

Algunas reflexiones
sobre la *lex commissoria*
y su prohibición ulterior en el *pignus*

José Luis ZAMORA MANZANO

(Universit  de Las Palmas de Gran Canaria)

1. Breve aproximación a la lex commissoria

Como es sabido, son oscuros los orígenes y la evolución histórica del *pignus* si bien sabemos que sustituyó a la fiducia *cum creditore*. De las fórmulas contenidas en el Edicto del pretor se desprende el valor y la importancia de este derecho real de garantía y el compendio de facultades que implica desde su doble óptica: como derecho real de garantía y contrato que garantiza la obligación principal. En las presentes líneas pretendemos abordar algunos aspectos de las facultades que se determinan por la relación convencional constitutiva del derecho de prenda, y en concreto los efectos de la *lex commissoria*¹. En ese afán de las partes intervinientes en el contrato

¹ Desde el punto de vista etimológico el término *co-mittere* proviene de *mittere* y significa cometer, encomendar y decomisar, en nuestro caso aplicado al *pignus* por el que el deudor al *cum-mittere* el impago su objeto pasa a ser propiedad del acreedor pignoraticio. DIRKSEN, *v.commissorius Manuale Latinitatis fontium iuris civiles romanorum*, Berlin 1837, p.166. WALDE-HOFFMAN, *Lateinisches etymologisches w rterbuch*, Heidelberg 1938, p. 254. *ibidem* ERNOUT-MELLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine*, Paris 1959. NIERMEYER, *Mediae Latinitatis Lexicum*, Leiden 2002, p.285. *Committere proprie est insimul mittere: nunc eo utinur et pro facere aut pro linquere, aut pro incipere* en idetica etimología la encontramos en la expresión griega □□□□□□□□□□.

por buscar fórmulas económicas de protección del crédito como la *fiducia* o el *pignus*, se articulan una serie de convenciones como el pacto comisorio, que en muchos casos constituye un verdadero escollo para la parte más débil de la relación crediticia. No son muchas las instituciones jurídicas de Derecho privado que tienen tanto abolengo como el pacto comisorio² y su posterior interdicción en defensa del deudor.

Esta facultad permite al acreedor pignoraticio convertirse en propietario de las cosas dadas en prenda si el deudor en un plazo determinado no cumple con la obligación.

La prenda nació probablemente como un medio de coacción pero en ningún caso represivo sino preventivo garantizando la eventualidad de un incumplimiento, de ahí la aparición de pactos como el que es objeto de nuestro estudio.

Esta facultad convencional tiene su reflejo en las fuentes, en concreto partimos de un texto de Marciano, contenido en D.20.1.16.9:

Potest ita fieri pignoris datio hypohecaeve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Como la lectura del fragmento permite deducir, en él se refleja básicamente el medio con el que cuenta el acreedor para satisfacerse con el bien que el deudor le ha entregado en garantía, en este caso condicionado al incumplimiento y una vez producido éste al justo precio que haya de estimarse *possideat rem iusto pretio tunc aestimandam*³. Con ello ante la falta de cumplimiento la posesión del acreedor pignoraticio deviene en propiedad, perdiendo la acción el

Thesaurus linguae Latinae v. Committere, vol III., Lipsiae 1906-1912 col 1900.

² Debemos tener presente que a pesar de su origen común tanto para la prenda como para las ventas como pacto garantista que permitía apropiarse de lo entregado y dejar sin efecto el contrato en el supuesto de impago, con el correspondiente *commisum* de su derecho, después de la prohibición de Constantino éste queda vetado en el contrato de prenda y se mantiene en la compraventa en favor del vendedor a fin de recuperar el objeto en caso de incumplimiento. Por tanto actúa como cláusula de vencimiento LEONHARD, v. *lex Commissoria* PWRE,4,1, Stuttgart 1900, col 769.

³ LEVY-RABEL, *Index Interpolationum* I, Weimar, 1929, c.387

deudor para reclamar la entrega del objeto por no haberse producido el pago de la obligación.

