

2014/2015

Universitat de Girona

Alumno: Sònia Martínez Casanovas

4º Derecho (primera convocatoria)

Tutor: Dr. José Luís Linares Pineda

# **[EL DEVENIR DE LA PROHIBICIÓN DE INTERCEDER DE LA MUJER Y LA SITUACIÓN ACTUAL DEL FIADOR.]**

## **Agradecimientos.**

Debo agradecer de manera muy especial y sincera a mi tutor, el Dr. José Luís Linares Pineda por aceptarme para realizar este trabajo de final de grado bajo su dirección. Su apoyo y confianza en mi trabajo y su capacidad para guiar mis ideas ha sido un aporte invaluable para el desarrollo de este trabajo. Las ideas propias, siempre enmarcadas en su orientación y rigurosidad, han sido la clave del buen trabajo que hemos realizado juntos, el cual no se puede concebir sin su siempre oportuna participación. Le agradezco también el haberme facilitado siempre los medios y materiales necesarios para llevar a cabo todas las actividades propuestas durante el desarrollo de este trabajo. Muchas gracias.

## **Índice:**

Cuestión tratada en el trabajo y motivación.....	pág. 4
Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.....	pág. 5
La prohibición de interceder establecida para las mujeres por el Senadoconsulto Veleyano (s.I d.C.).....	pág. 6
La prohibición establecida en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1960.....	pág. 9
• Concepto de intercesión.....	pág. 11
• Requisitos.....	pág. 11
• Las excepciones a la prohibición general del artículo 321.....	pág. 19
• Las excepciones a la prohibición especial de interceder la mujer por el marido en el artículo 322.....	pág. 22
• La auténtica <i>si qua mulier</i> en la tradición jurídica catalana.....	pág. 23
Derogación de la prohibición.....	pág. 27
Orígenes de la fianza en el Derecho Romano Clásico y en el derecho actual.....	pág. 29
Situación de desprotección del fiador en los préstamos hipotecarios.....	pág. 33
Conclusiones.....	pág. 37
Bibliografía.....	pág. 39

## Cuestión tratada en el trabajo y motivación.

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la antigua regla romana que prohibía a la mujer interceder a favor de su marido como fiadora y que siguió vigente en la compilación catalana de los años sesenta hasta que finalmente desapareció en la reforma del año 1984. Hay que tener en cuenta que la consideración de la mujer en cada etapa era diferente. En la época romana se creía que la mujer debía ser protegida debido a su ignorancia en muchos ámbitos que en esa época solo conocían los hombres y de ese modo hoy en día esa figura ya no podía tener cabida.

A la mujer romana, pues, se la consideraba ingenua y por ese motivo debía ser protegida para que, por culpa de su ignorancia, no acabara arruinada económicamente al convertirse avalista de su marido.

Durante estos cuatro últimos años, en los que vengo cursando los estudios de Grado en Derecho, me ha interesado especialmente la situación jurídica de la mujer en el Derecho actual, así como los logros sociales y jurídicos que han jalonado el lento, difícil y, en mi opinión, todavía inconcluso proceso hacia la plena igualdad jurídica. Reflexionando sobre los motivos que han podido causar estas dificultades, me he planteado que la razón última puede encontrarse en el Derecho romano, así como en otras culturas también, que tanto ha influido en nuestro Derecho actual.

El motivo que justifica mi trabajo es que, si bien el tema de la mujer en Roma ha sido objeto de preocupación y de exhaustivo estudio, no sólo por parte de los historiadores sino también por nuestra doctrina romanística. Por eso, junto a mi tutor de Trabajo de Final de Grado nos pareció interesante elaborar un trabajo que aborde la cuestión de la prohibición de interceder de la mujer casada a favor de su marido y como ésta también fue plasmada por la compilación catalana de los años sesenta y así trazar una panorámica general desde el punto de vista jurídico, teniendo en cuenta su finalidad.

Finalmente nos pareció conveniente hablar de la necesidad que hay hoy en día de que exista una normativa como ésta pero no protegiendo exclusivamente a la mujer, la cual ya se encuentra en una situación mucho más igualitaria a la del hombre sino una norma que se encargue de proteger a los fiadores/avalistas en general, ya que es un sector que se encuentra prácticamente desprotegido jurídicamente tal y como veremos en los últimos apartados de éste trabajo.

## Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.

Me he dispuesto a tratar primeramente la figura romana que regula concretamente la prohibición de interceder establecida para las mujeres por el Senadoconsulto Veleyano (s.I d. C.). Para esta primera parte me he centrado en lo que establecía el Senadoconsulto Veleyano y en los comentarios de Manuel García Garrido sobre este tema en uno de los cuadernos del Instituto Jurídico Español que trata sobre el régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho romano y también en los comentarios de Francisco Fernández de Villavicencio sobre la fianza e intercesión de la mujer casada a favor de su marido<sup>1</sup>. Además, he consultado los textos más relevantes que sobre este tema nos han llegado a través de las fuentes del Derecho Romano como por ejemplo el *Corpus Iuris Civilis*, en especial, los fragmentos de las obras de los juristas clásicos compilados en el Digesto de Justiniano.

Seguidamente he tratado esta misma figura, pero en el momento que ya se encontraba regulada en el capítulo I del título I del libro IV, «De las obligaciones y contratos y de la prescripción», de la Compilación de los años sesenta. (arts. 321 y 322) y para ello me he basado en los estudios y comentarios realizados por los autores Ángel Latorre, Badosa Coll, Lluís Puig i Ferriol<sup>1</sup> y Francisco Fernández de Villavicencio.<sup>2</sup>

Por último, he recogido todo este material en el trabajo que presento, siguiendo la estructura que junto a mi tutor nos pareció más lógica y coherente. En primer lugar tratando, como ya he dicho, la prohibición de interceder de la mujer a favor de su marido en la época romana, después la he desarrollado más detenidamente siguiendo lo que establecía la compilación de los años sesenta y su derogación en el año 1984.

Finalmente, nos pareció conveniente plasmar la necesidad de proteger hoy en día la figura del fiador poniendo de relieve su actual situación desamparada, jurídicamente hablando.

1. GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma – Madrid, 1958.

FRANCISCO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO., *Revista Jurídica de Cataluña. Fianza e intercesión de la mujer casada a favor de su marido*, Barcelona, 1970.

2. ÁNGEL LATORRE., *Revista Jurídica de Cataluña. Algunas observaciones sobre los arts 321 y 322 de la compilación Senadoconsulto Veleyano y Auténtica si qua mulier*, Barcelona, 1970.

FRANCISCO FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO., *Revista Jurídica de Cataluña. Fianza e intercesión de la mujer casada a favor de su marido*, Barcelona, 1970.

LLUÍS PUIG I FERRIOL., *L'estat civil de dona casada segons el dret civil vigent a Catalunya*, Barcelona, 1971.

FERNANDO BADOSA COLL., *La intercesión de la mujer casada catalana, Comentario al art. 322 de la Compilación*, Barcelona, 1970.

## La prohibición de interceder establecida para las mujeres por el Senadoconsulto Veleyano (s. I d.C.)

Para este apartado me basaré especialmente en los comentarios realizados por el autor Manuel García Garrido en uno de los cuadernos del Instituto Jurídico Español.

Los términos *intercederé e intercessio* indican, con valor general, la asunción de una garantía. El concepto de *intercessio* es más amplio que el de la fianza, porque abarca todo acto en virtud del cual una persona responde voluntariamente de la deuda de otra. En tal sentido, tanto las garantías personales propiamente dichas, cuanto la novación personal tendente a sustituir el deudor antiguo por otro nuevo y la sujeción obligatoria de los deudores solidarios –obligación *in solidum*–, constituyen modalidades de la *intercessio*.

La noción de *intercessio* fue elaborada por los juristas referencia con al Senadoconsulto Veleyano de la época de Nerón (del año 46 d. C.): D. 16. 1.2.1 (Ulpiano, l 29 ad ed.)

*Postea factum est senatuconsultum, quo plenissime feminis omnibus sobventum est. Cuius senates consulti verba haec sunt: Quod Marcus Silanus et Vellaeus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus sfeminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita censuere: quod ad fideiussiones et mutuationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinent, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas action detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrary senatum recte atque ordine facturos adquos de ea re in iure adytum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur.*

Después se hizo el Senadoconsulto, en el que con toda amplitud se auxilió á todas las mujeres. De cuyo Senadoconsulto estas son las palabras: Por cuanto los Cónsules Marco Silano y Veleo Tutor hablaron respecto á las obligaciones de las mujeres, que por otros se obligaran, sobre qué debe hacerse en este particular, determinaron sobre este asunto de esta manera: Que por lo tocante á las fianzas y á las daciones de mutuo por otros, por quienes hubieran salido fiadoras las mujeres, aunque parece que antes se había legislado de modo que por tal motivo no se dé reclamación ni acción contra ellas, como quiere que no sea justo que ellas desempeñen oficios , juzga el Senado, que obrarán rectamente y en el orden aquellos á quienes se hubiere recurrido en el derecho sobre este particular, si procuraren que en este asunto se observe la voluntad del Senado.

La disposición del Senado, según la referencia de Ulpiano, prohibía a la mujer tomar dinero a préstamo para otro, así como llevar a cabo una *fideiussio*, y probablemente también una *sponsio* y una *fideipromissio*, por medio del recurso, general en esta clase de disposiciones, de ordenar al magistrado que le diera eficacia práctica mediante la *denegatio actionis* al que accionara por esta clase de actos o mediante la concesión de una *exceptio* a la mujer demandada o a sus garantes.

La jurisprudencia extendió por analogía esta disposición a todo acto que pudiera considerarse como *intercessio*, comprendiendo en este concepto tanto el hecho de que la mujer prestase garantías reales (prenda, hipoteca) o personales (fianza) o se obligase *in solidum* –intercesión cumulativa- como el de que se colocase en la posición del deudor cuya obligación se extinguía –intercesión privativa-, así como la circunstancia de que se obligase directamente en beneficio de otra persona, con conocimiento de esta finalidad por el acreedor –intercesión tácita-.

