

ANTECEDENTES ROMANOS DEL CONTRATO DE FIDUCIA

Ernesto Rengifo García

La fides se define en la antigüedad como ser de palabra, tener palabra: fit quod dicitur. Aunque sea ésta una de las habituales definiciones etimológicas a base de juegos verbales, y aunque el contenido de la palabra esté con ello lejos de ser agotado, el significado esencial, sin embargo, está recogido. Fides es la sujeción a la palabra dada, el sentirse ligado a la propia declaración.

Fritz Schulz. *Principios del derecho romano*

EXORDIO

EL ESTUDIO DE DESARROLLOS institucionales en la experiencia jurídica romana nos lleva a tomar una actitud escéptica y crítica delante de ciertos asertos tenidos como verdades inconcusas. Uno de éstos es quizá el sostener que el contrato de fiducia tiene sus orígenes en el viejo instituto anglosajón del *trust*. Veamos, a guisa de ejemplo, las siguientes afirmaciones.

En la exposición de motivos del proyecto de ley francesa sobre el contrato de fiducia, registrado en la Presidencia de la Asamblea Nacional el 20 de febrero de 1992, se lee: «El Código Civil no conoce una institución semejante al *trust* (fiducia) de los países de derecho angloamericano que permita a una persona, el constituyente, transferir la propiedad de bienes que le pertenecen a un *trustee* (fiduciario), con la misión de administrarlos, no en interés propio de este fiduciario sino en el de los beneficiarios designados en el acta. Algunos países con tradición romano-germánica, como la República Federal Alemana, Luxemburgo y Suiza logran un resultado parecido con la práctica referida, consagrada ya sea por medio de la jurisprudencia, o por la ley de los contratos fiduciarios. La internacionalización de la vida económica condujo a las prácticas del derecho francés a familiarizarse con esta práctica y a apreciar su utilidad, tanto en la vida de los negocios como en la administración y transmisión de los patrimonios privados. Sin embargo, con la apertura de las fronteras se teme que puede ocurrir una deslocalización de las operaciones económicas, hacia países más atractivos tanto desde el punto de vista fiscal como jurídico. En el transcurso de los últimos años se pudo constatar, en efecto, que las empresas francesas, cuando sentían la

necesidad, no vacilaban en utilizar el mecanismo de la fiducia, efectuando con toda legalidad sus operaciones jurídicas en Estados que conocían esta institución».

La Convención de La Haya relativa de la ley aplicable a la fiducia, y a su reconocimiento, del 1º de julio de 1985, dice en su parte considerativa que «Los Estados firmantes de la presente Convención, considerando que el *trust* es una institución característica creada por las jurisdicciones de equidad en los países de *Common Law*, adoptada por otros países con ciertas modificaciones, han acordado establecer disposiciones comunes sobre la ley aplicable a la fiducia y regular los más importantes aspectos relacionados con su reconocimiento».

En Colombia, en la exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1958 se lee: «Las grandes ventajas que, especialmente en el campo comercial y bancario, ha reportado el *trust*, han hecho que su práctica se extienda, no sólo en aquellos países de mentalidad anglosajona, sino también en países como el nuestro, cuyo derecho es de origen netamente latino y en los cuales la adopción de instituciones foráneas supone ciertamente un acomodamiento especial».

Sin embargo, como veremos, el derecho romano es la fuente prístina de este famoso contrato que presta al moderno innumerables utilidades que van desde una simple administración de bienes hasta la forma como se deben repartir los bienes a la muerte del fideicomitente.

