

# LA FIDUCIA EN EL DERECHO ROMANO

## ANTIGUO Y CLASICO

POR

BENJAMIN ORTIZ ROMAN

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD

Pocas instituciones jurídicas, tal vez ninguna, han tenido en Roma tanta importancia como la *fiducia*, cuando eran poco numerosos los negocios jurídicos en orden a la consecución de determinados fines, e interesaba el logro de alguno no contemplado por la ley. No es extraño, pues, que haya sido y siga siendo objeto de detenido estudio por parte de insignes romanistas, ya en tratados de carácter general, ya en monografías. De ahí que, si no han quedado aún resueltos definitivamente algunos de los problemas que a esa institución se refieren, no es menos cierto que el conocimiento que de ella se tiene es mucho más completo en cuanto a la determinación de su naturaleza y variadísimas aplicaciones. Síntesis de esos estudios intenta ser este trabajo.

## I

En dos sentidos encontramos mencionada la *fiducia* en las fuentes como negocio jurídico (Gaio, 2.60): *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico...., et siquidem cum amico contracta sit fiducia...*; o como la cosa objeto del negocio fiduciario (Paul. R. S. II, 13, 1-7): *Debitor distractis fiduciis a creditore... Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem...*

Entendida en el primer sentido, *fiducia* es un negocio jurídico en virtud del cual una de las partes, al recibir mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio* la propiedad de una cosa, se obliga a devolverla a la otra o a darle un determinado empleo, pasado cierto tiempo o acaecidas ciertas circunstancias.

Referencias de esta institución encontramos en autores extrajurídicos. Así, entre otros textos que hacen alusión a la *fiducia*, tenemos el siguiente de Cicerón (De offic. III, 15, 61):... «*in fiducia ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*»... y (Ad fam. 7, 12): «*ubi perro erit formula fiduciae ut inter bonos bene agere oportet*»; pasajes, que, además de dar por supuesta su existencia, nos dan algunos datos relativos a su régimen positivo. Boecio (in Cic. tóp., 10, 41): *Fiduciam... accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet.. Haec mancipatio fiduciaria nominatur, quod restituendi fides interponitur*, nos dice ya como se celebraba, y San Isidoro da una definición, seguramente tomada de autores antiguos, (Orig. V. 25, 23). «*Fiducia est, cum res aliqua sumandae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur*», en la que menciona los dos modos de constitución, la *mancipatio*, y la *in iure cessio* (Brunns Fontes).

Entre las fuentes jurídicas tenemos algunos pasajes de Gaio (2, 59-60): *Nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem possederit, potest usucapere, anno scilicet etiam soli si sit ... Sed fiducia contrahitur aut cum creditore...*, en donde el gran jurisconsulto nos dice como se llegaba a la *usureceptio fiduciae*, y nos revela las dos más generalizadas aplicaciones. También se encuentran algunos pasajes en las Sentencias de Paulo, de Papiniano en la *Collatio* y en los *Fragmenta Vaticana*.

Existen, además, algunas inscripciones que se refieren principalmente a la prohibición de enajenar fiduciariamente cierta clase de bienes, y, entre ellas, dos que tienen singular importancia: la *fórmula Bética* del siglo I al II de la Era Cristiana, descubierta en la antigua Bética en el año 1867, que, aunque muy mutilada, contiene según la opinión general después de los trabajos de Rudorff y de Bruns, datos muy interesantes, porque no es la documentación de un negocio concreto, sino un modelo abstracto de mancipación fiduciaria con fines de garantía (Bruns, Fontes, 293) y unas tablas descubiertas en Pompeia en 1887, que, según Gradenwitz y Eck, se refieren a un contrato de enajenación fiduciaria con el mismo fin (Bruns, Fontes, 292).