Todas estas formas de *intercessio* fueron prohibidas a las mujeres, primeramente a favor de sus maridos y después a favor de cualquiera, en virtud de este *Senatusconsultum Velleianum* que, según Paulo, en forma amplia estableció –*plenissimum comprehensum est*- que las mujeres no pudieran asumir garantías por otro –*Ne pro ullo feminae intercederent*-.

Los jurisconsultos excluyen de la prohibición los actos efectuados por la mujer en beneficio de alguna persona, pero que no constituían *intercessio*, así como aquellos en que la mujer *suum negotium gessit*. Se permitía que las mujeres pudieran donar el dinero necesario para pagar, que pagasen ellas mismas incluso enajenando bienes; lo que se prohibía por el senadoconsulto era que quedasen respondiendo ellas de la deuda.

Probablemente, a causa de la manera como el Senado tomaba acuerdos en aquella época en relación con el Derecho Privado, el senadoconsulto se limitó a ordenar a los magistrados jurisdiccionales que evitasen dichas intercesiones, y por ello la obligación contraída por la mujer en contra del senadoconsulto no era nula en absoluto, sino que resultaba paralizada en sus efectos por una *exceptio senatusconsulti Velleiani*, con la que la mujer podía oponerse a la demanda del acreedor. Si la mujer paga, ignorando que está asistida por esta defensa, puede reclamar lo pagado. La jurisprudencia admitió, en efecto, que la mujer no queda obligada ni aun *naturaliter*.

Para evitar los efectos injustos que puede producir el ejercicio de la *exceptio* por parte de la mujer, el Pretor concede al acreedor una actio restitutoria para dirigirse contra el *prior debitor*, cuando la obligación de éste se ha extinguido como consecuencia de una *novatio necessaria* –la producida por la *littis contestatio* celebrada con la mujer que intercede cumulativamente, en plano de igualdad o en razón subsidiaria- o de una *novatio* voluntaria –caso de la intercesión

privativa. Si la intercesión es tácita, se otorga o “instituye” una acción contra el deudor real – *actio institutoria*, como dicen los intérpretes.

Excepcionalmente, no tenía aplicación el Senadoconsulto en algunos casos –dolo de la mujer, error excusable del acreedor, menor edad de éste, siendo además insolvente el deudor- en los cuales parecía más digno de protección el acreedor que la intercedente.

Justiniano estableció en esta materia las siguientes modificaciones: 1ª, declaró nulas de pleno derecho las intercesiones de la mujer a favor de su marido; 2ª, declaró también nulas las hechas a favor de otras personas cuando no constasen en documento público suscrito por tres testigos y 3ª, que la mujer no se beneficiase de la *exceptio senatusconsulti Velleiani* cuando declarase en tal documento que no intercedía gratuitamente, sino a cambio de una contraprestación, o si renunciase a la *exceptio* o confirmase la *intercessio* dentro de los dos años siguientes.

Se ha discutido si la disposición senatorial tuvo una finalidad protectora de la mujer o si fue, por el contrario, una prohibición establecida contra la mujer, para limitar su ámbito de disposición patrimonial. Los textos si, de una parte, utilizan términos que indican claramente la idea de protección, y fundamentan la prohibición en la *infirmas feminarum* o en el *periculum rei familiaris*, de otra parte expresan la idea de que *intercedere pro aliis* es un *officium civile* que, al igual que los *officia publica*, se considera comprendido en los *officia virilia*, de los que deben apartarse las mujeres.

Ambas ideas que se han considerado como contrapuestas y de distinta procedencia, según García Garrido coexisten y se complementan en el pensamiento clásico, ya que si bien la disposición senatorial establece una prohibición, que limita la libertad de actuación patrimonial de la mujer, la impone precisamente para protegerla de los perjuicios que su ignorancia o falta de condiciones puede acarrearle. En su opinión, esta finalidad de protección que quizá acentuara Justiniano, no puede excluirse del pensamiento clásico no sólo por el tenor acorde de los textos, sino también por la misma aplicación práctica del principio, que la mujer hacía valer mediante *exceptio*.

Cabe decir por último, que dicha prohibición establecida por el Senadoconsulto Veleiano sobrevivió en la tradición jurídica europea.

## La prohibición establecida en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1960.

En este apartado me he centrado principalmente en las observaciones realizadas por los autores Ángel Latorre, Fernando Badosa Coll, Lluís Puig i Ferriol y Francisco Fernández de Villavicencio sobre los artículos 321 y 322 de la compilación que se recogen en distintas Revistas Jurídicas de Catalunya de 1970.

Así quedaba reflejada la tradicional prohibición de interceder en la redacción originaria del capítulo I del título I del libro IV, «De las obligaciones y contratos y de la prescripción», de la Compilación (arts. 321 y 322):

Art. 321. La mujer no quedará obligada, en virtud de fianza o intercesión por otro, pudiendo repetir como indebido lo que hubiere pagado o cumplido por ello. No gozarán de este beneficio: las mujeres que afianzaren o intercedieren mediante remuneración o compensación proporcionada u obrando con dolo; las que ejercieren el comercio, y las que, después del afianzamiento, llegaren a ser deudoras principales de la obligación. Este beneficio será renunciable de modo expreso en todo momento.

Art. 322. Será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiere invertido en utilidad de ella misma y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión.

Cuando marido y mujer se obliguen conjuntamente, esta, aunque participasen otras personas, responderá con carácter mancomunado simple. Serán válidas las hipotecas constituidas conjuntamente por marido y mujer, solos o con otros partícipes, si la obligación garantizada es mancomunada y proporcional a sus respectivas cuotas o derechos en la cosa hipotecada.

Los artículos 321 y 322 de la Compilación recogen las reglas de origen romano que declaran ineficaz la intercesión de la mujer. Respecto a la intercesión en general, el art. 321 establece una ineficacia relativa acompañada de importantes excepciones. En el caso particular de la intercesión de la mujer casada a favor de su marido, el art. 322 impone una nulidad radical, de pleno derecho, con leves atenuaciones. Las primeras normas proceden del Senadoconsulto Velejano y de la interpretación que de él hicieron los juristas. El art. 322 deriva de la Novela 134, cap. 8 de Justiniano, de la que se extrajo en la Edad Media, la Auténtica *si qua mulier* incorporada al Código.

En el Derecho catalán de los años 70, el mantenimiento de estas disposiciones provocó duras críticas.

Tal y como aparecen en el Corpus Iuris tales prohibiciones, se intentan justificar por la necesidad de proteger a la mujer de su supuesta ligereza e inexperiencia, que la conduciría a interceder fácilmente y sin la debida reflexión, con grave perjuicio para su patrimonio. Esto le impediría además de disponer de una dote adecuada, y en el Derecho Romano, la protección de la dote ocupa un lugar fundamental en el trabajo de los legisladores y juristas.

En relación con la prohibición de que la mujer casada interceda a favor de su marido se alega también la posibilidad de que este último ejerza una coacción, difícil muchas veces de probar, pero que induzca a la mujer a obligarse por él con grave riesgo de los intereses de ella. El Tribunal Supremo recogió este argumento en dos sentencias referentes a Navarra, la de 3 de febrero de 1865, en que dice que la Auténtica tiene por objeto evitar los actos de violencia o captación y la de 8 de junio de 1926 que le asigna la finalidad de proveer a las consecuencias con que la excesiva preponderancia del marido, el respeto de la mujer y su deseo de conservar la paz conyugal puedan amenazar al patrimonio en cierto modo familiar.

La protección de la dote jugó aquí también un papel decisivo. Las intercesiones a favor del marido podían disminuirla o dilapidarla con lo que, a la disolución del matrimonio, la mujer quedaría sin lo que normalmente debía ser su principal medio de vida e incluso la garantía de poder contraer nuevas nupcias. Otra razón que a veces se ha dado es la conveniencia de amparar el decoro de la mujer, alejándola de los pleitos y discusiones a que dan lugar las fianzas, razón que, por ejemplo, recogen las Partidas.

Difícil es hoy mantener estos argumentos ya que la debilidad o ligereza de la mujer como razón de una inferioridad jurídica, aunque sea con el pretexto de una protección pugna hoy no sólo con la tendencia de la sociedad actual a la equiparación de ambos sexos en la vida jurídica sino también con preceptos tajantes de nuestro derecho positivo que condenan toda discriminación por este motivo.

En cuanto a la protección de la dote, aparte de que en el fondo no es más que una aplicación de esa idea de la protección de la mujer contra su propia ligereza, esta figura fue proscrita del articulado del Código Civil y del Derecho de familia catalán. El régimen dotal consistía a grandes rasgos en atribuir al marido la administración de los bienes que aporta la mujer al matrimonio, destinándolos al levantamiento de las cargas familiares.

La prohibición de interceder es especialmente incómoda en el caso del artículo 322, ya que la regla general del art. 321 es esquivable con facilidad. La importancia práctica de la cuestión aumentó en los últimos años de su vigencia como se puede ver en la jurisprudencia de la época (S.T.S. 28 junio 1968), que aplicó la prohibición a los actos de comercio. La doctrina legal anterior los eximía, por interpretar como “derecho común” supletorio al Código de Comercio

(art. 50 C. Co.) el Código Civil. Pero la citada sentencia entiende que el Derecho común es el Derecho Civil vigente en cada caso y para la mujer catalana, en consecuencia, la Compilación.

#### Concepto de intercesión.

Tanto el art. 321 como el 322 hablan de “fianza o intercesión”. El concepto general es el de intercesión, del que la fianza no es más que un caso particular. La doctrina moderna ya no se ocupó de ese concepto, omisión que se explica por la desaparición de los códigos modernos de las reglas del Senadoconsulto Velejano y de la Auténtica. Para determinarlo sólo podemos acudir al Corpus Iuris y a sus intérpretes.

De los textos del Corpus Iuris tampoco emerge una noción clara de la intercesión. En el lenguaje común “*intercedere*” significa ponerse entre dos cosas, personas o acontecimientos. De estos significados derivó el de prohibir. Partiendo de estas acepciones de la lengua corriente, se construyeron dos nociones técnicas de la intercesión: una en Derecho Privado, que fue elaborada por los juristas al interpretar el Senadoconsulto Velejano, donde ya aparecía la palabra y quizá los edictos imperiales que le precedieron.