Como pone de manifiesto Bianca⁴ la prenda nace como una suerte de retención, teniendo el acreedor insatisfecho el derecho a vender el bien cuando hubiese estado expresamente convenido. El *pactum vendendi*, en el cual no nos vamos a centrar, se entiende implícitamente establecido aunque en el contrato no se hubiese previsto⁵ o éste hubiese quedado excluido.

El problema que plantea esta convención pignoraticia es su relación con la *lex commissoria* aplicada a las ventas. Tanto Costa⁶ como Stein⁷, como apunta Biscardi⁸, son la excepción a la opinión común de la doctrina que consideran el pacto aplicado al *pignus* o a la venta como dos institutos singulares del todo o *cuasi*, independientes el uno del otro.

En su origen la *lex commissoria* aparece como una *lex dixa*⁹ en el negocio fiduciario, en ese primer estadio anterior al *pignus* constituye una cláusula unilateralmente impuesta en interés del fiduciario¹⁰ o pacto añadido a negocio de buena fe. Pero en la génesis de nuestro instituto existe un paralelismo o denominador común en su aplicación tanto como facultad convencional en el *pignus* como en las ventas y es que en ambos casos está supeditada al incumplimiento de la

⁴ C.BIANCA, N.D.I, XII,1957 p. 712 v. *patto commissorio*.

⁵ Frag.Vat. 9 *Creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit sine postea nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerint ut pecunia fenoris non soluta creditor iure empti dominium retineat, cum sortis et usurarum quantitas ad diem solundae pecuniae praestitutam certa sit.*

⁶ *Sul papiro fiorentino* n.1, BIDR XIV, 1902. p. 48 donde comenta también el valor de ésta convención en la hipoteca griega *considerada como una datio in solutio preconvencida tácitamente.*

⁷ *Datio in solutum*, München, 1914, p.106 ss.

⁸ *Lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, Studi Betti II, Milano 1962, p.575 posteriormente transcrito a *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano 1976, p. 176

⁹ WIEACKER, *Lex Commissoria*, Berlin 1932, p.18 y 26 con apoyo del fragmento de Neracio, D.18.3.5.

¹⁰ Argumento que sostiene BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Mem. Torino, 63, 1949 p.15.

obligación, por tanto actúa como un pacto resolutorio en la venta o como garantía en beneficio del acreedor pignoraticio.

Desde el punto de vista del pacto en el *pignus* su aplicación se dio en el *datum* y en el convencional. En la génesis del *pignus conventum* se encuentran también referencias a cláusulas de efecto análogo al comisorio en *de agri cultura* de Catón¹¹ en particular en la *lex olea pendentis* cap.146:

Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitrato domini. Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt; nequid eorum de fundo deportato; siquid deportaverit, domini esto. Vasa torcula, funes, scalas, trapetos, siquid et aliud datum erit, salva recte reddito, nisi quae vetustate fracta erunt. Si non reddet aequom solvito. Si emptor legulis et factoribus, qui illic opus fecerint, non solverit, cui dari oportebit, si dominus volet, solvat. Emptor domino debeto et id satis dato, proque ea re ita uti S. S. E item pignori sunt.

El texto no recoge un *pignus* posesorio sino convencional con una estipulación dirigida a obtener del deudor la propiedad de los *illata*, permitiendo al *dominus fundi* la titularidad de un crédito contra el pignorante. De esta forma el *dominus fundi* era poseedor de los *illata* por ser propietario del fundo. Por ello la fórmula de Catón que aparece en el fragmento, *siquid deportaverit, domini esto...*, adquiere el sentido de una *traditio* condicional pactada¹² o como señala Burdese transferencia de la propiedad a título de pena convencional.

¹¹ En relación a las cláusulas de Catón v. SARGENTI, *Il de agri cultura di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, SDHI 22, 1956 p.158ss. FREZZA, *Il formulari catoniani e le forme delle protezione del creditore pignoraticio*, Studi Betti II, Milano 1962, p.435ss. MIQUEL, *Periculum locatoris*, AHDE 29, 1959, p.233ss. BURDESE, *op. cit.* 98ss.

