

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

LA CAUSA FIDUCIAE NO EXISTE EN ESPAÑA

THE CAUSA FIDUCIAE DOES NOT EXIST IN SPAIN

Margarita Fuenteseca
Catedrática de Derecho Romano
Universidad de Vigo

La controvertida institución de la *fiducia cum amico* ha sido relanzada a la actualidad al haberse admitido recientemente por el TS su existencia en una sentencia (STS 396/2016, de 10 de junio). No hay una figura más propia del Derecho romano que la *fiducia cum amico*. Sin embargo, conviene recordar que esta modalidad de negocio fiduciario únicamente la menciona el jurista Gayo en contraposición a la *fiducia cum creditore*, pero, sobre todo, que ambos tipos de *fiducia* ya ni siquiera aparecen en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano por falta de vigencia en la etapa final del Derecho romano.

Este último dato ya resulta suficiente para suscitar serias dudas acerca de la existencia de la *fiducia cum amico* en el derecho español. Pero hay además, como veremos, otros importantes argumentos que impiden su admisión en nuestro ordenamiento jurídico.

En la mencionada sentencia se resuelve un recurso de casación y se declara la existencia de una *fiducia cum amico*, conforme a la cual (dejando al margen otras cuestiones objeto del recurso) el vendedor de unas acciones societarias habría transmitido al comprador -su hermano- solamente la titularidad formal -que no la real- de estas. El TS declara además que la finalidad de este negocio fiduciario fue

fraudulenta (el vendedor pretendía eludir sus responsabilidades patrimoniales), lo cual comporta la nulidad del mismo conforme al art. 1275 del Cc, y, en consecuencia, conduce a la desestimación del recurso de casación y a la imposición de la obligación de restituir las mencionadas acciones a cargo de los recurrentes (aquí los herederos del comprador).

Una primera cuestión que llama la atención es que el pronunciamiento del TS se fundamenta en un supuesto negocio fiduciario que las partes afirman haber celebrado verbalmente en el año 1996, cuando lo que realmente consta en el resumen de los antecedentes de la sentencia es la celebración de un contrato de compraventa de las acciones en escritura pública de ese mismo año. Pero claro, lo cierto es que el precio de las acciones nunca se pagó.

Esto último se puede deducir claramente de los argumentos alegados por los litigantes, con los que pretenden enmascarar la naturaleza jurídica de la compraventa realizada en escritura pública, en defensa de sus respectivos intereses.

El vendedor alega que se celebró un negocio fiduciario con transmisión meramente formal de las acciones, para que se declare que el comprador tiene la obligación de restituir. Y el comprador alega que ese negocio fiduciario fue un negocio

simulado y con causa fraudulenta, y, por tanto, nulo, lo cual le eximiría de la obligación de restituir. Ninguna de las partes alega que en realidad no hubo pago del precio: el vendedor porque quiere que se le restituyan las acciones (ya que estas representan el 60% de una empresa familiar y quiere evitar la probable calificación de donación encubierta) y el comprador porque, no habiendo pagado el precio, no quiere restituirlas.

De esta forma logran las partes la declaración de existencia de la *fiducia cum amico* -ya realizada previamente por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial de Madrid-. Pero si se analiza detenidamente la naturaleza jurídica de esta institución a partir de la configuración que tuvo en Roma, no se puede llegar a otra conclusión que a su actual inadmisibilidad en el ordenamiento jurídico español.

1. La *causa fiduciae* en la *fiducia cum amico*

La *fiducia cum amico* se celebraba por medio de un negocio jurídico formal, la *mancipatio* que era el prototipo del negocio jurídico que Gayo 1.119¹ describe como un ritual formal y

¹ FIRA², Gai 1.119: *est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam uenditio: quod et ipsum ius proprium ciuium Romanorum est; eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus ciuibus Romanis puberis et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO ISQUE MIHI*

solemne. La califica de *imaginaria venditio*, esto es, venta ficticia o simulada, que se celebraba ante cinco testigos, ciudadanos romanos púberes, y estando presente el portador de la balanza (*libripens*). Y describe Gayo las palabras solemnes que debían pronunciar las partes. El *mancipio accipiens* afirma que la cosa es suya según el *ius Quiritium* y que es adquirida por él con el bronce, con el cual golpea la balanza y que entrega a aquél del cual recibió *in mancipio* (*ei a quo mancipio accipit*). La entrega del bronce se producía *quasi pretii loco*, esto es, era la representación simbólica del pago del precio.

