

[www.ridrom.uclm.es](http://www.ridrom.uclm.es)

ISSN 1989-1970

[ridrom@uclm.es](mailto:ridrom@uclm.es)

**RIDROM**

Derecho Romano,  
Tradición Romanística y  
Ciencias  
Histórico-Jurídicas

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





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 restituir las.

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 1.119<sup>1</sup> describe como un ritual formal y

---

<sup>1</sup> FIRA<sup>2</sup>, 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*



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 formal<sup>3</sup>). 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 2.60<sup>4</sup>, 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

---

<sup>3</sup> Vid. nota nº 6.

<sup>4</sup> FIRA<sup>2</sup>, 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...*



en *Comm. Ad Top.* IV.10.41<sup>5</sup>): 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*).

---

<sup>5</sup> BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, 4<sup>a</sup> 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*<sup>6</sup>.

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

---

<sup>6</sup> 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.



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 fundo<sup>8</sup>. 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

---

<sup>8</sup> FIRA<sup>3</sup>, p. 295-297.



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*”<sup>9</sup>.

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*

---

<sup>9</sup> 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...*