¹² V. C.RASCÓN, *Pignus y custodia en el Derecho romano clásico*, Oviedo 1976, p.40 en virtud de la cláusula estipulatoria, lo que adquiere el *dominus fundi* es un crédito frente al promitente cuyo contenido es la transferencia de la propiedad de la cosa pignorada, de tal suerte que, en el supuesto de que el promitente extraiga cosas del fundo y no quiera transferir la propiedad al *dominus fundi*, este adquiere un crédito por *quanti interest rem stipulationis factam non esse*, con lo que no está tan clara la mejora que el acreedor puede tener con su segunda estipulación.

No debemos olvidar que la ley comisorio se basa en la declaración del disponente en la que mediante *mancipatio* servía en la *fiducia cum creditore* para transmitir la propiedad. Así en la *fiducia cum creditore* la *mancipatio* daba la solemnidad a la transmisión de la garantía, y dada su excesiva formalidad decae y es sustituida por el *pignus*.

En todo caso al margen de la *fiducia cum creditore* donde el pacto aparece como elemento esencial, tanto en el *pignus datum* como en el *conventum* la *lex commissoria* mantiene la misma función, atribución o eficacia real traslativa ante el incumplimiento de forma inmediata o mediante el ejercicio del correspondiente mecanismo procesal, en ambas la *iusta causa* esta representada por la insatisfacción del crédito garantizado

Desde el punto de vista del *creditor pigneraticius*, parece obvio que la conservación del objeto dependa de la seguridad absoluta del acreedor en la satisfacción del crédito bien con el correspondiente pago o, en caso de insolvencia a través de la *lex commissoria*¹³.

Como ya hemos indicado no hay dudas de que el pacto comisorio tanto en las ventas¹⁴, como en los dos tipos de garantía real presentan

¹³ En el caso del pacto aplicado a las ventas el acreedor podía elegir según la opinión de Papiniano seguida por Ulpiano entre el pacto o pedir el precio, pero elegido el pacto luego no podía variar D.18.3.4.2 *Eleganter Papinianus libro tertio Responsorum scribit, statim atque comias les est, satuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius Premium petere, nec posse, si commissoriam elegit, postea variare*. Con anterioridad Frag. Vat 3 y 4 *Venditor, qui legem commissoriam exercere noluit ob residuum Premium indicio venditi recte agit, quo secuto legi renuntiam videtur. Qui die transacto legem commissoriam exercere voluit, postea variare non potest*. Sin embargo Hermogeniano en D.18.3.7. hace referencia no a la elección directa sino a la renuncia y por tanto, en caso de producirse, la imposibilidad del ejercicio del pacto: *comisorio post diem commissoriae legi praestitutum si venditor Premium petat, legi commissoriae renuntiatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest*.

¹⁴ A la vista del texto de Ulpiano en D.18.3.4.2 *Eleganter papinianus libro tertio responsorum scribit, statim atque commissa lex est statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere an potius pretium petere, nec posse, si commissoriam elegit, postea variare* la jurisprudencia clásica partió de este pacto como condición suspensiva aunque en su evolución se interpretó como pacto de resolución suspensivamente condicional.

un denominador común: la idea de la condición suspensiva¹⁵, pero ya hemos apuntado que en nuestro estudio nos vamos a ceñir a su relación con el *pignus* y su desarrollo en este instituto.

2. La abolición de Constantino

Con estos presupuestos planteados y desde la perspectiva del *pignus* debemos preguntarnos ¿por qué se produce la abolición del pacto de *lex commissoria*? D'Ors¹⁶ considera que este pacto habría servido para cubrir intereses ilegales bajo el excedente o *superfluum* del precio respecto a la cuantía real de la deuda y por eso fue excluido. Es cierto que se producen injusticias en torno al pacto comisorio y sobre todo derivadas de la pretendida compensación del valor del objeto a modo de *datio in solutum*, por tanto como cautela en favor del acreedor.