DERECHO ROMANO

DE CADA COSA EL PRINCIPIO es la *potissima pars*¹, enseña Gayo, razón que motiva a escudriñar los antecedentes romanos de la fiducia, así sea de manera breve. El antiguo derecho romano estaba impregnado de formas de riguroso cumplimiento de carácter sacramental y religioso. La actividad jurídica era más epidermis que sustancia, a tal punto que la forma se confundía con el negocio mismo. El mínimo error respecto del rito producía la “nulidad” del negocio y la consiguiente insatisfacción de aquellos que querían disponer de sus intereses (*vel qui minimum errasset, litem perderet*). Además, las formas jurídicas, que en su inicio eran adecuadas para disponer de los escasos intereses en la vida de relación, comenzaron a mostrarse insuficientes frente a las nuevas necesidades de la vida práctica. Debido precisamente a la rigidez y a la escasez de las formas contractuales vigentes, los *civis* romanos se vieron obligados a utilizar formas jurídicas típicas para fines atípicos. «Esta aspiración a absorber en las ideas antiguas y con sus medios limitados las ideas nuevas, los objetos y las necesidades nuevos creados por el progreso de las relaciones, perturbó más de una vez en Roma todo el derecho existente, como se ve en el testamento *per aes et libram* que desfiguró de tal manera la forma originaria de la *mancipatio* que llegó a ser completamente desconocida. Pero el instinto romano era muy hábil para necesitar siempre de medios tan artificiosos y acudir a otros sencillos, habiéndonos dejado en este aspecto invenciones maravillosas que aún despiertan la admiración»². Se hace necesario, por consiguiente, mirar las formas jurídicas romanas en donde aparece como elemento dominante la fiducia, esto es, negocios, o mejor formas negociales, en donde lo fundamental es la confianza, la fe, la *fides*, la fidelidad³.

¹ Digesto 1.2.1.

² R. VON IHERING. *El espíritu del derecho*

romano, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 299.

³ Sobre el concepto de fidelidad en

Dentro de las formas rigurosamente impuestas en el ámbito del viejo derecho civil (*ius civile vetus*) se encuentran los negocios *per aes et libram*, es decir, negocios celebrados por medio de “la rama (o bronce) y la balanza”. Estos negocios estaban unidos a una economía que no conocía todavía la moneda acuñada, pero que utilizaba como medio de cambio el metal para pesar primero las ramas y después el bronce, que terminó prevaleciendo en el uso. Los negocios *per aes et libram* de los cuales se tiene noticia fueron el *nexum* (abolido al final del siglo IV a. C.), la *mancipatio* y la *solutio per aes et libram*. Estos dos últimos permanecieron en uso aún después de la introducción de la moneda y duraron incluso hasta el final de la época clásica del derecho romano. Para efectos de la comprensión histórica de la fiducia importa destacar la *mancipatio*.

I. La *mancipatio* era un negocio jurídico solemne, susceptible de varias aplicaciones que se caracterizaba por su genérica función de adquisición. Era, en otras palabras, el modo general de transmitir la propiedad cualquier que fuere la causa que la informase (compraventa, donación, legado, dote, mutuo, permuta) y es justamente ese carácter abstracto el que le permite su utilización para finalidades fiduciarias. Inicialmente sería una venta real que se transforma en ficticia y después sirvió para efectuar negocios en donde aparecía el elemento *fides* (deber de cumplir lo ofrecido, vinculación a la palabra empeñada).

Desde el punto de vista estructural, en la *mancipatio* se presentaban dos partes: el *mancipio dans* en su papel de enajenante y el *mancipio accipiens* en su función de adquirente que consignaba el metal. El *accipiens*, ante la presencia de los testigos necesarios para cada acto libral, pronunciaba una solemne fórmula en la cual proclamaba ya existente para sí el derecho que entendía adquirir e igualmente afirmaba su adquisición. Su pronunciamiento debía estar acompañado de un gesto de aprehensión corporal sobre el objeto que pretendía. En forma sucesiva, el *mancipio accipiens*, con la cooperación del *librepens* (portador de la balanza), procedía a pesar y a realizar la respectiva consignación del *aes*, ya fuera efectiva o sólo simbólica, como en el caso de una venta imaginaria (*imaginaria venditio*), en favor del *mancipio dans*. De tal modo el acto era realizado.

A. En cuanto a las aplicaciones de la *mancipatio* debe recordarse sobre todo que era el medio en virtud del cual se realizaban las adquisiciones de las cosas mancipables (*res Mancipi*), es decir, aquellas cosas respecto de las cuales, por su importancia económica y social dentro de una economía pastoril, el ordenamiento jurídico exigía para su transferencia las formalidades de la *mancipatio*: los fundos situados en el suelo itálico, los esclavos, los animales de tiro y carga y las servidumbres prediales rústicas⁴.