Pero, aunque parezca extraño, por tratarse de una institución que había desaparecido mucho antes de Justiniano, y a la cual no se nombra, por tanto, en el Digesto, es allí donde encontramos mayor número de preciosas noticias relativas a ella. Esto se debe a la formidable labor de Lenel, quien, al tratar de reconstruir el *Edictum perpetuum* mediante el estudio de los comentarios de Ulpiano y Paulo al Edicto del Pretor, los de Gaio al Edicto provincial y el Digesto de Juliano, ha llegado a la conclusión de que gran número de pasajes en que se habla del *pignus* están interpolados, puesto que sus autores se referían a la *fiducia*; doctrina que, no obstante la oposición de Karlowa, ha sido aceptada por la mayor parte de los romanistas, los cuales, estimulados por la labor paciente de Lenel en su *Palingenesia iuris*, establecen con seguridad unas veces, con probabilidad otras, que en el Digesto los compiladores aplicaron no sólo al *pignus* sino también al *depositum* y al *commodatum* lo que originariamente los juriconsultos clásicos dijeron de la *fiducia*, antes de que dichos contratos tuvieran existencia o estuvieran asistidos de una acción.

## II

De la definición de *fiducia* se infiere que hay en ella un doble elemento; un elemento real y otro obligatorio. El elemento real

está constituido por la transmisión de la propiedad, transmisión que se realizaba mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio*, es decir, los dos modos formales de traspaso del dominio (Gaio 2,59): *Qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit*, y (3,201): *Debitor rem quam fiduciae causa creditori mancipaverit vel in iure cesserit*, menciona los dos modos de constitución. De la misma manera procede S. Isidoro (Orig. 5, 25, 33): *Fiducia est cum res aliqua..... vel mancipatur vel in iure ceditur*; sin que deba tomarse en consideración la afirmación de que pudiera hacerse mediante la *traditio* cuando ésta hizo su aparición, ya porque no se hace mención de ella en ninguna de las fuentes jurídicas, ya por ser incompatible este modo de transmisión de la propiedad con la *fiducia* que suponía un traspaso de la propiedad con carácter temporal y abstracto.

El elemento obligatorio era el pacto de *fiducia*, que acompañaba al acto de transmisión de la propiedad, en virtud del cual el fiduciario se obligaba a remancipar la cosa al que la transmitía o a otra persona, o bien a darle el destino convenido. Aunque no han faltado autores que consideraban esencial a la constitución de la *fiducia* la inserción íntegra del pacto en la *mancipatio* o en la *in iure cessio*, o al menos, según otros, en que en una u otra se hiciera mención de la *causa fiduciae*, parece más fundada la opinión de los que afirman que, aun siendo distinto el pacto de dichos modos de transmisión, bastaba con que apareciese el carácter fiduciario de los mismos y los dos elementos, real y obligatorio, permanecieran unidos por la identidad del objeto.

### III

Está fuera de dudas que nunca fueron dadas en *fiducia* las cosas fungibles, que, por su condición de tales, no son objeto de propiedad temporal como exigía el negocio fiduciario, ya que era obligatorio devolver la misma cosa transmitida; pero ¿podían ser transmitidas fiduciariamente todas las cosas no fungibles? Entre los autores existe gran discrepancia cuando tratan de contestar a

este interrogante. Mientras Pernice, y con él la mayoría de los romanistas, sostienen que solamente, podían ser objeto de la fiducia las *res Mancipii*, algunos otros, entre ellos Longo, afirman que lo eran también las *res nec Mancipii*. Los primeros apoyan su tesis en el texto de Boecio ya citado, en que solamente se hace referencia a las *res Mancipii*: *Fiduciam accepit, cuicumque res aliqua Mancipatur, ut eam Mancipandi remancipet*, y en el hecho de que cuantos textos existen relativos a la fiducia sólo a estas cosas se refieren. Los partidarios de la otra doctrina quitan fuerza a las razones alegadas, ya porque la definición de Boecio es incompleta, puesto que no hace referencia a la *in iure cessio*, medio empleado para la constitución de la fiducia con casi tanta frecuencia como la *Mancipatio*, ya porque la carencia de textos en que se aluda a las *res nec Mancipii* nada prueba, dada la escasez de los mismos. Y citan un texto de Papiniano en que se puede ver, al menos, un caso de fiducia de *res nec Mancipii* (D. 33,10,9,&2): *Suppellectili sua omni legata, acceptum argentum pignori (fiduciae) non continēbitur utique si non in usu creditoris id argentum voluntatis debitoris fuit, sed repositum propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum*, texto evidentemente interpolado en que se ha substituído la palabra originaria *fiduciae* con la palabra *pignori*. Ni falta una tercera opinión según la cual la aplicación de la fiducia a las *res nec Mancipii* era poco frecuente en la edad clásica por haber caído en desuso la *in iure cessio*, único medio para transmitir las *fiduciae causa*, por la aparición de la *traditio*. En fin, solamente podían ser objeto del negocio fiduciario las cosas no fungibles, tenidas en propiedad quiritaria, pero no era condición precisa que pertenecieran al fiduciante, o, lo que es igual, que la fiducia de cosa de otro era válida, ya que si no podía producir los efectos reales del negocio fiduciario, sí los efectos obligatorios, como se desprende del siguiente texto del Digesto (13,7,22,&2): *Si praedo rem pignori (fiduciae) dederit, competit ei pignoratitia (fiduciae) actio*, según el cual se concede al no propietario la *actio fiduciae*.