Como nos informa Ulpiano libr. XXX ad Ed., en D.13.7.24. pr. se concede la acción de compra al acreedor como si la cosa se hubiese dado en concepto *pro soluto* a fin de satisfacer el importe o interés de la deuda:

Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a caesare, ut pignus possideret idque evictum esset, an habeat contrariam pigneraticiam. Et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum; imo utilis ex empto accommodata est quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut i quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum

Es de reseñar que el desarrollo de este pacto en las ventas fue diferente dado que su efecto fue el de revocación del contrato; Ulpiano analiza la *lex commissoria* como un pacto de resolución bajo condición, seguida esta interpretación por Paulo en D.41.4.2.3 *Sabinus, si sic empti sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur quam implebitur.* LONGO, *Sulla in diem addictio e sulla lex commissoria nella vendita*, BIDR 31, 1921, p.28 considera el texto interpolado por los compiladores y no se puede deducir que en esta época la determinación de la condición suspensiva o resolutoria dependiese de la voluntad de las partes. En igual sentido haciendo exégesis de este fragmento y el Neracio en D.18.3.5 lo considera fruto de un glosema también BISCARDI, *Lex commissoria...op. cit* p.578

¹⁵ BURDESE, *Lex Commissoria e ius vendendi...* p.111

¹⁶ *Derecho privado romano, Pamplona* 1989, p.468

eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo agentur.

En este primer texto se ha realizado la *impetratio fiduciae decretum Caesaris* ya que como el acreedor no ha conseguido vender el objeto¹⁷, decide solicitar al Emperador la posibilidad de quedarse con el mismo. Así supedita a la otra parte al decreto imperial que permite al acreedor obtener el bien con efecto análogo a los de la *lex commissoria*¹⁸. Más adelante volveremos a la relajación que se produce con la introducción de la *impetratio dominii* tras la prohibición de Constantino.

En igual sentido nos encontramos con un fragmento de Marcelo en *libr. sing. Resp. D.13.7.34*:

Titius cum credidisset pecuniam sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur, petit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet, et cum impetrasset, epistulam, qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit: quaero, an hanc venditionem debitor revocare possit offerendo sortem et usuras quae debentur. Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent, revocare non posse.

En el fragmento nos encontramos con el incumplimiento de un préstamo con garantía de un fundo entregado en prenda en el que el deudor intenta considerar comprador al mismo acreedor, manifestando a éste por carta su intención de venderle el fundo, sin querer por ello revocar el contrato¹⁹, aunque esto último no tenga cabida.

¹⁷ BURDESE, *op. cit.* p.91 considera la interpolación del fragmento en tanto en cuanto va referido a la fiducia pero destaca que la expresión a *contractu recessum* es genuina y por ello han añadido la *actio utilis ex empto*. Considera también que la expresión contrato jamás quedó referida a la *fiducia* en contra de la opinión de VOCI, *La doctrina romana del contrato*, Milano 1946, p.20.

¹⁸ KRELLER, *Formula fiduciae und Pfandedick*, ZSS 62, 1942 p.203, n.234.

¹⁹ En este sentido A.MANIGK, v. *pignus*, PWRE, XX,2, Stuttgart 1941, col 1272. No nos parece acertada la interpretación de HECK, *Die fiducia cum amico contracta ein Pfandgeschäft mit Salmman* ZSS 10, 1889, p.88 que considera a Ticio representante del verdadero acreedor. KRELLER, *Formula fiduciae und Pfandedick... cit.* p.197ss.

En consecuencia, estas prácticas y las derivadas del pacto comisorio, distorsionaban la naturaleza de la prenda convirtiéndola en una compraventa con fines de garantía en las que el valor del bien comisado era superior al crédito. Para luchar contra las prácticas usureras de los acreedores ávidos de encubrir intereses ilegales aparece en el año 320²⁰ la Constitución del emperador Constantino CTh.3.2.1²¹:

*Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri*²². *Si quid igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt.*

El Emperador Constantino en su disposición legal establece la abolición haciéndose eco de los engaños y abusos²³ que se cometen con el pacto comisorio sobre todo porque se entregan en garantía de comiso bienes de valor superior. En las primeras líneas de la constitución se justifica a modo de exposición de motivos las causas de la derogación *commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri*²⁴. Constantino

²⁰ A.CENDERELLI, *Divieto della lex commissoria, principio generale o regola occasionale*, en *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in Diritto Romano*, vol. I, Milano 1987, p.255. En relación a la datación de la Constitución la *subscriptio* haría referencia al año 326 atendiendo al lugar de emisión y a otras constituciones del Emperador como señala el autor se debe estimar como válida la fecha del 320 corrigiéndose el número de disposiciones del consulado de Constantino de VII a VI. Si bien las Constituciones que añade el autor en la nota a pie no arrojan mayores luces sobre la prohibición.