B. Una segunda aplicación de la *mancipatio* se tuvo en el caso de la *mancipatio familiae*, la cual implicaba la transferencia, de parte de un *mancipio dans* (testador en esencia), de la totalidad de los propios bienes materiales a un *mancipio accipiens*, designado como *familiae emptor*. La transferencia de la familia, conforme a la finalidad del acto, se realizaba sin ninguna contraprestación de parte de este último. En sustancia, esta modalidad de *mancipatio* fue siempre una *imaginaria venditio*.

derecho romano véase de manera especial FRITZ SCHULZ. *Principios del derecho romano*, trad. MANUEL ABELLÁN VELASCO, Madrid, Civitas, pp. 243 a 257.

⁴ Por oposición, las *res nec Mancipi*, es decir, objetos de menor relevancia dentro de una economía agrícola, no requerían de la *mancipatio*.

La *mancipatio familiae* se creó por interpretación pontifical con el fin de consentir la elaboración de testamento a aquéllos que no tenían posibilidad de servirse del *testamentum calatis comitiis* o del *testamento in procinctu*⁵. En su originaria aplicación el negocio fue una *mancipatio* en función de una venta imaginaria que determinaba la adquisición inmediata de la familia del testador por parte del *familiae emptor*, quien era a su vez amigo del testador mismo. El comprador se consideraba por los juristas como un heredero, a pesar de que el *mancipio dans* estuviera todavía vivo. El *familiae emptor*, pues, resultaba titular de la familia de otro a título fiduciario⁶. Es decir, en virtud de la *mancipatio* el patrimonio del testador pasaba por un precio fingido a un adquirente fiduciario, quien quedaba encargado de cumplir la última voluntad del testador y de dar a los bienes el destino requerido.

C. La tercera y última aplicación de la *mancipatio* fue aquella que tuvo como objeto a personas libres (*sui iuris* o *alieni iuris*). En la edad arcaica el *paterfamilias* pudo mediante la *mancipatio* enajenar los miembros de su familia, haciéndolos siervos de otro. Posteriormente, el *pater* pudo vender sus hijos *in potestate* sin el efecto de la reducción a servidumbre. Con esta forma de *mancipatio* el *pater* determinaba la atribución de sus hijos al *mancipio accipiens* en situación de *persona in mancipio*⁷ (situación semiservil, porque se era libre en lo personal pero se tenía como esclavo en lo patrimonial).

El anterior acto tuvo varias finalidades: fue usado con el fin de ceder a otro *pater* un elemento para adherir a trabajos de diversa índole; para realizar la *noxae deditio* de hijos que habían sido encontrados responsables de un ilícito privado por daño a terceros⁸; para realizar la adopción⁹; para realizar la emancipación¹⁰. En todos estos casos la *mancipatio* fue siempre una *imaginaria venditio*.

La *mancipatio* pudo también aplicarse a las mujeres *in manu*, con el mismo efecto de la reducción *in mancipio*; y naturalmente también a personas ya *in mancipio* que venían así *remancipatae*¹¹.

⁵ El *testamentum calatis comitis* podía realizarse sólo dos veces al año, y el *in procinctu* sólo en tiempo de guerra. Nos dice GAYO en sus Instituciones 2, 102: «El que no había hecho testamento ni ante los comicios convocados ni en *procinctu*, si se veía en inminente peligro de muerte, *si subita morte urgebatur*, vendía su familia, esto es, su patrimonio, a un amigo por medio de la *mancipatio*, rogándole que tras su muerte lo repartiera en la forma que indicaba. Este testamento se llamaba “por el bronce y la balanza porque se celebraba por medio de una *mancipatio*». Se debe agregar la hipótesis de la mujer *sui iuris*, a la cual por incapacidad de participar en los comicios y de ser parte del ejército le era imposible testar ante los comicios o *in procinctu*.