En el Corpus Iuris no hay una definición de intercesión. Los autores del Derecho común tampoco llegaron a dar un concepto generalmente admitido de intercesión. Esta relativa indeterminación tiene sus ventajas, pues nos permite movernos con un cierto margen de libertad cuando intentamos concretar qué se entiende por intercesión y hace posible reducir en algunos aspectos su alcance, libertad que no existe cuando operamos con conceptos claramente fijados por la tradición jurídica.

La intercesión no constituye un tipo particular de negocio jurídico, sino una finalidad práctica que pueden perseguir muchos tipos distintos de negocios. El problema es, por tanto, determinar cuándo un negocio constituye intercesión. Según Ángel Latorre, un negocio constituye intercesión cuando al realizarlo una mujer asume una responsabilidad por otro, sin tener el deber de hacerlo y corriendo con ello el riesgo de un empobrecimiento patrimonial.

#### Requisitos.

- a) Es necesario ante todo la asunción de una responsabilidad. Muchas veces esto supone el nacimiento de una obligación a cargo de la mujer. Como primer requisito el que la mujer se convierta en deudora. Pero sería más adecuada la expresión más amplia de asumir una responsabilidad, que comprende tanto la responsabilidad personal como deudora, en una fianza por ejemplo, como la dación en prenda o la constitución de hipoteca, en los que la mujer asume una responsabilidad real sobre cosa propia.

La intercesión sólo existe cuando se adquiriera una responsabilidad, no cuando la mujer paga o, en general, libera una obligación ajena. Los ejemplos son abundantes en el Corpus Iuris. En general viene a ser que la mujer delegue en un deudor suyo, ya que delegación equivale al pago (D. 16, 1, 8, 6):

*Sed si eum delegaverit, qui debitor eius non fuit, fraus Ssenatuconsulto facta videbitur; et ideo exceptio datur.*

Pero si hubiere delegado al que no fue su deudor, se considerará haberse defraudado al Senadoconsulto; y por esto se dá excepción.

No hay intercesión cuando una mujer vende sus fincas para pagar las deudas del marido. (C. 4, 29, 4):

*Senatusconsultum locum habet, sive eam obligationem, quae in alterius persona constitit, mulier in se transtulit vel participavit, sive quum alius pecuniam acciperet, ipsa se ab initio ream constituit, quod et in rerum earum pro aliis obligationibus admissum est. Sed si praedia tua annis maior viginti quinque vendidisti, et pro marito pecuniam solvisti, déficit auxilium senatusconstulti.*

El Senadoconsulto tiene lugar, ya si una mujer transfirió á si misma la obligación, que se constituyó en la persona de otro, ó tomó participación en ella, ya si cuando otro recibiese dinero ella misma se constituyó deudora desde el principio, lo que también se admitió respecto á las obligaciones de los bienes de las mismas a favor de otros. Pero si vendiste tus predios siendo mayor de veinticinco años, y diste en pago el dinero por tu marido, falta el auxilio del Senadoconsulto.

Tampoco la hay cuando renuncia a la prenda o hipoteca que tenía a su favor (D. 16, 1, 8):

*Quamvis pignoris datio intercessionem faciat, tamen Iulianus libro duodécimo Digestorum scribit, redditionem pignoris, si creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberaverit, non esse intercessionem.*

Aunque la dación de prenda constituya fianza, sin embargo, escribe Juliano en el libro duodécimo del Digesto, que la devolución de la prenda, si una mujer acreedora hubiere entregado al deudor la cosa que había recibido en prenda, no es fianza.

La Dirección General de Registros entendió que no existía intercesión en las posposiciones que haga la mujer de hipotecas, cualquiera que sea su clase, inscritas a su favor sobre bienes del marido, respecto a otras hipotecas que éste impone sobre los mismos bienes.

La liberación de una deuda ajena sin contraprestación ni reembolso constituye donación y si es hecha entre cónyuges, entra en la prohibición del art. 20 y siguientes de la Compilación. Los efectos de esa prohibición son más suaves que los de la *Auténtica si qua mulier*.

- b) La mujer ha de asumir la responsabilidad por otro. En la mayoría de los casos, en efecto, obligarse por otro es asumir la responsabilidad por una deuda ajena ya existente. Los juristas romanos también consideraron intercesión el acto por el cual la mujer se obligaba en lugar de quien económicamente era el beneficiario de la operación, sin que éste hubiese asumido previamente ni asumiese después una deuda, es decir sin que existiese jurídicamente hablando una deuda ajena.

La mujer se ha de obligar exclusivamente por otro. No hay intercesión cuando la mujer se obliga en primer término por ella misma, en interés propio, aunque su obligación redunde también en beneficio de un tercero y aun en garantía de una deuda ajena.

El principio de que el contrato de indemnidad, en los casos en que la mujer lo lleva a cabo para cubrir riesgos que ella misma produce con actos suyos, no constituye intercesión. Por supuesto, es indispensable para excluir la intercesión en ese y otros casos análogos que el riesgo derive de la misma mujer, de forma que en último término la mujer se obliga en su propio interés. Si el riesgo es independiente de ella, parece claro que sí habrá intercesión.

Tampoco hay intercesión cuando la mujer se obliga directa y exclusivamente, aunque después destine el bien obtenido en beneficio de otra persona. Así, cuando la mujer toma dinero a préstamo y después aplica todo o parte de él en beneficio de su marido o cuando arrienda una finca que va a usar el marido (C. 4, 29, 13):

*Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas foenoris, seive pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adiuvaris, lieet creditor causam contractus non ignoraverit.*

Si verdaderamente se te dio por tu acreedor dinero á interés, ya se esponga que toda la cantidad del préstamo, ya que una parte de la misma, se aplicó á usos de tu marido, no eres auxiliada por el decreto de los Senadores, aunque el acreedor no hubiere ignorado la causa del contrato

No hay intercesión porque la mujer es libre de hacer el uso que quiera del dinero recibido o de la finca arrendada. Sin embargo, en estos casos, puede en realidad tratarse de una fianza en que la mujer actúa como garante oculta, lo que sí constituye intercesión. La diferencia entre uno y otro caso está en que la primera hipótesis la mujer actúa realmente por su cuenta y en la segunda por cuenta ajena. En la práctica es difícil distinguir ambos supuestos. La distinción sólo tiene importancia cuando el acreedor sabe que la mujer realmente actúa como fiadora. Si lo ignora, es igual, puesto que el negocio es válido en todo caso.

- c) La mujer no ha de tener el deber de asumir la garantía. No es necesario un deber jurídico. Basta un deber moral socialmente reconocido como exigible. El caso más claro en las fuentes es el de la garantía de la dote de una mujer.

La mujer obra movida por un *officium pietatis*, es decir, en cumplimiento de deberes morales y de exigencias sociales dignas de amparo legal. No basta, sin embargo, un deber moral genérico de cooperación y ayuda mutua. Si así fuera, debería ser válida especialmente la intercesión de la mujer a favor del marido, de acuerdo con la obligación de “socorrerse mutuamente” que establece el Código Civil en su art. 68. Y sin embargo esas intercesiones son especialmente nulas

También la ineficacia en general de las intercesiones de una hija por su padre o de una madre por su hijo está declarada expresamente en el Corpus Iuris (C. 4, 29, 3):

*Si, quum ipse mutuam pecuniam acciperes, mater tua contra amplissimi ordinis consultum fidem suam interposuit, exceptione se tueri potest.*

Si, al recibir tú mismo dinero en mutuo, tu madre interpuso su fianza contra la disposición de la muy alta corporación, se puede amparar con la excepción.

A pesar de que en estos supuestos puede hablarse de un deber moral genérico de cooperación. El *officium pietatis* sólo existe cuando se trata de casos específicos, en que la conciencia social considera la existencia de un deber moral vinculante cuyo incumplimiento repugna a la estimación colectiva.

En nuestro caso, este principio permitía, por ejemplo, excluir de la prohibición del art. 322 el caso de la mujer que presta fianza para obtener la libertad provisional de su

marido u otros casos de análogos, en que impedir la intervención de la mujer resultaría repugnante a nuestra conciencia moral.

- d) La mujer ha de asumir el riesgo de un empobrecimiento patrimonial. No hay por tanto intercesión cuando lo que ha de pagar va a incrementar sus bienes (D. 16, 1, 21):

*Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in remeius, quod acceptum est, versaretur, exceptio Senatuconsulti locum non habet, quia non fit pauperior.*

Si por alguno hubiere sido fiadora la mujer, pero se convirtiese en provecho de ella lo que se recibió, no tiene lugar la excepción del Senadoconsulto, porque no se hace más pobre.

O cuando ha recibido el dinero importe de su intercesión como en el caso de (D. 16, 1, 15 pr.):

*Si mulieri solvero id, quod tibi debebam, et ab ea ratam rem te habiturum stipulatus fuero, et forte te ratum non habente ageero ex stipulatu institnero, exceptio Senatuconsulti, quod de intercessionibus feminarum factum est, non proderit mulieri; non enim videri potest alienam obligationem recusare, quum maneam debito obligatus, et ipsa de lucro agat, ac potius reddere cogatur, quod non debitum acceperat, quam pro alio solvere.*

Si yo hubiere pagado á la mujer lo que yo te debía, y yo hubiere estipulado de ella que tu habrías de ratificar lo hecho, y acaso no ratificándolo tú, hubiere yo intentado ejercitar la acción de lo estipulado, no aprovechará á la mujer la excepción del Senadoconsulto, que se hizo sobre las fianzas de las mujeres; porque no puede considerarse que rechaza una obligación ajena, permaneciendo yo obligado á la deuda, y procurándose ella un lucro, y siendo obligada más bien á devolver lo que no siendo debido había recibido, que á pagar por otro.

Una mujer ha salido fiadora a favor mío frente a Ticio; yo pago la deuda a la mujer y Ticio reclama a ella lo cobrado. La mujer ha de pagar puesto que ya tiene el importe de la deuda y no se arriesga a perder nada.