²¹ C.8.34(35).3

²² ACCURSIUS, *De pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda* ad C.8.34.3 *gl. - memoriam aboleri-: quoad ipsa pignora non quoad veditonem.* con la adición: *quando pactum legis commissoriae reprobetur in pignoribus ite quare admittatur in contractu emptionis & reproetur in contractu pignoris videas pulchré per Abbatem in....*

²³ B.BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, v.III, Milano 1954, p.257, el autor señala que en el derecho justiniano la posición deudor goza de ventajas en detrimento del acreedor.

²⁴ E.COSTA, *Sul papiro fiorentino* num.1, *op. cit.* p.50 sobre la abolición en las provincias orientales sostiene que fue más grave y dañosa.

otorga eficacia *ex tunc* o retroactiva a la abolición sin que ello suponga perjuicio para el acreedor que cuenta lógicamente con otros mecanismos de realización crediticia como el *pactum distrahendi*. Aunque opinamos que dicha eficacia fue relativa y demagógica por la dificultad que entrañaba controlar todos los créditos pendientes, los bienes gravados etc... como veremos más adelante.

La Constitución reproducida en *Codex* 8.34.(35).3 no contempla variaciones sólo introduce dos variantes textuales la primera: *captiones praecipue commissoriae <pignorum> legis crescit*, introducida a nuestro juicio para circunscribir la prohibición del pacto referido a las prendas y no al de ley comisoria aplicado a las ventas. La otra variante inserta en el *Codex*: *creditores enim re amissa iubemus recipere <recuperare>* donde se ha cambiado un verbo *recipere* por *recuperare*.

Veamos la Interpretación visigótica [=brev.3.2.1]:

Commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem, ipsi oppignoratam ad tempus, vendere per necessitatem conscripta cautione promittit: quod factum lex ista revocat et fieri penitus prohibet: ita ut, si quis creditor rem debitoris sub tali occasione visus fuerit comparare, non sibi de instrumentis blandiatur, sed quum primum voluerit ille, qui oppressus debito vendidit, pecuniam reddat et possessionem suam recipiat.

Burdese²⁵ señala que nada aporta la interpretación ni tampoco la paráfrasis contenida en los basílicos²⁶. Biscardi²⁷ por su parte cita a Levy²⁸ y sostiene que en ella no se excluiría el derecho del acreedor insatisfecho *persequit et sine auctoritate indicis vindicare pignora apud se non deposita*²⁹.

²⁵ *Lex commissoria*... p.110.

²⁶ Bas.25.7.62 *Si creditor dixerit si debitum intra hoc tempus mihi solutum non sit dominus pignoris ero hoc pactum invalidum esto*(trad. Heimbach, vol. III, Lipsiae 1843,p.90) Sin embargo el texto no puede ser cotejado con la edición de Scheltema-Holwerda, *Scholia libr..XXIV-XXX*, Groningen 1961, p.1792, que omite el fragmento, lo cual nos induce a ser cautelosos con la escasa aportación de la fuente bizantina a nuestro estudio.

²⁷ *Appunti sulle garanzie*...p.190 id. *Lex Commissoria.. op. cit* p.585.

²⁸ *West Roman Vulgar Law, The law of property*, Philadelphia 1951, p.215ss.