⁶ Enseña GAYO en 2.103: «... antiguamente el comprador de la familia, esto es, el que por medio de una *mancipatio* recibía la familia del testador, se colocaba en la situación de heredero, y por ello el testador le ordenaba que a su muerte repartiera los bienes en la forma por él indicada...».

⁷ Están *in mancipio* el hijo de familia cuyo *pater* lo vende a otro *pater* o bien se lo entrega en reparación de un delito que aquel cometió (*noxae deditio*). El *mancipio datus* conserva los atributos de libertad y ciudadanía, pero en lo que toca a sus relaciones patrimoniales se considera como esclavo. El poder del *pater* no cesa, sino que queda en suspenso, renaciendo en el momento mismo en que el cuasi-dueño lo hace salir de su potestad.

⁸ GAYO 4, 79; también 1, 140-141.

⁹ GAYO 1, 134, 135.

¹⁰ En GAYO 1, 132 se lee: «... emancipación del hijo Pero así el hijo requiera tres *mancipationes*, los demás descendientes, masculinos o femeninos, salen de la potestad de los ascendientes con una sola *mancipatio*, pues la ley de las Doce Tablas sólo habla de tres *mancipationes* tratándose de la persona del hijo con estas palabras: “Si un padre vende tres veces a su hijo, el hijo se hará libre del padre”. En efecto, una triple venta del hijo determinaba la liberación de la potestad paterna: *Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto* (XII tab. 4, 2).

Otra aplicación de la *mancipatio* sobre personas libres fue aquella conocida con el nombre de *coemptio*. Se trataba de una venta imaginaria mediante la cual una mujer, *sui iuris* o *alieni iuris*, pasaba bajo la *manus* de un extraño, cambiando la familia y asumiendo la situación de hija, o la situación de persona sujeta no asimilada a la de hija. El primer efecto se tuvo en la *coemptio matrimonii causa* y también en la *coemptio fiduciae causa* de la mujer que se sujetaba al marido o al *paterfamilias* de éste para fines determinados. El segundo efecto se tuvo en la *coemptio fiduciae causa* realizada con un extraño, siempre con fines específicos¹².

Como se sabe, Ihering, en *El espíritu del derecho romano*, en la sugestiva exposición sobre lo que él llama "La economía jurídica" sostiene que la jurisprudencia no debe crear medios y principios nuevos para producir lo que ya puede realizar con los medios y principios de que dispone. Y, congruente con este postulado, habla de medios simples y medios artificiales. Entiende por los primeros la aplicación de principios y de instituciones jurídicas a un fin que originariamente les fue extraño, pero que no está en contradicción con aquel para el que fueron creados; y por los segundos, cuando los principios y las instituciones se desvían del sentido verdadero y de la finalidad para la que han sido creados y reciben una extensión forzosa. Como ejemplo de los simples está la transferencia fiduciaria al representante, imaginada por el derecho antiguo para suplir la representación directa en justicia (era un medio simple porque no violentaba el principio de transferencia de la propiedad). Y dentro de los segundos Ihering incluye la *coemptio fiduciae causa* mediante la cual la mujer, en la época de su emancipación social, trataba de obtener tres cosas: librarse de los gastos de los *sacra familiaria*, eximirse de la tutela asignada y adquirir el derecho de testar¹³.

En este orden de ideas, se observa cómo la experiencia jurídica romana ofrece una particular forma jurídica utilizada para múltiples fines, o mejor, para finalidades heterogéneas. Cuando la forma no fue ya utilizada para la finalidad

¹¹ GAYO 1, 115-115a; 118-118a; 137; para la *mancipatio* de personas ya in *mancipio*, por ejemplo, GAYO, 1, 140.

¹² En efecto, nos dice GAYO que «entran bajo la *manus* por *coemptio* mediante una *mancipatio*, esto es, mediante una especie de ceremonia de venta [...] Esta *coemptio* la puede celebrar la mujer no sólo con su marido, sino también con un extraño, y así se dice que la *coemptio* se hace por causa de matrimonio o por causa de fiducia». La segunda se realiza cuando la mujer quiere sustituir los tutores que tiene para obtener otro. El tutor que se desprende del acto es llamado fiduciario. Así mismo nos dice GAYO: «Antiguamente también se hacía *coemptio* fiduciaria para otorgar testamento, pues entonces, y salvo algunas excepciones, las mujeres no tenían derecho a hacer testamento salvo que hicieran una *coemptio* seguida de una nueva *mancipatio* y una posterior manumisión...». Cfr. GAYO, 1, 113 a 1, 115.