Esta *mancipatio* se podía utilizar como rito o formalidad para la consecución de diferentes efectos jurídicos según la causa que ponían de manifiesto verbalmente las partes en el momento de la celebración (que sería la *lex in mancipio dicta*, esto es, la ley que se aplicaría si se suscitase un litigio entre las partes celebrantes, *ita ius esto*²). Si se pretendía la adquisición del *dominium ex iure Quiritium* por parte del *mancipio accipiens* era imprescindible el pago real del precio, en cuyo caso la *mancipatio* se celebraba *emptionis causa*.

EMPTVS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

² Vid. XII Tablas 6.1: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*

Pero podía suceder que las partes celebrantes no quisiesen producir la transmisión del *dominium ex iure Quiritium*, en cuyo caso la causa de la *mancipatio* era otra: se podía celebrar *testamenti ordinandi gratia* o bien *fiduciae causa* (o bien *dicis causa*, como negocio jurídico meramente formal³). Y la introducción de la *causa fiduciae*, además, podía obedecer a dos diferentes motivos. En primer lugar, porque el *mancipio accipiens* había recibido un dinero a préstamo y las partes querían constituir una garantía en pago de ese préstamo, supuesto en el cual la *causa fiduciae* operaba como causa contractual, porque daba lugar a la celebración de un contrato típico, la *fiducia cum creditore*. Y en segundo lugar, la introducción de la *causa fiduciae* podía obedecer a cualquier otro motivo que a las partes les convenía, pero entonces la *causa fiduciae* operaba como causa comercial genérica, dando lugar a la *fiducia cum amico*.

Como ya he indicado, en las fuentes romanas únicamente Gayo menciona las dos diferentes modalidades de *fiducia*. Según Gayo 2.60⁴, la *fiducia* se puede contratar de dos formas. O bien con el acreedor, o bien con un amigo para que nuestras cosas estén seguras en su poder (*quo tutius nostrae res apud eum sint*). La *fiducia cum amico*, por tanto, se celebraba estando de

³ Vid. nota nº 6.

⁴ FIRA², p. 57, Gai 2.60: *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint; et siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit ususreceptio...*

acuerdo ambas partes en que la *res fiduciaria* estaría más segura en poder del amigo, esto es, no importaba ni tenía que ponerse de manifiesto la razón o finalidad que impulsaba a las partes a celebrarlo, porque era suficiente que constara formalmente la *causa fiduciae* para producir la exclusión de los efectos típicos de la *mancipatio*.

Pero hay otro elemento muy relevante, que es propio de la *fiducia cum amico*. Según este mismo pasaje de Gayo 2.60, en la *fiducia cum amico* en todo caso tenía lugar la *usureceptio* (*sane omni modo competit ususreceptio*), que era la readquisición por el *usus* de la *res fiduciaria* realizada por el *mancipio dans* en el plazo de un año.

Por tanto, una vez pasado un año desde la celebración de la *mancipatio fiduciaria*, el *mancipio dans* se considera de nuevo pleno *dominus* sobre la cosa objeto del negocio fiduciario, con lo cual el negocio se extinguía sin más, transcurrido ese plazo. En otras palabras: el *mancipio dans* no necesitaría ninguna acción para volver a ser considerado propietario pleno de la *res fiduciaria* frente al amigo. Por eso el *mancipio accipiens* era un amigo, y no un acreedor, como con gran sutileza distingue Gayo.

Por otra parte, aparece otra vez la *fiducia cum amico* en un texto mucho más tardío de Boecio (Roma, 480 - Pavía, 524/525,

en *Comm. Ad Top.* IV.10.41⁵): acepta la *fiducia* (*fiduciam accepit*) aquél al que se le hace la *mancipatio* de una cosa con la finalidad “de que la remancipe al que hizo la *mancipatio*” (*ut eam mancipanti remancipet*). Boecio pone un ejemplo casi igual al de Gayo, que sería la *mancipatio* de un fundo realizada con un amigo de buena posición para que, una vez pasadas determinadas circunstancias adversas, se lo devuelva (*ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat*). Boecio insiste especialmente en esa finalidad perseguida por las partes, mencionándola dos veces: la *mancipatio* se celebra para que la cosa sea remancipada o restituida (...*ut eam...remancipet* y *ut ei...reddat*). Esta *mancipatio*, afirma Boecio, se llama *fiduciaria* porque se fundamenta en la fidelidad de la restitución (*haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur*).