Lo mismo ocurre cuando una mujer es deudora principal y su acreedor delega en ella para que pague a un acreedor suyo (del acreedor de la mujer). Si la mujer asume la deuda correspondiente prometiendo pagar a este segundo acreedor, se entiende que no intercede, a pesar de que asume el deber de pagar una deuda ajena, porque obtiene una contraprestación adecuada, a saber, el ser liberada de su deuda frente a su primer acreedor (D. 16, 1, 22 Y 24):

*Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat, vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse Senatuconsulto, Pomponius scribit, quia mandati actione obligata in rem suam videtur obligari.*

Si yo hubiera dado dinero á una mujer, para que se lo dé en pago, ó se lo prometa, á un acreedor mío, si ella se lo hubiere prometido, escribe Pomponio, que no tiene lugar el Senadoconsulto, porque obligada por la acción de mandato, parece que se obliga en causa propia.

*Debitrix mulier a creditor delegata pro eo, cui delagata est, promisit; non uterur exceptione.*

Una mujer deudora, delegada por su acreedor, prometió por aquel á quien fue delegada; no usará de la excepción.

Una contraprestación también existe y la intercesión queda excluida cuando la mujer recibe una remuneración o compensación proporcionada para que interceda. Tal es la regla establecida por Justiniano en (C. 4, 29, 23):

*Mulierem, si intercesserit, sive ab initio sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat, omnimodo teneri, et non posse senatusconsulti Velleiani uti auxilio, sive sine scriptis sive per scripturam sese interposuerit.*

La mujer, si hubiere salido fiadora, recibiendo alguna cosa ora desde el principio, ora después, para interponerse, quede de todos modos obligada, y no pueda utilizar el auxilio del Senadoconsulto Veleiano, ya se haya interpuesto sin escritura, ya por medio de escritura.

El texto de esa constitución declara que no es aplicable el Senado Consulto cuando se recibe algo para interceder, aunque se reciba inicialmente o más tarde.

También puede haber caso en que el riesgo exista y sin embargo tampoco haya intercesión. Se trata de hipótesis en que el riesgo es realmente de la mujer, de forma que aunque actúe como fiadora en realidad obra en su propio interés. Así cuando una mujer sale fiadora de su propio fiador (D. 16, 1, 13):

*Aliquando, licet alienam obligationem suscipiat mulier, no n adiuuatur hoc Senatusconsulto; quod tum accidit, quum prima facie quidem alienam, reuera autem suam obligationem suscipiat, ut ecce si ancilla ob pactionem libertatis expromissore dato post manumissionem id ipsum suscipiat, quod expromissor debeat, aut si hereditatem emerit, et acs alienum hereditarium in se transcribat, aut si pro fideiussore suo intercedat.*

Algunas veces, aunque la mujer tome á su cargo una obligación ajena, no es auxiliada por este Senadoconsulto; lo que entonces sucede, cuando tome sobre si una obligación á primera vista ciertamente ajena, pero en realidad suya, como por ejemplo, si una esclava, habiéndose dado prometedor por causa del pacto de la libertad, tomara á su cargo después de la manumisión aquello mismo que el prometedor debiera, ó si hubiere comprado una herencia, y transcribiera sobre si las deudas de la herencia, ó si fuese fiadora por su propio fiador.

No importa la persona por la que interceda, salvo el efecto especial de la intercesión de la mujer por su marido. Ya se ha dicho antes que es ineficaz en principio la intercesión de una mujer por su padre o por su hijo. Es también ineficaz la intercesión de una mujer por otra (véase C. 4, 29, 5 y también S. T. S. de 29 de diciembre 1898)

Tampoco es válida la intercesión a favor del deudor de un menor. El Derecho Romano la consideraba eficaz en el caso de que el deudor principal del menor fuese insolvente pero en los años 60 ya no se veía base alguna para esta excepción.

Es diferente la forma que reviste la intercesión. Puede ser ésta real o personal.

- Hay intercesión real cuando la mujer da en prenda una cosa propia o establece una hipoteca sobre ella en garantía de una deuda ajena.

- Hay intercesión personal cuando la mujer se obliga personalmente por otro, ya como deudor subsidiario, para el caso de que no se pague; ya como deudor solidario o cumulativo, de forma que el acreedor puede dirigirse indiferentemente a él o al otro deudor; ya en forma exclusiva, apareciendo ella como única deudor, pero actuando en realidad de garante por otro.

El caso típico de intercesión subsidiaria es la fianza, salvo que se haya renunciado al beneficio de excusión, pues en este último término la garantía es solidaria.

La intercesión cumulativa o solidaria existe siempre que la mujer se obliga solidariamente con otros, porque esos deudores solidarios actúan en cierto modo como fiadores recíprocos. El principio ha sido aplicado reiteradamente por el Tribunal Supremo (S. 3 de febrero 1865; 19 de abril 1875 relativas a Navarra y de 10 de junio 1876 relativa a Cataluña y alusiones a él en otras varias sentencias). La mujer queda liberada de su obligación y sus codeudores asumen íntegramente la deuda.

Un problema surge debido a que el artículo 322 modificó la regla general de ineficacia de la obligación solidaria de la mujer al disponer que “cuando marido y mujer se obliguen conjuntamente, ésta, aunque participasen otras personas, responderá con carácter mancomunado simple”. Supone esta norma una adaptación de la regla especial establecida por el cap. 11 del *Recognoverunt proceres*, según el cual, cuando la mujer casada contrae un mutuo o un depósito conjuntamente con su marido, sólo se obliga por la mitad de la deuda y previa excusión de los bienes del marido. Se trata por tanto de una suavización de la regla general. Pero no deja de plantear graves problemas. El primero es el ámbito de aplicación de la regla. Esta se refiere sólo a la intercesión de la mujer por el marido. Hay que entender por tanto que respecto a la intercesión en general no se aplica, sino que ha de seguir observándose el criterio de que la deuda solidaria de la mujer es ineficaz respecto a ella. En el mismo caso de la intercesión de la mujer es ineficaz respecto a ella. En el mismo caso de la intercesión de la mujer por el marido ¿qué ocurre cuando la ley fija expresamente la solidaridad? Evidentemente y siempre supuesta la aplicación a los actos de comercio de estas prohibiciones, habría que entender que la mujer no puede realizar esos actos si se obliga con el marido.

La intercesión puede darse también apareciendo la mujer como única obligada. Esto puede ocurrir de dos maneras: O bien existía una deuda anterior en que la mujer substituye al primer deudor de forma que éste queda liberado frente a su acreedor (intercesión privativa) o bien no existía una deuda anterior y la relación se establece ya inicialmente con la mujer, que actúa como garante oculta.

El primer caso se da por ejemplo, cuando la mujer substituye al deudor por delegación de éste (D. 46, 2, 19, pr.):

*Doli exceptio, quae poterat delaganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est.*

La excepción de dolo, que se podía oponer a la delegante, deja de tener lugar respecto á la persona del acreedor, á quien uno fue delegado.

O bien cuando sin delegación ni aun conocimiento del deudor una mujer asume la deuda. Puesto que esta substitución no es posible sin el consentimiento del acreedor, se entiende que ya se encargará éste de que la mujer renuncie al beneficio del Senadoconsulto si se trata de intercesión en general En el caso del art. 322 hay que concluir en cambio que la novación es nula.

#### Las excepciones a la prohibición general del artículo 321.

El art. 321 declara que “la mujer no queda obligada en virtud de fianza o intercesión por otro, pudiendo repetir como indebido lo que hubiera pagado o cumplido por ello”. Exceptúa de este beneficio a la mujer en ciertos casos y lo declara renunciabile “de modo expreso en todo momento”.

Respecto a la renuncia ningún requisito se impone salvo el de que se haga de “modo expreso”. No es necesario por tanto la escritura pública ni siquiera el que se haga por escrito, aunque éste será el caso normal. Una renuncia oral siempre que sea clara y patente es también una declaración expresa y por tanto válida. La renuncia exige evidentemente de acuerdo con la doctrina anterior y con los requisitos generales de la renuncia de derechos que la mujer sepa a lo que renuncia con suficiente precisión para que calcule las consecuencias prácticas de su acto.

Al excluirse la renuncia tácita y ante los términos generales en que se concede a la mujer el derecho a repetir lo pagado hay que entender que esta facultad existe incluso cuando la mujer paga a sabiendas de que puede no hacerlo en virtud de su beneficio. El Derecho romano (C.4, 29, 9):

*Quamvis mulier pro alio solvere possit, tamen si praecedente obligatione, quam senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit eius senatusconsulti beneficio munitam se ignorans, locum habet repetitio.*

Aunque la mujer pueda pagar por otro, sin embargo, si hubiere hecho el pago precediendo una obligación, que el Senadoconsulto sobre los afianzamientos no deja que sea eficaz, ignorando que estaba amparada por el beneficio de este Senadoconsulto, tiene lugar la repetición.

Y la doctrina del Derecho común entendían que en ese caso la mujer no podía repetir lo pagado, sin duda porque lo configuraban como una renuncia tácita, de la misma forma que se entendía renuncia tácita el hecho de que la mujer no ejerciese en juicio la excepción nacida de la prohibición. En la compilación catalana de 1960 la mujer tenía que renunciar de modo expreso en el momento de pagar o durante el juicio.

El art. 321 exceptúa además cuatro casos:

- a) Las mujeres que afianzaren o intercedieren mediante remuneración o compensación adecuada.
- b) Las mujeres que ejercieren el comercio. La excepción procede del Derecho común ya que en Derecho romano la figura del comerciante no tuvo una configuración jurídica autónoma. La razón de la excepción fue sobre todo la protección al comercio más que la presunción de que la mujer comerciante tiene la suficiente experiencia para no necesitar ser protegida contra su supuesta ligereza. Esto explica que la excepción se limitase siempre a los actos realizados por la mujer en la esfera de su actividad mercantil y no a los que realizase fuera de ella.

Desde luego hay que excluir el caso de la mujer no comerciante que realice actos de comercio (S. T. S. 28 de junio de 1968) pues en este caso la mujer “no ejerce el comercio” que es el supuesto de hecho que la ley establece para la excepción. En cambio, no es necesario que la mujer ejerza el comercio y por tanto quedan excluidas de la prohibición. El ejercicio del comercio es, pues, un dato de hecho y no una calificación jurídica y no se confunde por tanto con la calificación de comerciante tal y como la configura la doctrina. Esta interpretación amplia permita incluir en este caso, la mujer del comerciante cuando le ayuda habitualmente en su actividad, no por supuesto, cuando esa ayuda habitual no existe.