¹³ «El acto se componía de tres partes: el matrimonio con *manus* en la forma de *coemptio* (o sea, venta de la mujer) con cláusula de remancipación, por lo cual se llamó

coemptio fiduciae causa; la remancipación o venta de la mujer en *mancipium* con cláusula de manumisión, y la manumisión por fin. Para el caso se utilizaban ancianos (*senes coemptionales*), próximos a la muerte y que por su edad no exigían el cumplimiento del deber conyugal, a los que las mujeres remuneraban por el servicio. Pero todavía era más barato comprar un esclavo viejo, manumitirlo y hacer la comedia dicha. Así el anciano que recibía los gastos de los sacrificios quedaba encargado del culto de los *sacra privata*, que en la época de decadencia romana era una carga. Y el que manumitía la mujer quedaba como su tutor fiduciario. No hay que decir que la mujer buscaba para esta manumisión a la persona que deseaba fuera su tutor, librándose de la tutela de un agnado opresor. En cuanto a la libertad de testar de la mujer, como se había concedido a ésta el derecho de hacer testamento a condición de que tuviera el consentimiento del padre o el tutor, escogido el tutor que ella deseaba, éste le concedía el permiso, la *tutoris auctoritas*: IHERING. *Op. Cit.*, pp. 307 y 308.

típica prístinamente concebida, las fuentes romanas hablan de actos imaginarios (*imaginaria venditio*). Es decir, la *mancipatio* se utilizó para fines diversos a los inicialmente establecidos: no sólo sirvió como medio de transferir un derecho real, sino también, dado su carácter de negocio abstracto, para cobijar las más disímiles finalidades, que van desde la emancipación del hijo hasta el testamento o el matrimonio¹⁴. En otras palabras, la *mancipatio* se convirtió en el modo general de transmitir la propiedad, cualquiera que fuese la causa que la informase, y es justamente ese carácter abstracto del negocio el que permite su utilización para finalidades fiduciarias.

II. De otra parte, el *pactum fiduciae* era elemento configurativo de un instituto más complejo llamado *fiduciae* (término que tuvo otros significados técnicos y cuya conexión etimológica con la misma raíz *fides* es evidente: deber de cumplir lo ofrecido, vinculación a la palabra empeñada). La fiducia consistió en la enajenación de una *res* mediante *mancipatio* o *in iure cessio*¹⁵ a título fiduciario. A la enajenación se le introducía un *pactum fiduciae* en virtud del cual el adquirente (fiduciario) se comprometía en relación con el enajenante (fiduciante), o a retransmitirle el dominio del objeto adquirido, o a disponer de él según específicas instrucciones. El compromiso dependía, en cuanto a su eficacia, de la verificación de una condición suspensiva o del acaecimiento de un término inicial. La experiencia jurídica romana ofrece dos particulares formas de aplicación de la fiducia: la *fiducia cum creditore contracta* y la *fiducia cum amico contracta*¹⁶.

A. La *fiducia cum creditore contracta* constituyó, en esencia, una enérgica garantía real de los créditos. El deudor transfería al acreedor la propiedad de un objeto. El acreedor podía ejercitar lícitamente sólo algunas facultades que le correspondían en su situación de propietario¹⁷.

¹⁴ La *mancipatio* se aplica: a) a la transmisión o constitución de derechos reales; b) a la constitución de *status* familiares: adopción, emancipación, *conventio in manum por coemptio*; c) a la venta del hijo en *mancipium*; d) a la constitución de una dote, o al otorgamiento de una donación; e) a la enajenación de una cosa con fin de garantía *-fiducia-*; f) a la venta del deudor o de persona sometida a la potestad para asegurar el cumplimiento de una obligación *-nexum-*; g) a la liberación de un vínculo obligatorio *-nexi liberatio, solutio per aes et libram-*; h) a la disposición testamentaria *-mancipatio familiae, testamentum per aes et libram-*. Si se exceptúan la venta de la mujer por *coemptio* y la venta del hijo en *mancipium*, que responden a la verdadera intención de las partes, los demás casos se traducen en una venta fingida.