²⁹ PS.5.26.4

Es clara la interpretación³⁰ si la abolición tiene efecto retroactivo implica que también se cancelan sus efectos de las relaciones en curso sin que puedan surgir en relación a las nuevas, el problema se deriva de aquellos que habiendo perdido la propiedad del objeto entregado en garantía del pacto, puedan recuperarla salvaguardando al acreedor el derecho a restituir la suma que se haya garantizado por un crédito *qui oppressus debito vendidit, pecuniam reddat et possessionem suam recipiat*. A mi juicio la medida con eficacia retroactiva es un tanto demagógica dado que es imposible controlar todos los acuerdos leoninos por los cuales el acreedor se ha podido quedar con aquellos objetos entregados en garantía que cubrían con holgura desmesurada el crédito.

La Constitución promulgada en Sofía trata de relajar la posición del deudor, como señala el fragmento – *hac sanctione respiret* – para que este respire recuperando los objetos entregados en garantía y por tanto éstos ya no sean objeto de adquisición del acreedor. Como hemos reseñado anteriormente la entrega con el pacto comisorio en el *pignus* implicaba en ocasiones el abuso por parte de los acreedores frente a la posición débil del deudor que se veía con un bien dado en garantía de valor superior al crédito garantizado.

El Emperador parece que se presenta en palabras de Cenderelli³¹ como pródigo de las concesiones y de la simplificación. En lo que concierne al pacto es obvio que se posiciona a favor de los deudores frente a los posibles usureros que anteriormente cometían injusticias por el valor de los bienes comisados.

Desde mi punto de vista la *ratio* de la prohibición responde sin duda a la influencia de varios factores no sólo la impronta de la religión cristiana, sino también a la defensa de los desfavorecidos lo que nos permite aducir que la proscripción obedece a la inmoralidad extrínseca que conlleva ya que producía en numerosas ocasiones el

³⁰ PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des Römischen Kaufrechts*, Köln 1973, p.53-54.señala *besondere Deutlichkeit aus der interpretatio*.

³¹ *Divieto della lex commissoria...*p.257-258 donde pone de manifiesto: *il carattere providenziale dell'innovazione e consentendo finando il recupero dei beni già ceduti agli usurai, senza alcun dubbio essa presenta tutte le caratteristiche del provvedimento emanado con finalita demagogiche realizzabili senza alcun onere per lo Stato...*

enriquecimiento injusto del acreedor que se quedaba con el objeto pignorado.

Podemos traer a colación otra constitución contemporánea del propio emperador dada al pueblo recogida en CTh 11.7.3³² (320) bajo el título rubricado *de exationibus*:

Nemo carcerem plumbatarumque verbera aut pondera aliaque ab insolentia iudicum repperta supplicia in debitorum solutionibus vel a perversis vel ab iratis iudicibus expavescat. carcer poenaliū, carcer hominum noxiorum est officialium et cum denotatione eorum iudicum, quorum de officio coercitores esse debebunt, qui contra hanc legem admiserint. securi iuxta eam transeant solutores: vel certe, si quis tam alienus ab humano sensu est...

En la misma disposición, referente al pago de tributos, se pretende que el deudor no sea atemorizado ni tampoco sea sometido a cualquier clase de suplicios por parte de los jueces intervinientes en las exacciones. De esta forma se limita la actuación de los mismos en beneficio de los deudores que soportan las cargas. Creemos que es una medida popular en la cual el Emperador consiguió que los súbditos deudores de crédito entronizaran la política legislativa del mismo. Impera por tanto el veto por el *favor debitoris* aduciéndose a este respecto conductas usurarias e inmorales, no en vano a veces se gravaban bienes para garantizar créditos de escasa cuantía.

3. La *Impetratio dominii* como medida excepcional

Ya hemos visto que la *lex commissoria* fue abolida por ser considerada demasiado onerosa para el deudor imponiéndose el *ius vendendi* del acreedor. Pero en ocasiones este podía encontrarse con serias dificultades para lograr vender el *pignus* y por ende satisfacer el crédito de la obligación surgiendo la llamada *impetratio*³³ *dominii* por

³² C.10.19.2

³³ *impetrio-impetritum* referido a tomar de forma favorable en la época imperial ERNOUT-MELLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine*, Paris 1959. *Impetro-impetrare=erlangen* obtener WALDEHOFFMAN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1910, p.381. id. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* Graz 1958, p.250. v. *impetratio- ab impetratio-exoratio* el que obtiene com *Thesaurus Linguae latinae*, vol VII, Lipsiae 1934-1944, col 598. B.LUCIO, v. *pegno*, NDI 12,Torino 1957, p.765.

la cual el emperador autoriza al quedarse con el objeto pagando su justo precio, esta institución pretende mitigar el rigor o si cabe dulcificar los efectos de la abolición.