- c) Las mujeres que obrasen con dolo. El principio procede del Derecho romano. El beneficio no protege a la mujer que al interceder actuase con dolo, astucia o fraude, engañando al acreedor, ya que la finalidad de la norma es amparar la debilidad de la mujer y no ayudar a su astucia, proteger a las engañadas y no a las engañadoras (D. 16, 1, 2, 3):

*Sed ita demum iis subvenit, si non callide sint versatae. Hoc enim Divus Pius et Severus rescripserunt; nam deceptis, non decipientibus opitulatur. Et est et graecum Severi tale Rescriptum. Decipientibus mulieribus dogma Senatusconsulti non auxiliatur; infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit.*

Pero solamente las auxilia, si no hubieran procedido con malicia. Porque el Divino Pío y Severo contestaron esto por escrito; pues se auxilia á las engañadas, no á las que engañan. Y existe también en griego tal rescripto de Severo: “El precepto del Senadoconsulto no auxilia á las mujeres que engañan” porque mereció el auxilio la debilidad, no la malicia de las mujeres.

Casos concretos que nos ofrecen las fuentes son: el de la mujer que consiente en que el marido dé en prenda bienes de ella como si fuesen del mismo marido o dé en prenda una cosa suya como si fuese ajena para garantizar la deuda de otro (C. 4, 29, 5):

*Si sine voluntate tua res tuae a marito tuo pignori datae sunt, non tenentur. Quod si consensisti obligationi sciente creditrice, auxilio senatusconsulti uti potes. Quod si patientiam praestitisti, ut quasi suas res maritus obligaret, decipere voluisti mutuum pecuniam dantem, et ideo tibi non succurretur senatusconsulto, quo infirmitati, non calliditati mulierum consultum est.*

Si cosas tuyas fueron dadas en prenda por tu marido sin tu voluntad, no quedan obligadas. Pero si consentiste en la obligación sabiéndolo la acreedora, puedes utilizar el beneficio del Senadoconsulto. Más si prestaste tu aquiescencia para que tu marido obligase como tuyas las cosas, quisiste engañar al que daba el dinero en mutuo, y por lo tanto no se te amparará por el Senadoconsulto, con el que se atendió á la debilidad, no á la astucia de las mujeres.

También los casos en que la mujer actúa como persona interpuesta o a través de persona interpuesta para engañar al acreedor, aunque en estos casos, como ya se ha visto, no es necesario invocar el dolo para excluir los efectos de la intercesión.

- d) Las mujeres que después del afianzamiento llegaron a ser deudoras principales de la obligación. Esta regla más que una excepción al beneficio, supone que la mujer se ha convertido en deudora principal y no puede ejercitarlo como tal deudora principal, ya que la fianza se ha extinguido por confusión.

El derecho romano y los tratadistas del derecho común admitieron otras excepciones no recogidas en la Compilación. Algunos ya han sido considerados como supuestos que excluyen la intercesión, como el hecho de que ésta no haya sufrido ningún daño o que se haga cumpliendo un *officium petatis*. Otros, ya en los años 60 eran imposibles legalmente como la validez de la intercesión hecha bajo juramento, derivada del derecho canónico. En cuanto al caso de que la mujer renueve su intercesión pasados dos años después de haberla hecho por primera vez, establecido por Justiniano también ha de entenderse suprimida ante el silencio del texto legal. La facilidad de la renuncia suple fácilmente esta excepción. La eficacia de la prohibición del art. 321 puede considerarse muy atenuada, gracias a todos esos recursos. Otra cosa ocurre con la prohibición del art. 322.

#### Las excepciones a la prohibición especial de interceder la mujer por el marido en el artículo 322.

El art. 322 declara nulas “de pleno derecho toda fianza o intercesión de la mujer casada a favor de su marido”. La primera observación es que aquí no hay duda de que se trata de una nulidad absoluta con todas las graves consecuencias que ella conlleva. Al autor Ángel Latorre le parece evidente que la frase “toda fianza o intercesión” no permite excluir más que aquellos actos que no son calificados de intercesión. No cabe limitarlas a un cierto tipo de ellas, por ejemplo, a las fianzas civiles, sobre todo después de la orientación última de la jurisprudencia respecto a la aplicación de estas prohibiciones a los actos de comercio.

La ley establece sólo dos atenuaciones a esta rigurosa regla general. La primera es “que el importe del crédito se hubiese invertido en utilidad de ella misma”. La atenuación procede de la misma Novela 134, cap. 8 y había sido ampliamente admitida en la jurisprudencia anterior a la Compilación (S. T. S. 16 noviembre 1915; 13 diciembre 1919; 8 junio 1926). A pesar del tenor literal del precepto que habla de inversión del crédito hay que entender en un sentido amplio, es decir, siempre que la intercesión redunde en provecho de la mujer. Podría entenderse que en realidad estamos ante un supuesto que excluye la intercesión. Sin embargo en este caso era conveniente y necesario incluir esta hipótesis en la Ley, porque al declararse nula de “pleno derecho” la intercesión podría plantearse el caso siguiente: Una mujer intercede por su marido sin que inicialmente redunde el negocio en utilidad de ella. La intercesión es por tanto nula.

Posteriormente el dinero obtenido en el préstamo (supongamos que se trata de un préstamo) se dedica íntegramente a mejorar una finca de la mujer. En este caso no se da exclusión de la intercesión sino convalidación de la misma y la convalidación de un acto nulo requiere la expresa disposición de la ley.

La segunda atenuación que ya ha sido examinada es la conversión de las obligaciones solidarias con el marido en obligaciones mancomunadas simples. Las obligaciones mancomunadas simples no suponen garantía recíproca y por ello son válidas las hipotecas constituidas conjuntamente por marido y mujer solos o con otros partícipes, si la obligación garantizada es mancomunada y proporcional a sus respectivas cuotas o derechos en la cosa hipotecada. Aparte esas leves correcciones, la prohibición del art. 322 es tajante.

#### La auténtica *si qua mulier* en la tradición jurídica catalana.

Estas prohibiciones entraron en Cataluña, como en todos los países en que han regido, con la recepción del Derecho romano. Que hacia el siglo XIII debían considerarse vigentes lo prueba las restricciones especiales que le aportaron algunas fuentes de Derecho local, como el *Recognoverunt Proceres* o el Llibre de les Costums de Tortosa. Pero en la época de los grandes juristas clásicos la situación parece distinta. Estos juristas operan dentro del grandioso sistema del Derecho común romano canónico, es decir, de un sistema en que se combinaba con gran libertad y de acuerdo con las necesidades de la época, el Derecho romano tal y como fue entendido en las escuelas medievales, el Derecho canónico y el Derecho propio de cada país.

La flexibilidad extraordinaria del Derecho común había permitido esterilizar en la mayoría de los casos las disposiciones del Senadoconsulto Veleyano y de la Auténtica, por tres medios distintos.

- A) La validez de la obligación de la mujer contraída bajo juramento. Una decretal (cap. 8, X, *de iure iurando*) reconocía precisamente la validez de una fianza de la mujer por su marido hecha bajo juramento. Téngase en cuenta que en éste como en otros casos, el juramento, al margen de su significado religioso, opera con un medio técnico arbitrado por los juristas para dar validez a actos que con arreglo al Derecho romano serían nulos.
- B) La aplicación a la *Auténtica si qua mulier* de casi todas las excepciones admitidas para el Senadoconsulto Veleyano. A partir de la Glosa, los juristas medievales entendieron que salvo el caso de la renovación después de dos años de la primera intercesión, expresamente excluido por la Novela 134, todas las demás excepciones se aplicaba al caso de la intercesión por el marido.
- C) La posibilidad de la renuncia no sólo del Senadoconsulto sino también de la Auténtica, aunque para ésta a veces se exigía el juramento. Este procedimiento se convirtió en

rutinario hasta el punto de que, por ejemplo, en Francia Enrique IV en un edicto de 1606 la consideró hecha siempre derogando prácticamente la prohibición.

Fontanella advierte que es válida la intercesión de la mujer por el marido hecha bajo juramento, y de hecho considera que ésta era la práctica normal, pues es el único caso que examina.

Dice Fontanella (Cl. VII, Glossa 2, Pars XIII, n.º. 27):

*“Solum adverte que meo jure et secundum illius rigorem obligatio et firma mulierum iuratae quae fiunt pro maritis valent et tenent sine difficultate, absque aliqua spe rescissionis aut retractationis, quantum per eas amittant omnia bona et fiant pauperes ac remaneant indotatae, eorum modo quo in firmis et obligationibus aliorum quorumque non minorum, nec alias privilegiorum, habetur.”*

El principio es tajante. La intercesión de la mujer por su marido es perfectamente válida si es hecha bajo juramento. Fontanella, sin embargo, considera que ésta es la regla según el rigor iuris, pero *ex benignitate* cabe la posibilidad de que en algunos casos la intercesión se anule, obsérvese, por tanto, que el problema que se plantea el gran jurista es distinto del que planteaba en los años 60. En los años 60 preocupaba el hecho de eludir la prohibición que se estimaba injusta. Fontanella, partiendo del principio de que la prohibición es prácticamente inoperante por el uso del juramento, se enfrenta con la cuestión de si debe mantenerse en algunos casos. Fontanella, de acuerdo con el espíritu y los hábitos sociales de la época, señala dos: uno es que la intercesión se haga por coacción del marido; el otro es que dañe gravísimamente a la dote.

Respecto al primer caso, se trata de la aplicación del principio general de que la obligación contraída por *metus* o intimidación es anulable. En el caso de la mujer, el riesgo de coacción del marido es mayor y su existencia más difícil de probar. De aquí que tanto los juristas como el Senado catalán (La Real Audiencia de Catalunya) hilasen muy fino en la cuestión. Según la sentencia del Senado de 9 de diciembre de 1567, La coacción se presumía si el marido acostumbraba a maltratar a la mujer o era de condición áspera, severo e iracundo y la trataba *“excedendo modum maritalem”*. No bastaba en cambio el simple temor reverencial, es decir, el temor de incurrir *in odium et indignationem mariti*, si no existían otras circunstancias que hiciesen presumir la coacción (Cl. VII, Glossa 2, Pars VI, n.º. 54-63).