## IV

Desde los tiempos más remotos la *fiducia* tuvo en Roma múltiples aplicaciones. Buena prueba de ello es su empleo para lograr la emancipación, y la forma arcaica de la cláusula de Cicerón. No hubo esfera del Derecho en que no fuera aplicada: en el derecho de personas, en el de sucesiones, y, especialmente, en el de obligaciones.

## EN EL DERECHO DE PERSONAS

A) *Para la emancipación.*—Según el precepto de las XII Tablas la triple venta de un hijo despojaba al *paterfamilias* de la *patria potestas* sobre el mismo. Pues bien, el padre mancipaba al hijo, pero a la *mancipatio* acompañaba un pacto de *fiducia* en virtud del cual el que recibía en mancipio se comprometía a manumitirlo otras tantas veces, con lo cual, al cabo de la tercera manumisión el hijo quedaba fuera de la *patria potestad* (Gaio, 1,140 y Epit, visig. a Gaio 1, 6, 3).

B) *Para la adopción.*—La misma norma de la Ley decenviral dió nacimiento a este acto jurídico de carácter privado. A las tres mancipaciones por parte del *paterfamilias* con el pacto de *fiducia* seguían las dos primeras manumisiones realizadas por el *accipiens*, pero no la tercera que hubiera dejado fuera de la *patria potestad* al hijo mancipado. La adopción se realizaba mediante una *in iure cessio*, es decir, el adoptante ejercitaba una *vindicatio in patriam potestatem* a la que el *paterfamilias*—demandado—asiente, y el Pretor daba su fallo—*aditio*—ratificando la *patria potestas* del demandante.

C). *Para hacer servir a la coemptio con fines no matrimoniales:*

1.º Para salir de la familia agnaticia y tener unos *sacra* menos onerosos (Cic. Pro Murena, 12, 17): *Horum ingenio senes ad coemptiones faciendas interimentorum sacrorum causa reperti sunt*, pasaje interpretado de manera distinta por Karlowa y por Savigny, pero que sin duda entraña una *coemptio* fiduciaria con el fin apuntado.

2.º Para eludir la prohibición, por la cual la mujer no podía testar mientras permanecía en su familia de origen *testamenti faciendi gratia* (Gaio I, 115): *Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio, tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent...*

3.º Para cambiar de tutor—*tutelaevitandae causa*—(Gaio I, 114-115): *...quae vere (mulier). . facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, veluti tutelaevitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. Quod est tale si qua velit quos habet tutores deponere et alium nascisci, illis 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.* La mujer, pues, contraía matrimonio mediante una *coemptio* pasando a poder de un varón que se comprometía por un pacto de *fiducia* a manumitirla después, con lo cual se conseguía alguno de los fines indicados.

D) Para manumitir a un esclavo, *fiducia manumissionis causa*, medio frecuentísimamente empleado para la manumisión, por el cual aquel a quien se mancipaba la propiedad del esclavo, se obligaba *fiducialiter* a manumitirlo, pasado cierto tiempo. (Frag. Vat. 334): *Julianus et si mancipaverim tibi hominem ut eum manumittas, postea procurator denuntiet, ne manumittas, respondit nisi pareas denuntiationi, competere mihi fiduciae actionem.* En el mismo sentido tenemos en el Digesto 17,1, 27 y 17,1,30.

