. 376 ss.

parte de la jurisprudencia que tiene en cuenta los intereses económicos de las partes implicadas.

IX. CONCLUSIONES

Respecto a la estructura de la fiducia queremos destacar que responde a un esquema complejo, una *mancipatio* en tanto *imaginaria venditio* (dejando atrás su concepción como compraventa al contado) con efectos reales, más un pacto con efectos obligatorios. Estimamos que esta complejidad de estructuras jurídicas, no pueden ser enmarcadas en el ámbito del derecho arcaico, si no que encajarían más bien en el derecho pre-clásico¹⁴³.

Nosotros no consideramos que se pueda tipificar la fiducia de negocio anómalo, en el sentido utilizado por Bertoldi, ya que, siguiendo a Coma Fort, no lo estimamos excluido del elenco de contratos que nos fue transmitido por Gayo, pues entendemos que se trataba de una enumeración ejemplificativa. Seguimos pues, el mismo tipo de argumento que utiliza Bertoldi para defender que la distinción que hace Gayo, entre la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*, tampoco es exhaustiva.

Coincidimos plenamente con Bertoldi en que la fiducia *cum amico* puede ser utilizada para funciones muy variadas, no siempre tiene que comportar la restitución de la cosa: el fiduciario puede ser obligado a realizar una cosa diversa, y esta extensión de funciones será clave para una configuración flexible.

Una nota característica que apreciamos en la fiducia *cum amico* ya en sus orígenes cuando se alude a la situación de necesidad que justificaría la transmisión temporal de la propiedad se refiere a que los “tiempos inseguros” que menciona Boecio se podían referir tanto a guerras, catástrofes, como a eludir la aplicación de diversas normas jurídicas, como la imposición de diversas penas. Es decir, ya desde un inicio, la institución de la fiducia se relaciona con la posibilidad de burlar la aplicación de normas jurídicas, en definitiva, con el fraude de ley, que ha marcado la evolución y desarrollo de esta institución.

Apoyándonos en textos del Digesto - con precaución pues tenemos presentes las alteraciones realizadas por los Compiladores- podemos apreciar que la virtualidad de la *fiducia cum amico* excede la función de depósito originariamente encomendada. Se ha venido aceptando que el contenido de la *fiducia cum amico* se expandiese incluyendo la facultad de usar la cosa entregada en fiducia, pero sin que concurriese los elementos del contrato de comodato, al menos por lo que respecta a un elemento decisivo como es en interés de que parte se realiza en contrato. De esta manera lo apreciamos en D. 27, 3, 5

¹⁴³ Siguiendo la cronología de Miquel, Juan *Derecho Romano* (Madrid Marcial Pons 2016) p.33

(*Ulp. 43 ad Sab.*) siempre que no fuera esta la finalidad principal perseguida. Sería habitual que, en interés del fiduciante, el fiduciario explotara económicamente los bienes transmitidos. Por ejemplo, en el caso de tener que emprender un viaje, se podría entregar los fondos en fiducia a un amigo para que los cultivara hasta su vuelta. Pudiera ser que a partir de esta práctica se iniciara la extensión de las finalidades de la *fiducia cum amico*.

En el ámbito de derecho de familia en D. 17, 1, 27, 1 (*Gai. 9 ad ed. Provinc.*) la función de fiducia persigue la manumisión, por lo que la estructura clásica (*mancipatio* más *pactum fiduciae* incluyendo la manumisión) ha sido sustituida por los compiladores por “transmisión” acompañada de mandato de manumitir -sin embargo en derecho clásico el mandato post-mortem era inadmisible y Gayo lo declara inútil (*Gai. 3,158*)-. Esta práctica podía estar relacionada con distintos aspectos que afectasen a la capacidad de los intervinientes o bien la posibilidad de soslayar o sortear determinadas limitaciones legales (leyes restrictivas sobre la manumisión de esclavos). Concurriría también en estos casos una función de gestión como una extensión del perímetro de la fiducia *cum amico*, más allá de la obligación de retransmisión del patrimonio original. Lo mismo sucede en D. 17,1,30, pr. (*Iul. 13 dig*) al que Lenel sitúa en el sub-epígrafe segundo del libro décimo tercero de los Digestos que trataba la fiducia y que es reproducido en Fragmenta Vaticana, (*Frag Vat 334*) asignándolo también a Juliano y citando expresamente la *actio fiduciae* en lugar de la derivada del mandato. Por tanto, siguiendo en este caso, a la doctrina mayoritaria consideramos que efectivamente se pueda hablar de que la finalidad perseguida con la *fiducia manumissionis causa* encajaría dentro de los supuestos de *fiducia cum amico*, lo que nos llevaría a expandir de forma importante, el ámbito de los negocios fiduciarios.