⁵ BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, 4^a ed. por Th. Mommsen, 1879, p. 320: *Fiduciam accepit, cuiucunque 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.* Boecio comenta un pasaje de Cicerón donde éste afirma que el procurador debe *praestare fidem*, igual que el tutor, el socio, el mandatario y el que aceptó la *fiducia* (vid. Cic. *Top.* 42: *Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator*). Pero Boecio solo pone como ejemplo la *fiducia cum amico*, porque la *fiducia cum creditore* –en la que realmente el acreedor debía cumplir la *obligatio ex fiducia*, esto es, la *fides* contractual- ya había desaparecido, lo cual se confirma con su ausencia de todo el *Corpus Iuris* de Justiniano.

En tiempos más tardíos, por tanto, la *fiducia cum amico* ya se define como una *mancipatio* celebrada *ut remanciperet*, o *ut reddat...*, expresión con la que se aludía claramente a que la finalidad perseguida por las partes era la exclusión por ambas de la transmisión del *domium ex iure Quiritium*⁶.

Pero hay que poner de relieve, por un lado, que Boecio solamente expone como ejemplo de negocio fiduciario un caso en el que el *mancipio accipiens* es un amigo. Y por otro, que la *fiducia cum creditore* no aparece en el *Corpus Iuris Civilis*. A partir de estos datos se puede afirmar que solamente la *fiducia cum amico* sobrevivió en época romana postclásica. Y únicamente se debía utilizar en casos excepcionales, porque se celebraba

⁶ También se utilizaba esta modalidad de *mancipatio* como negocio jurídico *dicis causa*, esto es, como un negocio jurídico formal con el cual se producían determinados efectos jurídicos, en este caso un cambio en el *status* de las personas sometidas al *paterfamilias*. Aquí el objeto del negocio jurídico no era una *res mancipi*, sino una persona sometida a la potestad del *mancipio dans* que era objeto de una *datio in mancipio* (p. ej. el hijo, hasta que saldara una deuda derivada de un daño causado al *mancipio accipiens*, de forma que el padre se reservaba la patria potestad cuando el hijo retornaba; o bien del descendiente, de forma que el ascendiente, sin perder la potestad sobre este, se constituía su tutor legítimo, Gayo 1.166). En estos casos *mancipatio* se realizaba *ut remanciperetur*, que era la *lex in mancipio dicta* con la que se excluían los efectos de la *mancipatio*, que sería la salida definitiva de la patria potestad del padre o del ascendiente.

necesariamente por medio de la *mancipatio* o *in iure cessio*⁷, que entonces ya estaban fuera de uso.

En definitiva, en la *fiducia cum amico* se utilizaba un negocio jurídico formal y solemne, la *mancipatio*, cuya finalidad típica era la transmisión del *dominium ex iure Quiritium*, para una finalidad distinta que las partes se proponían, cualquiera que esta fuese, por medio de la introducción de la *causa fiduciae*. La *mancipatio fiduciaria* entonces no daba lugar a ninguna acción contra el amigo (*mancipio accipiens*), ya que ambas partes al

⁷ Era asimismo posible celebrar la *in iure cessio* con *causa fiduciae*, como se deduce de Gayo en 2.59 y 3.201 y también S. Isidoro de Sevilla V.25.23. Ante el pretor se realizaba la ceremonia formal y solemne, en la que el que adquiría afirmaba que la cosa era suya, mientras que el transmitente guardaba silencio, tras lo cual el pretor adjudicaba la cosa al primero. Se entendía que el propietario renunciaba a su acción reivindicatoria. Se requería aquí la intervención del magistrado porque la *in iure cessio* servía como negocio jurídico formal cuando se celebraba por alguna causa manifestada por las partes (*emptio* o *fiduciae causa*) y tenía por objeto cosas incorpóreas, o que eran identificables solo por su pertenencia a un conjunto, como las herencias. Ulpiano dice que la *in iure cessio* sirve para transmitir las cosas incorpóreas, como el usufructo o la herencia (*Tit. Ulp.* 19.9-11). Probablemente porque respecto a este tipo de bienes de nada servirían los testigos si se celebrase una *mancipatio*, porque, en un litigio no podrían ser llamados para identificar con plena seguridad y bajo juramento que era precisamente esa la cosa objeto del negocio jurídico. La presencia del magistrado en la *in iure cessio* reforzaba la prueba del contenido y del objeto del negocio jurídico celebrado.

celebrarla excluían de forma genérica los efectos propios de la *mancipatio*. Bastaba con celebrar la *mancipatio* con *causa fiduciae*, esto es, con exclusión de sus efectos típicos (*ut restitatur*), pero sin necesidad de indicar la finalidad o motivación concreta que perseguían las partes. Por este motivo, no había acción entre las partes, y los efectos de la *fiducia cum amico* se extinguían por el mero transcurso de un año.