El segundo caso trata sobre que esa coacción se presumiría siempre y la obligación de la mujer por su marido era anulada, cuando la intercesión llevaba aparejada el riesgo de perder toda la dote o su mayor parte (*laesio enormissima*) porque hay que suponer que la mujer no se va a inferir ese gravísimo daño voluntariamente. En realidad, más que esta razón el hecho decisivo es la protección plena a la dote que domina la concepción jurídica de la época. Que las mujeres no quedaran indotadas era de interés público y para proteger la dote *“multa admittuntur contra*

*rigorem iuris*". Razones de orden moral reforzaban este principio. La mujer que pierde la dote en el primer matrimonio, caso de quedar viuda, no podrá contraer segundas nupcias y es posible que "*incidat in tentationem*" (Cl. VII, Glossa 2, Pars VII, número 6). Y a tanto llega esta preocupación por conservar la dote que incluso se prohíbe la fianza de la mujer para sacar al marido de la cárcel, aunque sea hecha bajo juramento, siempre que por esa fianza la mujer corra el riesgo de perder su dote. Dura regla que el humanísimo Fontanella deplora vivamente, pero que considera vigente a pesar de alguna vacilación de la doctrina (Cl. VII, Glossa 2, Pars VII, nº 35 y ss).

Los juristas clásicos catalanes habían reducido así el campo de aplicación de la Auténtica, ciñéndolo a los casos en que podía estar justificado por las circunstancias de su tiempo. Esta misma tendencia restrictiva se recoge en los manuales de Arte Notarial del siglo XVII, como los de Gibert y Comes que consideran renunciabile la Auténtica. Todavía en la edición de 1875 del libro de Gibert, su anotador Falguera, titular de la última cátedra de Notaría que existió en Barcelona, advertía que "la práctica ha autorizado la renuncia a la Auténtica y de tal forma que ésta se añade a la del Senadoconsulto Velezano en todas las fianzas que haga la mujer aunque se a favor de un extraño.

En ese momento la opinión de la doctrina dio un giro a favor de una aplicación rigurosa de la prohibición. El hecho decisivo fue probablemente la Memoria de Durán y Bas (1883) en que el gran jurista incluye la prohibición entre las instituciones de Derecho catalán que se debe conservar y afirma que es irrenunciabile aun bajo juramento. La opinión de Durán y Bas será citada por la Dirección General de Registros (R. 18 MARZO 1896) y pasará a ser *communis opinio* de la doctrina catalana de los años 60. De acuerdo con ella, la prohibición pasa a la Compilación.

Esta revitalización de la Auténtica ilumina bien algunos fenómenos muy conocidos de la moderna evolución del Derecho catalán. De una parte, la fuerza del "romanismo", es decir de la concepción de ese Derecho fundamentalmente como Derecho romano, modificado en puntos concretos por disposiciones canónicas y del Derecho propio catalán, que se desarrolla a partir de Finestres<sup>4</sup> y que toma aún mayor vuelo por el resurgimiento de los estudios romanísticos en el siglo XIX y por la influencia de Savigny<sup>5</sup>, en la formación de los principales juristas catalanes de esta época.

Ahora bien, es cierto que muchas de las interpretaciones que del Derecho romano hacían los autores, la tarea no era la "reconstrucción" del Derecho romano en su evolución histórica, sino la "construcción" sobre sus materiales, con ayuda del Derecho canónico y con una gran libertad de acción, de un sistema jurídico coherente y adaptado a las necesidades de su tiempo. Por otro lado, influyó también la fuerza de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, aplicando el

antiguo Derecho de Castilla, en que la prohibición regía por virtud de la ley 61 de Toro<sup>3</sup>, había entendido con la mayoría de la doctrina que era irrenunciable.

El mismo criterio había aplicado a Navarra, donde la situación, por lo demás, no era idéntica a la de Catalunya ya que en aquel Reino no rigió nunca el Derecho canónico como elemento integrante de su Derecho especial ni fue éste objeto de la elaboración doctrinal, propia del Derecho común romano canónico. Estos hechos, así como las circunstancias peculiares en que ha vivido el Derecho catalán desde el Decreto de Nueva Planta, impidieron que las prohibiciones del Senadoconsulto Veleyano y de la *Auténtica si qua mulier* desapareciesen al compás de la evolución social. Del mismo modo, el propio autor Angel Latorre ya comentaba en uno de sus trabajos que esas disposiciones iban a desaparecer muy pronto ya que no se adecuaban con las exigencias de la vida de entonces (años 70) y conllevaban problemas de no fácil solución.

3. Las Leyes de Toro son el resultado de la actividad legislativa de los Reyes Católicos, fijada tras la muerte de la Reina Isabel con ocasión de la reunión de las Cortes en la ciudad de Toro en 1505 (Cortes de Toro), en un conjunto de 83 leyes promulgadas el 7 de marzo de ese mismo año en nombre de la reina Juana I de Castilla.

## Derogación de la prohibición.

Para este pequeño apartado sobre la derogación de la figura que venimos tratando desde el inicio de este trabajo, me he basado en un comentario realizado por el profesor José Luís Linares en uno de sus trabajos que ha llevado a cabo sobre el tema de la prohibición de interceder de la mujer a favor de su marido.

Así pues, con el fugaz precedente de la Ley catalana de 19 de junio de 1934 sobre capacidad jurídica de la mujer casada y de los cónyuges, cuyo art. 7 establecía: «Quedan expresamente derogadas las disposiciones de excepción en favor de la mujer, que consignan el *Senatus consultus Velleianus*, la Auténtica *si qua mulier*, el capítulo 8 de la novela 134 [en materia de intercesión de la mujer a favor del marido]

“Justiniano, en la Novela 134, cap. 8, de la cual se formó la auténtica *Si qua mulier* del Cod., Ad S. C. Velleyan, IV, 29, declaró nulo todo acto de intercesión de la mujer á favor de su marido en el cual obligue su persona o bienes, consignándolo en documento público o privado, excepto si resultare utilidad de la misma mujer”

Y el capítulo XI del *Recognoverunt proceres* [deuda conjunta de la mujer y el marido]

*“Item que la mujer que se obliga junto con el marido en el contrato de mútuo ó de depósito no está obligada a pagar, mientras basten los bienes del marido; y en falta del marido está obligada á la mitad, y esto por más que jurare y renunciare al beneficio del Senadoconsulto Vellellano, y al derecho de su hipoteca (sc. la hipoteca legal).”*

*“Mas en cuanto á obligarse la mujer por un tercero y por las obligaciones de su marido, se observan las leyes de derecho Romano, y así es que en todas las escrituras en que las mujeres intervienen en las obligaciones de otros, se les hace renunciar regularmente al beneficio del Senado-consulto Velleyano [sic], y si intervienen por su marido á la auténtica *Si qua mulier*: siendo de advertir que en Barcelona en las obligaciones de mutuo y depósito, la mujer que se obliga con el marido no está obligada á pagar mientras basten los bienes del marido, y en defecto de estos está solo obligada á la mitad por más que hubiere intervenido juramento y renunciado al beneficio Velleyano [sic] y al derecho de su hipoteca. Véase el cap. 11 del recognoverunt proceres ley 1, tít. 13, lib. 1 del 2 vol. [Pág. 312].”*

Y la costumbre I, párrafos 1 y 2, rúbrica VII, del libro IV del Llibre dels costums escrits de la ciutat de Tortosa. Prohibición de interceder y *praesumptio Muciana* cayeron definitivamente (junto a otras piezas tradicionales) del Decreto legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el cual se

aprobaba el texto refundido de la Compilación, en uso de la autorización contenida en la Ley 13/1984, de 20 de marzo, que tenía por objeto adaptarla a los principios constitucionales». El impacto de esta “Gleichberechtigungsnovelle”<sup>4</sup> es muy profundo: supera la dinámica compilatoria y prefigura la evolución reciente del Derecho civil de Cataluña.

Un ejemplo para demostrar que la figura que prohibía la intercesión de la mujer a favor de su marido no era algo único de la compilación de los años sesenta sino que también se encontraba en otros textos legales extranjeros, se demuestra con el artículo 177 del código civil suizo del año 1907<sup>5</sup> el cual establecía lo siguiente:

“Married persons shall have power to enter into juridical acts with each other.

Juridical acts between married persons concerning the contributed property by the wife, or the common property of the union, require for the validity the consent of the Courts of Guardianship.

The same consent is requisite for the obligations entered into by the wife in favor of the husband, so far as they concern third persons.”

Que viene a decir lo siguiente:

Las personas casadas tendrán facultad para celebrar actos jurídicos entre sí.

Los actos jurídicos entre las personas casadas en relación con la propiedad aportada por la esposa, o la propiedad común de la unión, requieren para la validez del consentimiento de las Cortes de Tutela (Tribunales).

El mismo consentimiento es requerido por las obligaciones contraídas por la mujer a favor del marido, hasta el momento en que se refieran a terceras personas.

Vemos pues, como esta figura también se encontraba regulada en el artículo suizo del año 1907 estableciendo éste que los actos jurídicos entre las personas casadas y en concreto las obligaciones contraídas por la mujer a favor del marido necesitaban la aprobación de los Tribunales para poder ser eficaces. Posteriormente, este artículo fue derogado en el año 1988 como también ocurrió aquí en el año 1984.

4. Equivale a una Ley de reforma del CC Suizo con efecto equiparador (de los cónyuges).

5. En la versión inglesa que hemos podido consultar en: <https://archive.org/details/cu31924071237147>

## Orígenes de la fianza en el Derecho Romano Clásico y en el Derecho actual.

Me pareció conveniente realizar un pequeño apartado en este trabajo para comentar brevemente los orígenes romanos de la fianza para así poder ver con claridad en qué consistía, así como remarcar sus características principales y de ese modo ver la evolución que ha tenido la fianza hasta nuestros días, destacando también los requisitos necesarios para ser fiador.

Así pues, al ver de dónde proviene esta figura, no solo vemos la fianza en sí, sino también el difícil y arriesgado papel que ha jugado siempre el fiador y así finalmente hablar de la gran necesidad que hay en que se proteja mucho más su situación.

