

Israel Hernando Aguayo, *Fiducia. Estudio de Derecho Romano*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 245 pp. [ISBN: 978-84-1308-652-1]

Como es bien sabido, la *fiducia* era un negocio formal del Derecho romano arcaico y clásico, en virtud del cual se produce la transferencia que hacía el dueño de una *res Mancipi* (fiduciante) a otra persona (fiduciario), mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, de modo que esta asumía la obligación de realizar una determinada conducta con la cosa y, normalmente, restituir el dominio de ella al fiduciante (o a un tercero) en un momento posterior predeterminado, mediante una *remancipatio* o una nueva *in iure cessio*. Como su propio nombre indica, era un negocio particularmente marcado por la *fides*, es decir, la confianza que ofrece al fiduciante el hecho de que el fiduciario se ajuste a la palabra dada a la hora de realizar el negocio, y que se plasma a través de la cláusula '*fidei fiduciae causa*' que se insertaba en las palabras del acto formal de transmisión del dominio sobre la cosa, así como en el *pactum fiduciae* que acordaban las partes en el momento de celebración del negocio. Sobre su naturaleza contractual o no, hay controversia, porque Gayo no la mencionaba en sus *institutiones* entre las obligaciones *quae ex contractu nascuntur* (Gai. 2, 60; 3, 201; 4, 62; 4, 182); sin embargo, de otros textos (Gai. 4, 62; Gai. D. 17, 1, 27, 1; 50, 17, 46) se desprende que tal vez sí lo hizo en sus *res cottidianae*; en todo caso, en los documentos de la práctica que han llegado hasta nosotros, solo se habla de *pactum fiduciae* (Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, München, 2014²⁰, p. 235).

La fiducia servía para una pluralidad de finalidades, tenía varias funciones. Se pueden distinguir fundamentalmente dos clases: por un lado, una función de garantía de una obligación propia del fiduciante o de un tercero a favor del fiduciario, que sería el acreedor (*fiducia cum creditore*); o bien una función de guarda y custodia, y eventualmente, uso de una cosa del fiduciante en manos del fiduciario (una persona de íntima confianza del fiduciante) con la intención de proteger esa cosa respecto de la intervención de terceros, o para favorecer al fiduciario (*fiducia cum amico*). Como se destaca en el libro que comentamos, esta figura se utilizó a menudo para preservar los bienes de las personas perseguidas políticamente en las grandes proscripciones derivadas de las guerras civiles del s. I a. C. y en el Principado, como es el caso célebre de Cicerón, incorporado por Marco Antonio a la lista de proscritos del Segundo Triunvirato (43 a. C.). En este sentido, la fiducia vino a cumplir las funciones de la prenda, el comodato, el depósito y el mandato desde una época arcaica en la que todavía no existían estas figuras típicas del Derecho contractual. Parece ser que, con el desarrollo de esos contratos, la fiducia dejó de ser utilizada, por los evidentes riesgos que implicaba para el fiduciante, salvo para la función de garantía de las obligaciones. Sin embargo, incluso en esta función acabó diluyéndose, debido a que su destino vino unido al de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, y así, cuando estas desaparecieron en la época postclásica, también lo hizo la fiducia. Los comisarios justinianeos, en la Compilación, la eliminaron del elenco de negocios típicos, sustituyendo sistemáticamente todas las referencias a ella que aparecían en las obras clásicas por los nombres de *pignus*, *commodatum*, *depositum* o *mandatum*, según los casos. Según la *Palingenesia*, parece ser que Paulo y Ulpiano pudieron tratar de la fiducia en los libros 31 y 30, respectivamente, de sus comentarios *ad edictum*; Gayo, en el libro 10 *ad edictum provinciale*; Pomponio, en el libro 35 de sus *libri ad Sabinum*; y Celso, Juliano y Escévola, en los libros 7, 13 y 16, respectivamente, de sus *libri digestorum*. Sin embargo, a menudo resulta difícil determinar en muchos casos si los textos en cuestión se referían al *pignus* o a la *fiducia*. Debido a esta dificultad, la figura

permaneció prácticamente desconocida para la jurisprudencia europea hasta el descubrimiento del *codex Veronensis* de las *Institutiones* de Gayo (Gai. 1, 114-116; 1, 66^a; 1, 172; 1, 175; 2, 59-60; 4, 182; etc.) y algunos documentos de la práctica (*Tabula Baetica*, *Mancipatio Pompeiana*), así como ciertas fuentes postclásicas (PS 1, 9, 8; 2, 4; 2, 13, 1-7; 2, 17, 15; 3, 6, 16; 5, 26, 4; Coll. 2, 3, 1; 10, 2, 2; UE 11, 5; Cons. 6, 8; FV 94; C. Th. 2, 30, 1-2; 15, 14, 9).