2. La *causa fiduciae* en la *fiducia cum creditore*

La misma *causa fiduciae* se podía introducir en la *mancipatio*, como hemos indicado ya, cuando se celebraba con un acreedor (Gayo 2.60). En este caso tenemos conocimiento de su configuración, porque se ha conservado una tabla esculpida en bronce, del s. I. d.C, que contiene un ejemplo práctico –a modo de formulario- de cómo se celebraba en ese tiempo la *fiducia cum creditore*. Se trata de la *Tabula Baetica*, descubierta en el año 1868 cerca de Sanlúcar de Barrameda, que está expuesta en el Museo Arqueológico Nacional de Madrid.

Según este documento epigráfico se celebraba una *mancipatio* en la que el *mancipio accipiens* aceptaba *fidi fiduciae causa* los esclavos y el fundo⁸. Y las partes añadían a la *mancipatio* un *pactum fiduciae*, según el cual esos bienes estarán sometidos a la *fiducia* hasta que el *mancipio dans* (deudor) haya

⁸ FIRA³, p. 295-297.

pagado todas las deudas que tiene frente al *mancipio accipiens* (acreedor). Si llegado el plazo pactado la deuda no se ha pagado, entonces el acreedor se obliga a vender, en la forma que quisiera, por la cantidad que quisiera, al contado o de nuevo a crédito.

Tenemos, pues, un *pactum fiduciae* al que se sujetan los bienes objeto de la *mancipatio*, que solamente quedan liberados cuando el deudor paga. En el caso contrario el acreedor está obligado a vender (*obligatio ex fiducia*), única obligación que consta en la *Tabula Baetica* a cargo de este.

Además, la función de *actio fiduciae* resulta aclarada a la luz del descubrimiento de la *Tabula Baetica*. Si el acreedor no vende, tiene el deudor contra él la *actio fiduciae*, una *actio in personam*, esto es, no real, porque lo que tiene que hacer el acreedor es cumplir el *pactum fiduciae*, o sea, vender, y si no lo hace, infringe la *fides* contractual. La condena consistía, con toda probabilidad en la declaración de *infamia*, considerada ya en época de Cicerón (Cic. *pro Caec.* 3.7) una sanción mucho más grave que cualquier condena valorada en dinero, porque de esta el demandado se podía liberar simplemente pagando, mientras que de la declaración de infamia no.

La situación es distinta si el deudor pagó la deuda. Según Gayo 2.60, si se contrata la *fiducia cum creditore* hay *usureceptio*

en todo caso (*omni modo competit*) si se pagó el dinero (*soluta quidem pecunia*). Por tanto, con la *usureceptio* se extinguía el *pactum fiduciae* en un año siempre que se hubiese pagado la deuda. Los bienes dejaban de estar sujetos al *pactum fiduciae* y el acreedor se liberaba de la obligación de vender.

Pero además Gayo 2.60 qué sucede durante el tiempo en que todavía no se ha pagado la deuda: “mientras no se ha pagado la deuda, la *usureceptio* solo compete tan solo si el deudor no obtuvo en arriendo del acreedor esa cosa ni se la rogó en precario, de forma que le fuese lícita la posesión de esa cosa; en este caso compete la *usucapio lucrativa*”⁹.

Tenemos, pues, al deudor, que, durante el plazo pactado para el pago de la deuda podía o bien arrendar del acreedor la cosa, o bien rogársela en precario, en cuyo caso no realizaba la *usureceptio*, sino una *usucapio lucrativa*.