Sin embargo, donde se puede apreciar más claramente la proyección de la fiducia *cum amico* a distintos negocios fiduciarios de la actualidad es en dos textos uno de Papiniano, D. 39, 6, 42, pr. (*Pap. 13 resp.*) y otro de Marcelo D. 24, 1, 49 (*Marcell. 7 dig*).

En el primero, D. 39, 6, 42, pr. (*Pap. 13 resp.*) la *fiducia cum amico* se dirige a la realización de una donación *mortis causa*, es decir una donación destinada a resolverse si el donatario pre-moría al donante y en la que el donante tendría derecho a la restitución de la cosa. Se daría en este caso, el esquema propio de la doble transmisión típica de la *fiducia cum amico*. Papiniano se plantea la situación de Seya que había hecho una fiducia con finalidad de donación *mortis causa* de todo su patrimonio *cum bonis suis traditionibus factis* a su pariente Ticio, reservándose el usufructo *usum fructum sibi recepit* -por lo tanto, le había transmitido únicamente la nuda propiedad-. Siguiendo el esquema fiduciario se incluyó un pacto en virtud del cual la propiedad le sería retornada a Seya en el caso de que Ticio le premuriese. El problema surgió debido a que se

introdujo, un segundo pacto según el cual, verificándose la muerte de Ticio, los bienes pasarían a los hijos y herederos de él. El jurista decide que habiéndose resuelto la *fiducia cum donatione*, por la pre-moriencia de Ticio, el segundo pacto no vinculaba a Seya. Si la mujer solicitaba la restitución de la nuda propiedad, se le debería devolver incondicionalmente, y los hijos de Ticio no podían pretender que diese una caución de que a su muerte los bienes pasarían a ellos, salvo que Seya consintiese. Hemos de considerar que predomina la transmisión temporal propia de la *fiducia cum amico* frente a la donación *mortis causa*.

En el segundo D. 24, 1, 49 (*Marcell. 7 dig*) se va más allá se propone la posibilidad de utilizar la *fiducia* en el ámbito familiar para destinar bienes a personas que por razón de su capacidad no podían recibirlos, como es el caso del hijo *alieni iuris*. A esta cuestión se le añade otro problema sobre la viabilidad de la donación entre cónyuges pues la madre quiere transmitir un fundo a su hijo sujeto a la potestad paterna, a la muerte de este. El beneficio no debe recaer en el fiduciario, sino en un tercero. El mismo texto pone de manifiesto la viabilidad legal de este tipo de negocio, “*si cum extraneo tale negotium contraxisset, hoc est extraneo in hanc causam tradidisset*” siendo el fiduciario un tercero, lo que evitaría la problemática de la prohibición de donación entre cónyuges. Hay que remarcar, que el fiduciario, el padre debe realizar una gestión de administración, sin obtener ningún beneficio, que se proyectará hasta su fallecimiento.

Observamos la estructura de la *fiducia cum amico* en la que la obligación del fiduciario no es la de retransmitir la cosa al fiduciante, sino de dar a la cosa un destino preestablecido atribuyéndole al fiduciario la gestión de esta. Se pondría de manifiesto que el talento jurídico romano era ya capaz de establecer la utilidad de patrimonios de destino, que pudieran ser autónomos y sin personalidad jurídica.

X. APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

ALBANESE, B Le persone nel diritto privato romano. (Palermo 1979)

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo *Istituzioni di diritto romano* (1976 Naples)

ARROYO AMAYUELAS, E “La regulación quebequesa del trust” Primer Congrés de dret civil català: El Dret patrimonial en el futur Codi Civil de Catalunya. Tarragona 2001. La Notaria 11-12 (2001)

BADOSA COLL, F “Sobre los patrimonios fiduciarios en Catalunya” *El trust en Derecho Civil*. Bosch. 2007.