Los motivos por los que Justiniano optó por suprimir definitivamente la figura y no darle un nuevo vigor, como sí hizo con otras instituciones o conceptos clásicos, no están claras. Se dice que era ya una figura obsoleta para su época y que no tenía sentido revivificarla, al existir ya otros instrumentos jurídicos que podían cumplir idénticas funciones: pero eso no es así, puesto que nos queda constancia de su utilización en el s. VI, y además no es cierto que las otras figuras cubrieran realmente todo el espectro de funciones para las que podía servir la fiducia. Se dice también que tal vez Justiniano pudo simplemente continuar con la tendencia decadente de la época postclásica, que era ya incapaz de entender la complejidad técnica de la figura, pero eso pienso que hace poca justicia a Triboniano, que fue una mente jurídica tan poderosa como las de los tiempos clásicos, si bien en un contexto completamente distinto. Más convincente parece la idea de que el problema era que, para restaurar la fiducia, hubiera sido necesario rescatar también los procedimientos traslativos del dominio de naturaleza abstracta del Derecho clásico, y ello sí que resultaba disfuncional para el mundo de los negocios y la concepción del Derecho imperante en la época justiniana. En todo caso, como dice el profesor Fernando Reinoso Barbero en su luminoso prólogo a la obra que comentamos, es una lástima que ello fuera así, puesto que la fiducia siguió siendo entonces, como todavía lo es hoy, una figura esencial en el tráfico jurídico. En efecto, como el mismo Reinoso apunta, la fiducia, aunque no fuera recogida en el articulado del Código civil español como un contrato típico (al igual que los demás códigos civiles extranjeros anteriores a este, pero no así el BGB §§ 216 II, 930, o el ZGB § 717, a consecuencia de los trabajos de la Pandectística al respecto), sin embargo, sí ha sido reconocida como negocio posible, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, por la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (v. gr. SSTs de 23.05.1935, 26.07.2004, 31.10.2012, etc.; vid. al respecto C. Fuenteseca, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997) y por las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (v. gr. Resolución de 14 de junio de 1922). De hecho, los negocios fiduciarios están a la orden del día en nuestro ordenamiento jurídico (y en cualquier otro moderno), aunque no se los califique con el término de fiducia: el del cónyuge fiduciario de una persona con discapacidad (art. 831 CC), el endoso de una letra de cambio con finalidades fiduciarias (art. 21 de la Ley Cambiaria y del Cheque), el “voting trust” (art. 106 LSA), el “lease-back” (norma 8.3 de las Normas de registro y valoración contable), las sociedades fiduciarias, muchos casos de intermediación financiera, las reservas de dominio, etc. De hecho, puede decirse que hay en la actualidad un auge de las categorías fiduciarias en el mundo de los negocios, en parte debido a la creciente influencia anglosajona en el Derecho privado europeo y mundial, ya que en la tradición del *common law* la figura paralela a la fiducia romana (el *trust*) ha tenido una importantísima, y creciente, presencia a lo largo de la historia. Y, a consecuencia de ello, hay también una abundante literatura en la doctrina internacional en torno a esta cuestión (vid. p. ej. J. Wolff, *Trust, Fiducia und fiduziarische Treuhand*, Frankfurt am Main, 2005; R. Becker, *La fiducie von Québec und der trust*, Tübingen, 2007).