Con la expresión *usucapio lucrativa* nos indica Gayo que el deudor completaba la *usucapio* mientras se lucraba, lo cual nos aclara completamente la configuración de la *fiducia cum creditore*. Era un negocio crediticio propio de una economía agrícola, por medio del cual el deudor, si era propietario de *res*

⁹ Gayo 2.60: ...*nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucratiua usucapio competit...*

mancipi (cosas vinculadas al aprovechamiento agrícola: fundos, animales o esclavos) podía recibir dinero a crédito y a la vez continuar con la explotación del fundo (incluso completar la *usucapio*), mientras que el acreedor obtenía la devolución del dinero prestado por medio del cobro de las rentas (dinero o frutos) en los plazos que se pactase. El acreedor fiduciario se constituía en poseedor de la *res fiduciaria* (de las rentas o frutos) por medio del deudor fiduciante: este sería el caso del *constitutum possessorium*.

El *pactum fiduciae* introducía, por tanto, en la *mancipatio* la *causa fiduciae*, que aquí operaba como causa contractual, porque daba lugar al nacimiento de una *obligatio ex fiducia* (el acreedor debe vender si el deudor no paga) con su correspondiente acción para hacerla exigible. Por tanto, se celebraba un contrato típico, la *fiducia*. La infracción de la *obligatio ex fiducia* fue la genuina forma que existió en Roma de infracción de la *fides* contractual. Todas las demás obligaciones de buena fe se desarrollaron a partir de este prototipo, con la diferencia de que en estas el incumplimiento era sancionable mediante una condena pecuniaria, porque las partes se habían obligado mediante un contrato a todo lo que recíprocamente debían darse conforme a la buena fe.

Pero en la *fiducia cum creditore* no se constituye una obligación recíproca entre las partes, sino que de ella surge una

única alternativa: o el deudor paga o el acreedor vende. Bastaba con comprobar que la *mancipatio fiduciae causa* se había celebrado y que, no habiendo pagado el deudor, el acreedor no vendió la *res fiduciaria*. Entonces el juez le condenaba por infracción de la *fides*, que en este caso no requería estimación ni valoración en dinero. Únicamente se realizaba una declaración de la *infamia* contra el acreedor fiduciario y esto fue precisamente lo que provocó la total ausencia, por falta de vigencia, de la *fiducia* en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.

3. Inexistencia de la *causa fiduciae* en España

No existe en el ordenamiento jurídico español un negocio del tipo de la *mancipatio* (o *in iure cessio*) consistente en un negocio jurídico formal y solemne que, unido a una determinada causa negocial, pueda producir efectos jurídicos entre las partes. La forma de la *mancipatio* era imprescindible en época más arcaica romana para procurarse la prueba, en caso de un posterior litigio. Los cinco testigos servían para identificar ante el juez la cosa que había objeto del negocio jurídico y dar testimonio de lo que las partes allí manifestaron verbalmente. La causa (*causa emptionis*, *causa fiduciae*, o *testamenti ordinandi*, etc) tenía que existir obligatoriamente para que el negocio jurídico celebrado (*negotium gestum*) produjese sus efectos y se derivaba directamente de las palabras solemnes pronunciadas por las partes. Por eso, aunque se tratase, como

hemos visto, de la *fiducia cum amico*, las partes tenían que poner de manifiesto la *causa fiduciae* (esto es, que la *mancipatio* se celebraba *ut restitatur*).

Pero cuando el negocio jurídico celebrado daba lugar al nacimiento de una obligación entre las partes, exigible entre ellas mediante su correspondiente acción (*actio empti, actio locati, actio mandati, actio fiduciae...*), hay un *negotium contractum*. En el derecho clásico romano ya estaba plenamente configurada la noción de contrato, basado en el acuerdo de voluntades (que se podía poner de manifiesto de diferentes maneras: *re, verbis, litteris, consensu*), y no en la solemnidad formal, y en el que la causa típica del contrato se daba por existente y lícita, salvo que la parte requerida de cumplimiento demostrase lo contrario.

Esta noción de contrato es la vigente en nuestro ordenamiento jurídico español. El contrato de compraventa, como es sabido, se perfecciona con el consentimiento de las partes sobre la cosa objeto del contrato y el precio, que en el presente caso además se refuerza mediante el otorgamiento de la escritura pública. La presunta *causa fiduciae* sobre la que fundamentan las partes sus alegaciones es incompatible con la *causa emptionis*, que se pone de manifiesto con la prestación del consentimiento de las partes y la recepción del precio por el vendedor que se reflejan en la escritura pública.