BELDA, Javier “La *mancipatio fiduciae causa* como garantía crediticia” RGDR, 9, (2007)

BELDA, Javier. *Perspectiva histórica de la fiducia romana*. Granada 2002.

BELLOCCI, Nina *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca republican*. (Napoli Jovene 1979)

BELLOCCI, Nina *La struttura della fiducia: riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, (Jovene 1983).

BERTOLDI, Federica *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, (Mucchi Ed. Modena 2012)

BERTOLDI, Federica “*La fiducia cum amico*”. En *Fides, fiducia, fidelitas* a cura di L. Peppe, (CEDAM Milán 2008).

BERTOLDI, Federica “Alcune osservazioni sulla *fiducia* nella letteratura romanistica” Le situazioni affidanti a cura di Maurizio Lupoi. Centro di eccellenza in diritto europeo “Giovanni Pugliese” (CEDAM 2006).

BONFANTE, Pietro *Istituzioni di diritto romano*, (reimp.1987, 1ªed. 1946 Milan Giuffrè).

BOSCH CAPDEVILA, E “La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular” (la fiducia, el trust y los fideicomisos) en *El Patrimonio familiar, profesional y empresarial*. Sus protocolos Bosch, Barcelona 2005

BURDESE, Antonio *Diritto Privato Romano* (Torino reimpr. 2002)

BURDESE, Antonio *Lex Commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, (Torino 1949)

CAMARA LAPUENTE, S “Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español” RCDI 654 (1999)

CAMARA LAPUENTE, S “El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea” capítulo 39 en *Derecho Privado Europeo*. Coord. Camara Lapuente, S Colex. Madrid. 2003

CARDILLI, R., «Bona fides». Tra storia e sistema, Torino, 2004

CASCIONE, Cosimo *Manuale breve Diritto Romano*. Giuffrè. 2007

CASTRESANA, Amelia *Fides, Bona fides, un concepto para la creación del derecho*. Tecnos. 1991

COCH, Núria *La forma estipulatoria: una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto*. Dykinson. Madrid. 2017

COMA FORT, José Mª *El derecho de obligaciones en las Res Cottidianae*. (1996) Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursicino Alvarez» Madrid

CHECA MARTÍNEZ, M *El trust anglo-americano en el Derecho español*. Mc Graw Hill. Madrid 1.998

D'ORS, Álvaro *Elementos de Derecho Privado Romano*. 1960.

D'ORS, Álvaro *Derecho Privado Romano* Pamplona 2004

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia. *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanc (2012)

FERCIA, Ricardo “*Fiduciam contrahere*” e “*Contractus fiduciae*”. Prospettive di diritto romano ed europeo. Jovene. Napoli. 2012

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Romano*. 6ª edición. Dykinson 2022

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A *Derecho Privado Romano* 11ª edición. Iustel.2022.

FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio “El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos”. *Revista General de Derecho Romano* 15 (2010)

FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio “De los *arbitria bonae fidei* pretorios a los *iudicia bonae fidei* civiles” en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese a cura di Luigi Garofalo. Vol. II.

FERNANDEZ DE BUJAN, A, “La protección patrimonial de los discapacitados y la jurisdicción voluntaria a la luz de lo previsto en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, Ponencia presentada en el II Congreso Regional sobre Protección Jurídica del Discapacitado en Protección Jurídica del Discapacitado. II congreso Regional, Ed. Tirant lo Blanch, Burgos, 2007.

FRANCIOSI, G «*Usureceptio*» en *NNDI*. XX. Torino 1.975

FUENTESECA, Pablo “Líneas generales de la *fiducia cum creditore*” en *Derecho Romano de Obligaciones*, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid 1994) .

FUENTESECA, Margarita *El negocio fiduciario en Roma*. Marcial Pons. Madrid 2016.