¹⁵ La *in iure cessio* consistía en una cesión operada durante la fase *in iure*, constitutiva de un negocio jurídico solemne destinado a la creación y extinción de derechos de señorío sobre personas y cosas, construido sobre la base de un imaginario proceso civil de tipo reivindicatorio. Como modo derivativo de adquirir la propiedad fue el idóneo con la *mancipatio* para la adquisición de la

propiedad quiritaria, sirviendo al propio tiempo para operar la manumisión de esclavos, adopciones, tutela, etc.

¹⁶ GAYO 2, 60: «... la transmisión en garantía puede convenirse, bien con un acreedor, en virtud del derecho de prenda, o bien con un amigo para que nuestras cosas queden en su poder...».

¹⁷ Por ejemplo: podía ejercitar la *reivindicatio*, conceder en arrendamiento o en precario el objeto dado en fiducia al fiduciante. El fiduciario podía hacer propios los frutos de la cosa, pero debía imputarlos al monto de la deuda. El fiduciario, sin embargo, no podía enajenar como propio el objeto materia de fiducia antes del incumplimiento, y respondía por los daños del objeto. El fiduciario tenía derecho al reembolso de las expensas útiles y necesarias y a cuanto hubiese perdido por la evicción de los objetos dados en fiducia; también por los tributos que él hubiere pagado. El fiduciante no era ya *dominus* del objeto y, por consiguiente, no podía vendérselo al fiduciario que era el *dominus*. El objeto fiduciario podía ser constituido en dote por el fiduciante como *res aestimata*.

Sin que hubiese necesidad de explícita mención en el *pactum fiduciae*, el fiduciario, en caso de incumplimiento de la deuda para la cual había sido realizada la fiducia, podía vender el objeto para satisfacer su propio crédito, pero permaneciendo obligado a devolver al fiduciante el eventual excedente (*superfluum*) del precio recibido, respecto del total del crédito. En caso de cumplimiento de la deuda (así se realizaba la función resolutoria del *pactum fiduciae* con condición suspensiva), el fiduciario era obligado naturalmente a retransmitir la cosa *fiduciae causa* al fiduciante.

El derecho del fiduciante a la restitución del objeto o a la prestación del *superfluum*, a la imputación de penas pecuniarias pagadas por terceros sobre ilícitos en el objeto, a la indemnización en caso de ventas realizadas en modo contrario a la buena fe, a la indemnización por comportamientos ilícitos —culposos o dolosos— relativos al objeto, etc., podía hacerse valer mediante el uso de la *actio fiduciae*.

Con la misma acción, pero formulada en sentido contrario, *actio fiduciae contraria*, el fiduciario podía hacer valer sus derechos eventuales: reembolso de gastos hechos en el objeto, restitución del objeto concedido en precario o en arrendamiento al fiduciante, indemnización del daño sufrido a consecuencia de evicción del objeto vendido en caso de incumplimiento, etc.

B. La *fiduciae cum amico contracta* se usaba con el fin de confiar en una persona de segura lealtad —constituyéndola propietaria— un objeto para custodiar y restituir al fiduciante una vez acaeciera un término inicial o se verificara una condición suspensiva; y con finalidad de depósito, sobre todo en ocasiones de grave peligro personal para el fiduciante¹⁸. La figura se usaba también para transmitir el dominio de un esclavo a un fiduciario con el fin de que éste lo manumitiese en una fecha futura¹⁹. También se utilizaba para realizar una *donatio mortis causa*²⁰. A ella se le aplicaron la *actio fiduciae directa* y la *contraria*.