Pero además es inadmisibile la existencia de una *fiducia cum amico*, celebrada verbalmente, como pretenden las partes. Su celebración requiere, igual que en Roma, una determinada forma de manifestación que proporcione la prueba de que la causa perseguida por las partes era la *causa fiduciae*. Un contrato verbal de transmisión fiduciaria de la propiedad no produce ningún efecto ni se puede dar por existente. El dislate es aún mayor si se piensa en la argumentación de los demandados (recurrentes ante el TS), que alegan que ese -para nosotros inexistente- negocio fiduciario verbal fue simulado, porque la causa era ilícita, pero, sin embargo, les daba derecho a no restituir las acciones.

Por otra parte, la *fiducia cum amico* admitida en esta sentencia no resiste la comparación con la institución romana homónima. Aparte de que falta, como hemos visto, el negocio jurídico formal probatorio de la *causa fiduciae*, la *fiducia cum amico* se extinguía en Roma sin más transcurrido un año desde la celebración. Esto era una exigencia de seguridad del tráfico de bienes y evitaba eternos litigios en torno a la transmisión de la propiedad de estos, como el que ha dado lugar a esta sentencia, iniciados por quien alega que la transmisión de la propiedad no había sido real y efectiva, sino solo fiduciaria.

En Roma la *fiducia cum amico* no producía acción entre las partes porque se podía probar que ambas estaban de acuerdo

en que el negocio jurídico se fundamentaba en la *causa fiduciae*. Se celebraba por alguna razón de conveniencia, aceptada por las dos partes, que no tenía que constar expresamente. Bastaba con la introducción –verbal y solemne- de la *causa fiduciae* para que se produjera la exclusión de los efectos típicos de la *mancipatio*.

Tampoco tiene mucho sentido admitir en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de la *fiducia cum creditore*. Como hemos visto, en derecho romano con esta modalidad de negocio fiduciario se sujetaban los bienes al *pactum fiduciae* mientras que la deuda estaba pendiente de pago, pero la obligación que asumía el acreedor era la de vender la *res fiduciaria* si el deudor no pagaba. La figura más parecida para la consecución de esta finalidad en nuestro ordenamiento jurídico sería una modalidad de venta con pacto de retro, según el cual, si el vendedor-deudor paga, recuperaría la cosa vendida, pero si no paga, el comprador-acreedor asumiría la obligación de vender y de devolver al deudor la cantidad que sobrepase la cuantía de la deuda (lo cual colisionaría con lo dispuesto en el art. 1509 del Cc.). Este es el pacto de retroventa que sí existió en Roma, a partir de la decadencia de la *mancipatio* con *pactum fiduciae*, y cuya finalidad era garantizar el pago de una deuda.

Sin embargo, se ha tenido que enfrentar la jurisprudencia en España a la calificación jurídica de algunos casos

presentados como *fiducia cum creditore*. Son casos en los que se pretendía haber transmitido en escritura de compraventa formalmente la propiedad de un bien inmueble a favor de un acreedor, con la condición de que lo restituya al deudor cuando este pague. Esta figura no es propiamente la que aparece descrita en las fuentes romanas (en Gayo y en la *Tabula Baetica*) como *fiducia cum creditore*, sino una extraña mezcla entre esta y la *fiducia cum amico*. Los argumentos en contra de su admisión son exactamente los mismos que he expuesto en relación con la *fiducia cum amico*: igual que en Roma, es incompatible la *causa emptionis* con la *causa fiduciae* en nuestro ordenamiento jurídico. Solo existe la compraventa con *causa emptionis*, porque si tiene otra causa, será otro contrato. El TS viene calificando estos casos generalmente, con acierto, como negocios simulados.

Pero en el presente caso ni siquiera hubo simulación por escrito, sino un presunto acuerdo verbal de *fiducia cum amico*. Hubiera bastado con declarar su inexistencia por falta de prueba (y de forma) de la *causa fiduciae*, ya desde el principio por el juzgado de Primera Instancia. Sin embargo, se da la afortunada coincidencia de que se llega exactamente al mismo resultado en la práctica admitiendo la existencia de la *fiducia cum amico* y condenado, en consecuencia, a la restitución de la *res fiduciaria* (aquí las acciones), que negando la existencia de la *causa fiduciae* con argumentos histórico-teóricos, como se hace en este artículo.

En ambos casos la única solución que resulta jurídicamente admisible en caso de controversia entre las partes es la destrucción de la presunción de veracidad que se deriva la escritura pública de compraventa que efectivamente tuvo lugar.