Para este apartado me han sido de gran utilidad los comentarios de varios autores ilustres como por ejemplo los del autor Tomas Rubio Garrido sobre el derecho privado y en concreto sobre la fianza, el autor José Luis Lacruz Verdejo que nos habla sobre derecho de obligaciones y finalmente el autor Joan Miquel que trata el derecho romano privado.

La garantía personal romana; por la Fianza una persona responde de una deuda ajena con el propio patrimonio. La fianza no es propiamente un contrato, es decir una forma jurídica, sino más bien una finalidad económico-social, que se logra con los medios jurídicos más diversos.

Algunos datos típicamente romanos sobre la fianza eran:

1.- La escasa capacidad negocial que se le reconoce a las mujeres casadas y la prohibición de donación entre cónyuges:

a) Como ya he expuesto en el principio del trabajo, se le prohibía a la mujer casada interceder en cuanto a la fianza de terceros y prestar garantías reales o ser deudora correal o colocarse en puesto del deudor. Si bien el negocio de la mujer no era nulo, y el Pretor concedía a la mujer una *exceptio*.

b) Prestar una fianza para los romanos, se definía como la adición de un nuevo deudor a la obligación afianzada.

2.- También entendían que en la fianza mediante la novación con uno de los deudores solidarios, se liberaran los restantes codeudores.

3.- También en la fianza exigían que el fiador se comprometiera a cumplir lo mismo que “había prometido” el deudor principal (*id quod titius promisit*).

→ Accesoriedad de la fianza: La obligación del fiador depende de la existencia de la obligación del deudor principal.

→ Subsidiariedad de la fianza: El fiador responde después del deudor principal.

4.- Posteriormente el efecto de la *litis contestatio*, se forma la *fideiussio indemnitis*, que es una estructura en cierto modo condicional, que permite que el acreedor sólo pueda reclamar al fiador lo que no hubiera recabado del deudor principal.

En el Derecho Romano de Justiniano:

Supone una evolución de la fianza romana.

Principalmente por varias razones, que diferencian ambos regímenes Clásico y Justiniano.

1. En relación con la *Bona Fides*, el juez irá permitiendo que el fiador oponga la transacción alcanzada por el deudor principal y acreedor a través de la *Exceptio Doli* (por ejemplo el fiador podía oponer una compensación a que el deudor principal tuviera derecho)
2. En el supuesto en que la obligación principal, se hace imposible por *factum* o mora del fiador; cambia de régimen:
  - a) Mientras que en el Derecho Clásico por las reglas de la solidaridad pasiva, se disponía que el garante respondía y el otro *reus* se liberaba.
  - b) Ahora, la responsabilidad del garante se asienta, no en la estipulación de garantía, sino en la *actio de dolo* (acción por dolo) o *restitutio in integrum* (acción de restitución).
3. Para los romanos la obligación de solidaridad, la imposibilidad sobrevenida imputable a uno de los codeudores determina la *perpetuatio obligatione*, sólo respecto a él; extinguiéndose para con los otros el vínculo obligacional.

En cambio, en la garantía personal, con Justiniano ahora la mora o culpa del deudor principal extiende sus efectos al garante.

4. La *fideiussio* justiniana, ha superado la no accesoriedad de las viejas *Sponcio* y *fidepromissio*.

Esta evolución fue fruto de una mayor calidad jurídica y de las exigencias de una sociedad desarrollada, en la que la garantía personal jugaba un papel de primer orden.

### Concepto de fianza

La fianza es la figura típica de la garantía personal. Consiste en la constitución, junto a la obligación garantizada, de otra de igual contenido en cabeza de un segundo deudor y sujeta a un régimen característico. De este modo se proporciona al acreedor mayor probabilidad de ver satisfecho su interés, ya que se amplía su poder de agresión a un patrimonio distinto del originariamente responsable.

Mientras que en las garantías reales el aumento de la seguridad de que el acreedor vera satisfecho su interés se logra mediante la sujeción específica de algún bien del deudor o de un tercero al cumplimiento de la obligación, en la fianza se excede del marco del art. 1911 CC por otro camino: haciendo que la responsabilidad señalada en dicho precepto afecte, junto al deudor, a otro patrimonio, para cuyo fin se constituye una obligación accesoria y subsidiaria en cabeza de otra persona, el fiador. Esta obligación es la que propiamente recibe el nombre de fianza, y ha sido definida teniendo en cuenta el art. 1822 CC como “obligación accesoria que, en garantía de deuda ajena, asume el fiador y debe cumplir subsidiariamente en defecto del cumplimiento de la obligación fiada.”

### Capacidad para ser fiador:

Los requisitos <ex> arts. 1828 y 1829 CC

El CC no recoge una norma específica al respecto, por ello para ser fiador sólo se requerirá la capacidad general para obligarse de los arts. 1263 y 1264 CC. Ello mismo se deriva del art. 1828 CC donde se establece que “el obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse...”

### Relaciones entre acreedor y fiador:

Cumplimiento e incumplimiento por el fiador.

El fiador cumple su obligación realizando la prestación debida, en la cuantía, modalidades y tiempo pactados.

El pago hecho por el fiador, además de extinguir la obligación fideiusoria, satisface el interés del acreedor al cumplimiento de la obligación principal por lo que pierde éste su derecho de crédito contra el deudor garantizado. Según la opinión más común, la obligación principal, sin embargo, no se extingue, sino que en ella queda subrogado el fiador, el cual adquiere también un derecho de regreso contra el deudor. (art, 1839 y 1840 CC)

Los efectos del dolo, la culpa o la mora del deudor en el cumplimiento de su obligación se propagan al fiador, el cual deberá tanto la *aestimatio rei* como daños y perjuicios, pues ello se entiende incluido entre los “accesorios” de la obligación principal a que se extiende la fianza (Art. 1827-2º CC)

#### Excepciones:

El fiador, para negar en todo o en parte el pago de lo que el acreedor le reclama, o hacerlo en condiciones más favorables que las exigidas, puede oponer todas las defensas que deriven de su propia obligación fiduciaria: desde la invalidez o ineficacia del negocio de fianza a las causas que han extinguido su deuda, pasando por los pactos que mediaron con el acreedor.

También se destaca el carácter accesorio de la obligación fideiusoria, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; más no las que sean puramente personales del deudor (art. 1853 CC y 1845 CC).

El fiador, al oponer las excepciones que competen al deudor, actúa legitimado por sustitución, ya que ejercita facultades ajenas en interés propio, lo que se le permite para impedir que el acreedor consiga del fiador más de lo que lograría dirigiéndose contra el fiador, con la indeseable consecuencia de que podría éste negar a aquel el reembolso de lo que pagó.

#### Relación entre fiador y deudor:

La disciplina del CC plantea el interrogante de si el fiador que cumple por el deudor dispone luego, frente a él, de una única acción de reembolso para cuyo ejercicio se subroga en ciertos derechos del acreedor pagado, o bien de dos acciones, una de reembolso surgida del contrato de fianza y otra resultante de la subrogación en el crédito, que puede ejercitar alternativamente. El contenido del derecho que el fiador que paga tiene contra el deudor es el siguiente (art. 1838 CC):

1. La cantidad total de la deuda (con los intereses devengados a favor del acreedor y pagados por el fiador)
2. Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.
3. Los gastos ocasionados al fiador después de poner este en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.
4. Los daños y perjuicios, cuando procedan (art. 1729 CC y 1893 CC)

El derecho a reembolsar tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor (art. 1838 CC), e incluso cuando se haya dado contra su voluntad, ya que el reembolso corresponde al fiador por serlo y haber pagado, no en razón de sus relaciones con el deudor.

### **Situación de desprotección del fiador en los préstamos hipotecarios.**

Mucho se ha hablado de la situación del deudor hipotecario que, al no poder pagar, se ve abocado a un procedimiento de ejecución y al lanzamiento de su vivienda (desahucio). El legislador ha llevado a cabo una serie de reformas que pretenden garantizar la defensa del deudor y facilitar el pago. Sin embargo, ha inobservado la figura del fiador y la situación de desamparo en que puede quedar, por la ejecución al deudor de su hipoteca.

El supuesto típico es un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual en que el banco exige la fianza de personas cercanas al comprador. Cuando el deudor no puede pagar, el piso se subasta adjudicándose al banco por una cantidad menor a la debida, reclamándose posteriormente al fiador la diferencia.

Es claro que tanto el comprador de vivienda habitual como su fiador son consumidores y por tanto la hipoteca y fianza entran dentro del ámbito de la contratación de consumo. También hay que tener en cuenta que la apreciación de abusividad no puede referirse al objeto del contrato, por lo que no podemos discutir el afianzamiento en sí, si no el alcance de éste.

Si tenemos en cuenta el clausulado de la mayoría de contratos de este tipo, vemos que:

- a. Se trata de cláusulas no negociadas individualmente.
  
- b. Se da una asimetría en las relaciones contractuales pues los fiadores intervienen gratuitamente por vínculos de confianza con el deudor pero el contrato no es con este, sino con el banco.
  
- c. La intervención de los fiadores es una exigencia del banco, bien para cubrir el déficit de valor de la finca con respecto de la suma prestada, o bien para trasladar riesgos propios al consumidor, pudiendo competir así en mejores condiciones respecto de otros bancos –menos riesgo, menos intereses-.

d. No se aplican en la escritura de hipoteca con fianza medidas específicas de información o protección a los fiadores.

e. Estos contratos de fianza dejan a los consumidores en situación inferior a la establecida en la ley, pues responden igual que los deudores y el artículo 1830 CC da una solución distinta al no permitir ir contra el fiador sin antes hacer excusión de bienes del deudor.

Estos razonamientos permiten plantear la nulidad, no de la fianza, sino de su extensión.

Una sentencia que nos ayuda a ver con claridad la gravedad del problema es la del 2 de octubre de 2014 por el Juzgado número 1 de lo Mercantil de San Sebastián que anulaba una cláusula de fianza incluida en un préstamo hipotecario por considerarla abusiva. Se trataba de un aval prestado por los padres de la deudora principal, con carácter solidario respecto de la deudora y con renuncia expresa a los derechos de orden, división y excusión, lo cual implicaba en la práctica que los avalistas respondían en las mismas condiciones y de la misma forma que la deudora principal del contrato.