## DERECHO SUCESORIO

A) Para el testamento *per aes et libram*. La llamada *mancipatio familiae* no era otra cosa que el medio de que el testador se valía para hacer llegar su patrimonio a determinadas personas. El testador mancipaba su bienes a una persona (*emptor familiae*) quien se obligaba por un pacto *fiduciae* a transmitirlos a ciertas personas (Gaio, 2,102)... *is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est*

*patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet.*

B) Para hacer una donación *mortis causa*. El donante transfiere la propiedad de la cosa mediante una *mancipatio* o una *in iure cessio* al donatario, quien se obligaba a devolverla al primero, si este escapa al peligro o cambia su voluntad. (Papiniano, D. 39,6,42 princ.) nos habla de esta aplicación de la *fiducia*: *Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, propretas ad eam rediret...*; pasaje en el que seguramente está interpolado el modo de la transmisión—*traditionibus factis*—en vez de *mancipasset* o *in iure cessisset*, puesto que en derecho clásico la *deductio usufructus* no era compatible con la *traditio* sino con la *mancipatio* o la *in iure cessio* (Fragm. Vat. 47a).

C) Para hacer una donación a través de otra persona (D. 24, 1,49). *Mulier, quae ad communem filium velebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum pervenire, eum patri tradidit, uti post mortem restitueretur filio...*

## DERECHO DE OBLIGACIONES

En esta esfera del Derecho ha sido donde la *fiducia* desempeñó papel más importante, con fines a los que respondieron después nuevas instituciones que fueron apareciendo sucesivamente. A las aplicaciones en este campo se refiere Gaio (2,60): *Fiducia contrahitur cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius res nostrae apud eum sint*. De una y otra nos ocuparemos brevemente.

A) *Fiducia cum amico contracta*.—Tenía por objeto transmitir una cosa a un amigo para mejor asegurarla, si corría peligro en manos del propietario—*cum amico, quo tutius res nostrae apud eum sint*—, a quien debía devolverla cuando hubiera pasado el peligro o el fiduciante la reclamase. Cumplía, pues, el fin que más tarde llenó el depósito; y a este tipo de *fiducia* se refiere el pasaje de Africano en el Digesto (7,13,31). *Si servus pignori (fiduciae) datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditioe relinque-*

re .. *Eadem servanda esse Julianus ait etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat*. Si en la primera parte del texto, en donde se ha sustituido con la palabra *pignus* la *fiducia*, se hace referencia a *fiducia cum creditore*, en la segunda se trata de *fiducia cum amico*, pues los compiladores han sustituido con las palabras *depositus vel commodatus* la frase *fiduciae causa mancipatus*.

También podía ser utilizada para lograr el fin del comodato, aunque no todos los romanistas están de acuerdo en si de hecho se utilizara en ese sentido. Independientemente del silencio de Gaio, del que no puede deducirse argumento concluyente a favor o en contra de su uso, parece que, si es natural su empleo en lo que se refiere al depósito, que cede en favor del deponente, no lo es en cuanto al comodato, que se hace en exclusivo provecho del comodatario.

B) *Fiducia cum creditore contracta*.—Esta ha sido la aplicación más corriente de la *fiducia* y la que en la práctica ha perseverado más tiempo, aun después de la aparición del *pignus* y de la *hypotheca*. Tiene carácter de garantía real; es decir, el deudor transmite la propiedad de una casa al acreedor mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio* para que sirva de garantía al cumplimiento de una obligación, pero obligándose a su vez el acreedor por un pacto de *fiducia* a devolver la cosa mancipada o cedida *in iure* al deudor, una vez saldada la deuda. Supone, pues una deuda, que, si por lo común es una deuda de dinero, según se desprende del texto de S. Isidoro, puede, sin embargo, tener aplicación a toda clase de créditos, aun futuros, con tal de que sean créditos determinados. Tiene, por tanto, carácter accesorio, puesto que supone la existencia de una obligación, a cuyo cumplimiento sirve de garantía la cosa mancipada *fiducialiter*. Pero, aun en el supuesto de que no exista o no sea válida la obligación garantizada, el pacto de *fiducia* sería válido, según la opinión común, si bien nada dicen las fuentes. De ahí que el fiduciante no estaría asistido tan solo de una *condictio sine causa*, sino de la *actio fiduciae*, de más rápido y eficaz resultado que la *condictio*.