La *fiduciae cum amico* fue uno de los no pocos institutos que estaban fundamentados en la *amicitia* privada, la cual constituyó una verdadera estructura jurídica en el derecho romano de la época de la república y en la época clásica²¹. Es decir, la *amicitia* entre privados constituyó una virtud que, convertida en práctica social influyó grandemente al ordenamiento jurídico romano para que éste la dotara de particulares efectos jurídicos.

Cuando el jurista moderno estudia la fiducia en garantía comprueba que la *fiducia cum creditore contracta* representa su antecedente histórico. En efecto, en ésta el acreedor (fiduciario) recibía del constituyente de la seguridad (fiduciante, que por lo general era el propio deudor) un bien o conjunto de bienes con el

¹⁸ GAYO 2, 60; *cf.* D. 27, 3, 5 y D. 45, 3, 6.

¹⁹ D. 18, 1, 27, 1; 30; D. 21, 2, 7; D. 35, 2, 84.

²⁰ D. 39, 6, 42 pr. Sobre probable uso de la fiducia *cum amico* con el fin de realizar una donación a terceros, *cf.* D. 24, 1, 49.

²¹ Veamos: en la *mancipatio familiae* intervenía un *amicus* como *familiae emptor* (GAYO 2, 102). En cada *mancipatio*, los testigos eran *amici* (GAYO 2, 25). En la manumisión *inter amicos* la comunicación a los *amici* fue elemento estructural del ne-

gocio (GAYO 1, 41; 44). La *amicitia* tuvo notable relevancia en el mandato, en la *negotiorum gestio*, y en general en el cumplimiento de actos jurídicos a favor de terceros; y también en el escogimiento del tutor, o de curadores. Los amigos tuvieron una función jurídicamente significativa en el ejercicio de la posesión, o de la servidumbre, y también para el cumplimiento de actos relativos a la defensa del dominio. También ella jugó un papel importante en los legados y fideicomisos (D. 33, 1, 19, 1; D. 33, 9, 3, 6-7), en la constitución del *peculio castrense*, etc.

anejo *pactum fiduciae*, por el cual se convenía que el fiduciario retransmitía la cosa al fiduciante cuando el crédito hubiese sido satisfecho²².

CONCLUSIÓN

DE LO DICHO SE PUEDE concluir que es una exageración de los países con tradición y raigambre romanista afirmar, como se hace de manera asaz socorrida, que la fuente del moderno contrato de fiducia es una figura negocial propia de una tradición jurídica ajena a la romana. En este punto se puede sugerir el posible influjo de los negocios fiduciarios romanos en el *Common Law*. La tesis es discutible para algunos por la reticencia que tuvieron los juristas ingleses de incorporar el derecho romano en Inglaterra; sin embargo, en el siglo XII el derecho romano es «objeto de estudio de las personas más cultas»²³, y un especialista latinoamericano afirma: «... el fideicomiso, en su esencia, en sus notas esenciales, se originó en el derecho romano; pero lo que desgraciadamente sucedió es que sus seguidores, durante la Edad Media, lo pervirtieron y lo hicieron odioso, en tanto que en Inglaterra, habiendo pasado por vicisitudes paralelas, se encontraron más soluciones buenas que malas, se dieron aplicaciones que resultaron útiles en el manejo del patrimonio, que resultaron instrumentos en el desarrollo económico, y cuando se manifiesta ante todo el mundo su bondad, donde está operando bien es en el sistema anglosajón, y naturalmente allá volteamos la cara para tomarlo»²⁴.

²² «La *fiducia cum creditore* atribuye al acreedor la condición de dueño de la cosa. En tal sentido, puede reivindicarla, así como celebrar cualquier acto de disposición, salvo que, cancelada la deuda, se expone a la condena derivada del ejercicio de la *actio fiduciae*». JUAN IGLESIAS. *Lecciones de Derecho*

Romano, 7ª ed., Barcelona, Edit. Ariel, 1982, p. 429.

²³ FELIPE SERAFINI. *Instituciones de Derecho Romano*, T. I, pp. 92 a 94.

²⁴ J. L. DE LA PEZA. *Memorias sobre el Seminario Latinoamericano sobre Fideicomiso*, México, Banamex, 1978, p. 9.