La sentencia aborda dos cuestiones diferentes. En primer lugar, resuelve una cuestión procedimental relativa a si es posible controlar judicialmente por un tribunal español el carácter abusivo de una cláusula de afianzamiento o aval, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993<sup>5</sup>, según el cual la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no puede referirse a la *“definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, ni tampoco a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*. Esto no obstante, la propia Directiva citada permite en su considerando duodécimo que los Estados miembros establezcan, dentro del respeto a los tratados de la CEE, una protección más elevada para los consumidores mediante normas nacionales más estrictas que las de la Directiva.

6. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En definitiva, que la protección a los consumidores que establece en esta materia la Directiva 93/13/ tiene el carácter de protección de mínimos, que puede ser ampliada por los Estados miembros por medio de sus legislaciones nacionales, siempre que las normas de protección que se adopten no se opongan a los tratados constitutivos de la CEE.

Esta primera cuestión de carácter formal es resuelta por el Juzgado Numero 1 de lo Mercantil de San Sebastián en el sentido de considerar competentes a los tribunales españoles para apreciar la abusividad de la cláusula de fianza o aval, al amparo de lo dispuesto en la Directiva señalada y en la legislación nacional que la traspuso al ordenamiento interno, por dos razones que pasamos a exponer. Por un lado, por considerar que una cláusula de fianza pactada en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en ningún caso puede considerarse como *definición del objeto principal del contrato* en los términos de la Directiva 93/13, sino como un elemento accesorio que se añade al objeto principal que es el préstamo. Por otro lado, apoyándose entre otras en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (caso relativo a la nulidad de la cláusula de redondeo), considera que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que dicho artículo no se opone a la existencia de una normativa nacional como la española que autorice el control judicial del carácter abusivo de una cláusula contractual, aunque dicha cláusula se refiera a la definición del objeto principal del contrato, a la adecuación entre precio y retribución o a los bienes y servicios que constituyan la contrapartida y haya sido redactada de manera clara y comprensible.

La segunda cuestión que resuelve la sentencia se refiere al tema de fondo planteado por la parte demandante, a saber, si una cláusula de fianza en la que los avalistas renuncian a los beneficios de orden, excusión y división, se acomoda a lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y en la legislación española que la traspone al ordenamiento interno y que no es otra que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la legislación de protección de los consumidores y usuarios vigente en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario.

La sentencia afirma que el criterio seguido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es que la protección que presta la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor está en situación de inferioridad respecto del profesional de la contratación, tanto en *capacidad de negociación* como en *nivel de información*, lo que lleva al consumidor a adherirse a condiciones redactadas unilateralmente por el profesional en las que no puede influir en modo alguno. De acuerdo con dicha jurisprudencia, para ponderar si una cláusula es abusiva habrá que ver si deja al consumidor en una situación jurídica más desfavorable y claramente desproporcionada respecto del profesional, y si el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en el marco de una negociación individual con el profesional en la que éste le hubiera tratado de forma leal y equitativa.

La sentencia analizada considera que la cláusula de fianza debatida tiene el carácter de condición general de la contratación en los términos del artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Por otro lado, el artículo 8 de la misma Ley considera nulas las condiciones generales que sean abusivas, y entiende por abusivas en todo caso aquéllas a que hacen referencia el artículo 10-bis y la Disp. Ad. 1ª de la Ley 26/1984, vigente en el momento de la firma del préstamo hipotecario. En concreto, la Disp. Ad. 1ª considera abusiva *la imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor*.

Sobre la base de las normas señaladas y del criterio jurisprudencial apuntado, la sentencia prosigue que el fiador que otorga una fianza solidaria con renuncia a los derechos que le asisten según el Código Civil, se coloca en una posición idéntica al del deudor principal, situación que presumiblemente no fue realmente querida por el fiador y que, en cualquier caso, es desproporcionada al producirse una superposición de garantías en favor del acreedor: la personal del deudor (artículo 1911 CC), la hipotecaria y la personal del avalista. De acuerdo con la sentencia, una persona suficientemente informada y con capacidad de negociación frente a la Entidad de Crédito, en ningún caso habría aceptado una cláusula que le colocara en semejante situación jurídica. Por todo ello, el Magistrado-Juez falló en el sentido de considerar que la cláusula debatida es abusiva y debe declararse nula.

Así pues, vemos como en situaciones como ésta, que se repiten constantemente, el fiador debe responder ante el acreedor obligatoriamente y casi desinformado y sin disponer de garantías suficientes.

El fiador pues, se encuentra en una situación muy desfavorable y realmente vemos que no existe una Ley que se preocupe de garantizarle una serie de garantías que le ayudarían a no encontrarse desamparado cuando tiene que responder por el deudor y creemos que es algo totalmente necesario de prever ya a las alturas del Siglo en el que nos encontramos.

## Conclusiones:

La sociedad romana, como todas, estaba basada en la desigualdad, girando según los diferentes períodos en torno a libres/esclavos, patricios/plebeyos, *honestiores/humilliores*, dominadores/súbditos, ciudadanos/no ciudadanos y hombres y mujeres. En este sentido, podemos afirmar que la mujer en Roma, como en la mayor parte de los pueblos antiguos, no está equiparada al hombre y, desde el punto de vista jurídico, se encuentra en una posición de inferioridad respecto a éste, debido a causas de muy diversa índole.

Además, ha de añadirse que nos encontramos con un Derecho, el Derecho romano, hecho por y para los hombres, un Derecho eminentemente patriarcal. Los propios romanos eran conscientes de que se trataba de un Derecho que obligaba a todos, hombres y mujeres, pero cuyo origen se encontraba en el elemento masculino, como se desprende de una frase de Papiniano donde reconoce la inferior condición jurídica de las mujeres respecto de los varones, cuando dice (D. 1.5.9):

*In multis iuris nostris ariculis deterior est condicio feminarum quam masculorum*

En muchos artículos de nuestro derecho es peor la condición de las mujeres, que la de los varones.

Lo que permite decir a Ulpiano (D.1.9.1):

*Maior dignitas est in sexu virili*

Hay mayor dignidad en el sexo viril.

Por ese motivo, la mujer sufría muchas limitaciones tanto en el derecho público como en el derecho privado. De todos modos, se ha discutido en la doctrina si algunas de estas limitaciones tuvieron una finalidad protectora de la mujer o si fueron, por el contrario, prohibiciones establecidas contra ella, para frenar la emancipación femenina. Ahora bien, tal vez la motivación principal de muchas de estas limitaciones se encuentre en el sistema patriarcal en que se veían inmersas y, como indicaba Paulo, en (D.16.1.1.1):

*Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis, et pleraque ipso iure non valent, ita multo magis adimendum iis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris.*

Porque así como por costumbre se privó a las mujeres de los oficios civiles, y los más de derecho no son válidos, con mucha más razón se les hubo de quitar este oficio, en el que habría lugar no sólo al trabajo y al mero ministerio de ellas, sino también a riesgo de los bienes de la familia.

Del mismo modo, la figura que prohibía a la mujer ser fiadora de su marido o de otra persona, siguió vigente en la compilación de los años sesenta y ésta fue vigente durante muchos años hasta que en el año 1984 quedó finalmente derogada ya que con los años se vio que dicha figura se adecuaba cada vez menos a las concepciones y usos sociales más modernos. Así pues, paulatinamente la situación jurídica de la mujer se fue equiparando a la del varón.

Finalmente quisimos poner de relieve la necesidad que hay de que se proteja genéricamente la figura del fiador hoy en día ya que se encuentra sumamente desamparado y a la suerte del deudor dado que se sitúa en su misma posición jurídica frente al acreedor. Hemos visto que el consumidor tiene una serie de leyes que le protegen frente al empresario profesional pero no vemos leyes que se dediquen exclusivamente a contemplar la frágil figura del fiador y es algo que junto a mi tutor del trabajo final de grado creemos que se debería tener muy presente.

## **BIBLIOGRAFIA.**

BADOSA COLL, FERNANDO. *Revista Jurídica de Cataluña: La intercesión de la mujer casada catalana. Comentario al art. 322 de la Compilación.* Barcelona, 1970.

DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS. *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, editorial Tecnos, Madrid, 1974.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICIENCIO, FRANCISCO. *Revista Jurídica de Cataluña: Fianza e intercesión de la mujer casada a favor de su marido*, Barcelona, 1970.

GARCÍA DEL CORRAL. *Traducciones del Corpus iuris y las Instituciones de Gayo.*

GARCÍA GARRIDO, M. *Ius uxorium: El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma – Madrid, 1958.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS. *Derecho de obligaciones: Volumen II.* Tercera edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2005.

LINARES PINEDA, JOSÉ LUÍS. *Una pieza del inventario institucional romanístico de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1960: La prohibición de interceder del Senatus consultum Velleianum (mediados del s.I).* Que podemos consultar en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3936575/2.pdf>

LATORRE, ÁNGEL. *Revista Jurídica de Cataluña: Algunas observaciones sobre los arts. 321 y 322 de la Compilación*, Barcelona, 1970.

PUIG I FERRIOL, LLUÍS. *L'estat civil de dona casada segons el dret civil vigent a Catalunya*, Barcelona, 1971.

POLO DIEZ, ANTONIO. *Revista Jurídica de Cataluña: La norma que prohíbe la fianza e intercesión de la mujer casada catalana en favor de su marido no es aplicable a las obligaciones mercantiles*, Barcelona, 1970.

RUBIO GARRIDO, TOMÁS. *Colección de Estudios de Derecho Privado: Fianza solidaria, solidaridad de deudores cofianza.*

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo.

España. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

España. Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

España. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Suiza. Código Civil Suizo de Diciembre de 1907. Que podemos consultar en:  
<https://archive.org/details/cu31924071237147>

Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Sentencia. Juzgado número 1 de lo Mercantil de San Sebastián. 156/2014 de 2 de octubre.

Sentencia. Tribunal Supremo. 1968/3607 de 28 de junio.

Sentencia. Tribunal Supremo, 29 de diciembre 1898.

Sentencia. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de Junio de 2010, C-484/08.