## V

El negocio fiduciario crea derechos y obligaciones recíprocas entre acreedor y deudor fiduciarios.

A) El acreedor obtiene en virtud de la *mancipatio* o la *in iure cessio* la propiedad de la cosa dada en garantía, y con ella, la máxima seguridad. Esta propiedad tiene carácter temporal puesto que sobre el acreedor pesa la obligación de despojarse de ella una vez satisfecha la deuda cuando se trata de *fiducia cum creditore*—caso general y singularmente tenido en cuenta en este apartado—, o al darse las circunstancias convenidas en los restantes tipos de *fiducia*; es decir, se trata de una propiedad sometida a condición resolutoria, no en el sentido de que el acreedor deje de ser propietario en el momento en que el deudor pague, sino en el de que, satisfecha la deuda, el acreedor está obligado a remancipar o ceder *in iure* al deudor la cosa recibida.

No se trata de un dominio *sui generis*, ni a esta propiedad se le puede llamar limitada, o como dicen otros, formal, ya que no faltan al acreedor fiduciario ninguno de los poderes que son inherentes a la propiedad. Así pues, el acreedor fiduciario goza de la *reivindicatio*, que puede ejercitar contra cualquiera y aun contra el fiduciante, de quien, puede reclamar la posesión de la cosa en el supuesto de que no le hubiera sido entregada; de la *condictio furtiva*, que solamente puede ejercitar el propietario; de la *actio negatoria*, de la *actio confessoria* etc. Pero no siempre podía el acreedor utilizar la *reivindicatio* para lograr la entrega de la cosa dada en *fiducia*, como sucedería en el caso de que no fuera propiedad del deudor o en el de que el acreedor, supuesta la insolvencia del deudor, hubiera mancipado la cosa, siendo *res mancipii*, al comprador, ya que en ambos casos no era propietario, pudiendo tan solo valerse de una *actio ex contractu*.

También el acreedor goza de todos los poderes relativos a los actos de disposición que corresponden al propietario, actos que tienen plena eficacia respecto a terceros, sin que el fiduciante

puede atacarlo. Puede, pues, vender la cosa dada en *fiducia* sin que el fiduciante inquiete al comprador (Fragm. Vat. 18); legarla *per vindicationem* (Paulo R. S. 2, 3, 6); manumitir el esclavo dado en *fiducia* (D. 19,1, 23); aunque de estos actos de disposición se siguen efectos de carácter obligatorio entre acreedor y deudor, efectos que cambian en los diversos momentos del negocio fiduciario.

Mientras esté pendiente el cumplimiento de la obligación por no haber llegado la fecha en que había de tener lugar, el acreedor ni podía vender la cosa dada en *fiducia* ni legarla *per vindicationem*, pues violaría la obligación creada por el pacto de devolverla, al ponerse en condiciones de no poder cumplirlo, como tiene el deber de comportarse conforme a la buena fe. Con mayor motivo si el deudor hubiera cumplido la obligación dentro del tiempo convenido.