Nada más oportuno, pues, que una nueva investigación sobre esta compleja, y aún muy poco comprendida, figura del Derecho romano que ponga al día nuestros conocimientos al respecto y ponga de manifiesto los rasgos fundamentales de la institución que han marcado su desarrollo histórico y su influencia actual (aunque esta sea poco reconocida). Y dicha investigación, para poder dar cuenta cabal de las características que realmente tuvo esta categoría jurídica en el Derecho clásico (que es lo que más debe importarnos desde el punto de vista de una fenomenología de las formas jurídicas), ha de tener en cuenta, no solo los testimonios directos que en torno a esta figura poseemos a través de las escasas fuentes que la mencionan, según hemos indicado más arriba, sino también, y sobre todo, las reflexiones de los propios juristas clásicos al respecto, que fueron los verdaderos sistematizadores de la figura jurídica en cuestión. Ello exige, pues, un nuevo trabajo exegético sobre los pasajes del Digesto que contienen explicaciones referidas a este negocio y que contribuyen a la construcción de sus perfiles dogmáticos, aun cuando esas referencias puedan aparecer superficialmente camufladas bajo otros nombres (sobre todo ‘*pignus*’) que encubren la verdadera actuación del instituto en cuestión. Se hace necesario, pues, enfrentarse a la dura labor de descubrir tras el engranaje de la construcción justiniana la estructura profunda de la configuración clásica de la figura y sus desarrollos. Es preciso, pues, acudir a los instrumentos de la crítica textual y la reconstrucción paligenésica, aunque estas tareas hoy estén tan poco de modo en la romanística moderna (que hace tiempo que cayó en los vicios acrílicos y presentistas que ya denunciara en su día Mario Talamanca en su conferencia de 1996 titulada “La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie, publicada en los *Opuscula XVIII* del *Centro di Studi Romanistici Arancio Ruiz* de Nápoles). Esa es la actitud verdaderamente constructiva, a mi juicio, y no quedarse meramente en las escasas citas directas de las fuentes, que necesariamente nos han de aportar una visión muy parcial e imperfecta de la institución (vid. en esa dirección M. Fuenteseca, *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid *et al.*, 2016).

Esta tarea, compleja y quizá poco agradecida, es la que ha llevado a cabo magníficamente el Autor de este libro que comentamos. En él se hace un estudio completo de los diversos rasgos que caracterizan la fiducia en el Derecho romano clásico, pero siempre sobre la base de un sólido trabajo exegético de las fuentes, sobre todo de los textos jurisprudenciales contenidos en el Digesto justiniano, discutiendo en cada caso si realmente nos encontramos ante fragmentos que originariamente harían referencia al negocio fiduciario o más bien hay que creer en la literalidad del texto que apunta a negocios jurídicos distintos de la fiducia (aunque funcionalmente desempeñaran un papel semejante). Así, se analiza su naturaleza jurídica (inclinándose por la idea de considerarlo un contrato, frente al escepticismo de Kaser), su ámbito de aplicación (Derecho de familia, *societas*, donaciones *mortis causa*, *mancipatio familiae*, *testamentum per aes et libram*), su defensa procesal tanto en el procedimiento *per legis actionem* como en el *per formulas* (*actio fiduciae*, *actio fiduciae contraria*), los elementos que lo constituyen (personales, reales, formales, y en particular el *pactum fiduciae*) y la posición jurídica de las partes (facultad de disposición, responsabilidad por gastos y facultad de revocación del fiduciante; facultades de disposición, deber de *remancipatio*, usucapión y derecho a los frutos del fiduciario). En el trabajo se hacen excelentes indagaciones sobre muchos pasajes del Digesto, siempre con un criterio prudente, haciendo un uso apropiado de los instrumentos fundamentales del *Index interpolationum*, las palingenésias de Lenel y Krüger y las *Digestorum similitudines* de García Garrido y Reinoso Barbero, y con ayuda de la literatura más reciente en torno a los diversos problemas planteados. Destacan, a este respecto, las exégesis de pasajes como Pomp. D. 13, 7, 6 pr./1 y 8, 4, D. 18, 3, 2,

Scaev. D. 20, 5, 14, Cels. D. 43, 26, 11, Iul. D. 44, 7, 16, D. 18, 2, 10, D. 17, 1, 30, D. 12, 2, 40, Ulp. D. 18, 3, 3, D. 13, 7, 22 pr.-1/24, 3/25, D. 12, 4, 5, 1, Gai. D. 17, 1, 27, 1 o Pap. D. 47, 2, 80. Sin duda podrían hacerse muchas matizaciones y discutirse algunos de los planteamientos sostenidos por el Autor en sus interpretaciones de estos y otros textos, pero podemos compartir lo sustancial de sus razonamientos.

En definitiva, se trata, a mi juicio, de un trabajo ejemplarmente romanista, impecable desde el punto de vista metodológico y muy sólido en sus argumentaciones. Echamos de menos un capítulo de conclusiones que sintetizara las ideas fundamentales de la investigación, pero el observador puede fácilmente deducirlas de la lectura atenta del texto. Es, por tanto, una obra que contribuye muy positivamente a acercarnos más a esta extraña y elegante figura del Derecho romano, mucho más viva de lo que a primera vista podría parecer.

Francisco J. Andrés Santos
Universidad de Valladolid