GOMEZ BUENDIA, M Carmen “La fiducia en el Derecho Romano clásico y su posterior evolución” en *Los patrimonios fiduciarios y el Trust. III Congrès de Dret Civil Català*. Marcial Pons. 2006

GROSSO, Giuseppe *Il sistema romano dei contratti*. Torino 1963

GROSSO, Giuseppe *Fiducia* (diritto romano) *Scritti Storico giuridici* II *Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*. Torino 2001 pág 737 y ss =*Enciclopedia del diritto* XVII, Milano. 1968 pág. 384-388

GROSSO, G Recensione AW. ERBE, *Die Fiduzia im römischen recht* *Scritti storico giuridici* IV *Recensioni e ricordi*.

GROSSO, Giuseppe “*Appunti sulla formula dell’actio fiduciae*” *Scritti Storico Giuridici* III Torino 2001

GROSSO, Giuseppe “Sulla fiducia a scopo di manumissio” en *Scritti Storico Giuridici* III (Torino 2001)

GUARINO, A *Diritto Privato Romano*. (Nápoles Jovene 1992 9ª ed.)

GUZMAN BRITO, Alejandro *Derecho Privado Romano* Tomo II Editorial Jurídica de Chile 1997,

HERNANDO, I “*Fiducia manumissionis causa*” RGDR 19 2012.

HUETE PÉREZ, Joaquín. *Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados*. Instituto de Estudios Fiscales, 2004

KASER, M; KNÜTEL, R; LOHSE, S, Derecho Privado Romano. BOE. Madrid. 2022

LAMBERTINI, Renzo “*Lucrativa usucapio*” en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese a cura di Luigi Garofalo. Vol. II

LAMBRINI, P “Lineamenti storico-dogmatici della ‘fiducia cum creditore’, in La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica”. V Congresso internazionale Aristec (Salisburgo 13-15 settembre 2001), a cura di L. Vacca, Torino, 2003.

LAUROBA LACASA, E. “Los patrimonios protegidos, un mecanismo valioso de planificación patrimonial pre y post mortem” en *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión: Encaje jurídico (¿y consolidación?) de los will substitutes en España*, Dir. Tarabal Bosch, Jaume. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales 2022. Colegio Notarial de Cataluña.

“La protecció patrimonial de les persones discapacitades o dependents en el Codi civil de Catalunya: el patrimoni protegit” “*Revista Catalana de Dret Privat*, ISSN 1695-5633, Vol. 14, 2014.

LENEL, Otto *Das edictum perpetuum*. Leipzig 1927.

LENEL, Otto *Palingenesia Iuris Civilis*, I-II, Leipzig, 1889 (rist. Aalen 2000)

LONGO, Carlo *Corso di diritto romano: La Fiducia*. (Milano 1933)

LOPEZ HUGUET, M^a Luisa “Una aproximación a la problemática romanista en torno al instituto de la *fiducia cum creditore*” RGDR 2 (2004)

MARTIN SANTISTEBAN, S *El Instituto del Trust en los Sistemas Legales Continentales y su compatibilidad con Los Principios del Civil Law*. Aranzadi. 2005

MASCHI, Carlo Alberto, *La categoria dei contratti reali* (Milán 1973)

MIQUEL, Juan *Derecho Privado Romano* (Madrid 1995)

NÖRR, Dieter, *La fides en el Derecho Internacional romano*. Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursicino Alvarez» (Madrid. 1996)

OLIVIERO, Giusepina Maria “Questioni testuali e terminologiche in tema di *usureceptio*” en *Fides, Humanitas, Ius*. Studii in onore di Luigi Labruna VI (Napoli 2007)

PARICIO, J “Apuntes sobre la *actio fiduciae*” en *Ruolo delle buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporánea*. En Atti del convegno in onore di A Burdese, III, (Padova 2003).

PEPPE, Leo “Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi” En *Fides, fiducia, fidelitas* a cura di L. Peppe, (CEDAM Milán 2008)

SALAZAR, María "Formación en el Derecho Romano y en la tradición romanística del principio de buena fe y su proyección en el Derecho Comunitario europeo. Revista Internacional de Derecho Romano. 14. (2015)

TALAMANCA, Mario *Istituzioni di diritto romano* (1990 Milan Giuffrè)

VIVAS TESÓN, I. "Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad." Revista de derecho (Valdivia) 22.1 (2009).

VOCI, Pasquale *Istituzioni di diritto romano* (6ª ed. 2004 Milan Giuffrè)