En caso de incumplimiento no todos opinan que el acreedor, libre ya, pueda disponer sin más de la cosa dada en *fiducia*. La opinión que parece más racional por tener como fundamento la naturaleza del negocio fiduciario, es la sostenida por Longo, quien supone la responsabilidad del acreedor en cuanto a la cosa dependiente del cumplimiento de la obligación garantizada, de donde se sigue que al disponer de ella, incumplida dicha obligación por parte del fiduciante, no quebranta la buena fé, siempre que al disponer de ella o venderla lo haga para pagarse, sin que para poder hacerlo sea necesario, como afirman algunos, un pacto de *vendendo*; pacto que, si se daba, haría ciertamente ilícita la venta, pero que no puede probarse que se diera siempre. Según esta doctrina, generalmente aceptada, el acreedor podía disponer de la cosa quedándose con ella o vendiéndola, pero con la obligación de cobrarse el importe de su crédito, devolviendo el resto de su justo valor al deudor. Doctrina equidistante de aquellas dos, una de las cuales supone siempre en la *fiducia* un pacto comisorio (*lex commissoria*) de tal manera que el acreedor fiduciario podía quedarse con la cosa en equivalencia de su crédito, sin devolver el exceso de su valor, y de aquella otra, según la cual, el acreedor no puede dispo-

ner de ella de no mediar un pacto comisorio, que podía darse, y de hecho se daba muchas veces, en virtud del cual quedaba desvinculado de la obligación de entregar dicho sobrante.

También el acreedor, como propietario de la cosa dada en *fiducia*, adquiere los frutos tanto naturales como civiles, pero está obligado a imputarlos por su justo valor para la disminución o total satisfacción de su crédito (Paul, R. S. 1,13,2); lo contrario daría lugar a un enriquecimiento injusto.

En todo caso, está obligado a comportarse conforme a la buena fé respecto al objeto de la *fiducia*, haciéndose responsable no solamente por el dolo, sino hasta por culpa leve, por no observar la diligencia de un buen *paterfamilias*, según la opinión común (Modestino Coll. 10,2,2), aunque Rolondi piensa de otro modo.

El pacto de *fiducia* crea, pues, en el acreedor la obligación de remancipar o ceder *in iure* la cosa, cuando el deudor ha satisfecho la deuda o cuando se dan los hechos jurídicos que producen su liberación, tales como la novación, el juramento decisorio, la *acceptilatio* o remisión solemne de deuda, compensación, etc. Lo mismo cuando la deuda quedó satisfecha por la imputación de los frutos producidos, pero siempre con derecho al reembolso de los gastos que para su conservación o mejora hubiera realizado, pudiendo valerse para ello de la retención, de la compensación, y, según una doctrina muy probable, cuando no podían utilizarse estos medios, de una *actio fiduciae contraria*, cuya existencia en la edad clásica ha negado Biondi

B) Correspondiente a esta situación jurídica creada para el acreedor por la *fiducia*, era la situación del fiduciante. Este al mancipar o ceder *in iure* la cosa, pierde el derecho de propiedad y con él los poderes que le son anejos. Para él se trata de cosa ajena (Gaio 2,220): *Aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur, veluti si cuius eam rem legaverit, quam creditori fiduciae causa mancipio dedit....*, donde incluye entre las cosas de otro a la cosa dada en *fiducia* al hablar de la posibilidad de legarlas *per praeceptionem*, y en 3,201 *Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usu-*

*capere concessum est... Item debitor rem, quam fiducia causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit, secundum ea quae in superiore commentario retulimus, sine furto possidere et usucapere potest*, en donde se aplica la posibilidad de la usucapición a las cosas ajenas y, como a tal, a la cosa mancipada *fiducia causa*. De ahí que no le asistan las acciones que corresponden al propietario, ni pueda disponer de la cosa entregada en *fiducia* sino en la forma y medida en que se dispone de la cosa de otro. Puede, en cambio, percibir los frutos naturales y civiles si la tiene en virtud de un contrato de arrendamiento o en precario. Y hasta puede llegar a convertirse en propietario por la *usureptio*, que debió aparecer en la época clásica, especie de usucapición que tenía lugar cuando conservaba su posesión durante un año, aun tratándose de cosas inmuebles, con tal de que no la tuviera del fiduciario en arrendamiento o en precario, y para lo cual no se necesitaba buena fé ni justo título (Gaio 2,59-60).

## VI

En los tiempos más remotos el pacto de *fiducia* no tenía sanción jurídica. Su cumplimiento quedaba confiado a la buena fé del que recibía la cosa mancipada o cedida *in iure*; es decir, producía efectos morales pero no jurídicos. Todos los romanistas lo afirman así.

Respecto al tiempo de las *legis actiones*, existen múltiples opiniones entre los mismos. Para algunos existía una *acción penal*, de la cual, sin embargo, nada se encuentra en las XII Tablas; otros sostienen la existencia de una *legis actio fiduciae* que tenía su fundamento en la *mancipatio*, ya que, según ellos, era necesario que en la *nuncupatio* se incluyera el pacto de *fiducia*, o, en concepto de Oertmann, que figurara al menos en ella la cláusula *fiducia causa*; Lenel admite la existencia de una *actio in factum* introducida por el Pretor; Monier cree que podía emplearse la *legis actio per iudicis postulationem*; Longo, en fin, niega que la *fiducia* tuviera en este período



sanción judicial puesto que se trataba de un simple pacto, no de un contrato, y *ex nudo pacto actio non nascitur*.

La *actio fiduciae* aparece en el período formulario, y la condena tenía carácter infamante. Pero ¿fué desde el comienzo una *actio in ius*? De nuevo los romanistas se dividen. Para Lenel siempre fué una *actio in factum*; para Monier, Rotondi, Arangio Ruiz y Naoilles era una *actio in ius*, en cuya fórmula figuraba la cláusula a qua se refiere Cicerón: *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*, para otros coexisten una fórmula *in factum* y otra *in ius*, siendo la primera cronológicamente, según Longo, la fórmula *in factum* a la que siguió pronto la fórmula *in ius*, que convirtió al pacto en un verdadero contrato obligatorio. Esta acción no era real, sino personal; de ahí que si el acreedor hubiera enajenado la cosa, solamente tendría derecho el fiduciante a reclamar una indemnización, pero no la cosa misma de un tercero que la tuviera en su poder.

## VII

No es fácil determinar el momento en que la fiducia dejó de ser aplicada, puesto que ésta, como otras instituciones jurídicas, no desapareció repentinamente, sino que fué cediendo su puesto a otras nuevas cuya práctica resultaba menos complicada y más ventajosa. Por lo demás, y dadas sus múltiples aplicaciones en todas las ramas del Derecho, en alguna de estas—derecho sucesorio—había desaparecido cuando aún estaba en pleno vigor en el derecho de obligaciones.

El ocaso de la fiducia se inicia con el desuso de los dos negocios jurídicos a los que estaba vinculada, la *mancipatio* y la *in iure cessio*. En lo que a la *fiducia cum amico* se refiere, cuando el *depositum* y el *commodatum* lograron la protección del Pretor, y en cuanto a la *fiducia cum creditore* con el *pignus* y la *hypotheca*, preferidos por los deudores porque no ofrecían los inconvenientes de la fiducia ya que no suponían la necesidad de despojarse de la propiedad de la cosa dada en garantía; si bien los acreedores romanos, supuesta

la escasez de capital y la necesidad que había del crédito, no se resignaban a privarse de la garantía que suponía la *fiducia*, lo cual explica su duración durante toda la edad clásica. Cada vez menos frecuente su empleo según los testimonios que poseemos, si en Occidente siguió utilizándose alguna vez hasta mediados del siglo V, en Oriente había desaparecido totalmente antes de esa época. De ahí que no se haga mención de ella en las compilaciones de Justiniano.

Así desapareció de la vida jurídica la vieja institución que tan valiosos servicios prestó en Roma durante tantos siglos.

## Y EN EL DERECHO POSITIVO

POR

ALFREDO HERNÁNDEZ ALVAREZ DE SOTOMAYOR

### CAPÍTULO I

#### INTRODUCCIÓN

1. El concepto de título de tradición.

2. La función económica de los títulos de tradición.

3. La importancia jurídica de los títulos de tradición y su clasificación.

4. Las disposiciones sobre tradición en el derecho romano y en el derecho moderno.

#### EL CONCEPTO DE TÍTULO DE TRADICIÓN

El concepto de título de tradición es una elaboración doctrinal. Hemos considerado conveniente designarlo a modo de guía y como punto de partida de toda la investigación que le sigue.

Constituirá entonces aquellos actos jurídicos que sirven para la transferencia de dominio del bien inmueble al derecho y exige la entrega de