Su aparición se remonta a la época anterior a la abolición comentada, así nos encontramos con una disposición del Emperador Alejandro promulgada en el año 229 recogida en C.8.33(34).1³⁴ en la rúbrica de *iure dominii impetrando*:

Dominii iure pignora possidere desiderans nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere et, an sollemnia peregristi, significare debuisti, dummodo scias omnia bona debitoris, qui pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse.

Del texto se infiere la imposición de condiciones y la limitación, en cierta medida, de los efectos *ex iure pignoris* perjudiciales para el deudor por la impetración del dominio del acreedor: por un lado se establece la necesidad de haber guardado las formalidades requeridas en el negocio crediticio así como el nombre de los deudores que no han pagado. Por otro lado se limita la posibilidad de adquirir la totalidad de los bienes del deudor que se han dado en concepto de prenda. En esta época, como apunta Burdese³⁵, no hay indicios de *denuntiatio* al deudor como si aparece con posterioridad según C.8.33(34).3.2.

Además de la fuente citada tenemos que traer a colación el fragmento siguiente, también de época anterior a la abolición, dado por el Emperador Gordiano en el año 238.

C.8.33(34).2³⁶:

Si creditor pignus iure dominii a nostra serenitate possidere petiit et post formam praescripti alio anno usuras a vobis accepit, a beneficio impetrato recessisse videtur.

³⁴ Bas.25.7.57 *Creditor, qui petit a Principe ut iure dominii res debitoris possideat et nomen eius dicere debet, et an solenia peregerit, et an de speciali pignore preces oferta: alioquin omnia bona iure dominio possidere plane non potest.* (trad. Heimbach, vol. III, Lipsiae 1843,p.89)

³⁵ *Lex commisoria...* p.210

³⁶ Bas.25.7.58: *si creditor postquam ei permissum est res debitoris iure domii possidere, usuras acceperit videtur beneficio renuntiare.*

En la disposición legal se establece de nuevo la facultad de permitir al acreedor el *iure dominii possidere*; pero en esta ocasión el deudor tiene la facultad de recuperar la cosa pignorada siempre y cuando abone el precio del crédito garantizado, a pesar de haberse concedido la *impetratio* por rescripto, el acreedor renuncia³⁷ a ella por el pago de unos intereses.

Pero no podemos olvidarnos en nuestra disquisición que al margen de los citados fragmentos contenidos en el Código existen otras referencias al llamado *iure dominii possidere* en el Digesto, en relación a nuestra materia podemos enlazar tres fragmentos referidos a las garantías que analizamos brevemente:

1.- El primero es el texto de Ulpiano en sus comentarios al *edictum XXXV* recogido en D.27.9.5.3:

Si fundus pupilo pignoratus sit, an vendere tutores possunt, hunc enim quasi debitoris, hoc est alienum vendunt? Si tamen impetraverat pupillus vel pater eius, ut iure dominii possideant, consequens erit dicere non posse distrahi quasi praedium pupillare. idemque et si fuerit ex causa damni infecti iussus possidere

En esta ocasión, en relación a la gestión de bienes entregados en prenda a un pupilo en concepto de prenda, se plantea la posibilidad de su impetración con derecho *dominii possideant*³⁸. Del texto no se infiere el modo de adquisición sólo que proviene de un *pignus*.

2.- Otro fragmento es el de Paulo, *libr. IV Quaestionum*, D.36.1.59pr.³⁹:

Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adit et restituit: cum emptorem

³⁷ En relación al fragmento H.DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* Leipzig 1864, p.244. ve en el fragmento un derecho simultáneo al acreedor de poder renunciar a la *impetratio* y de hacer valer de nuevo el crédito. BURDESE *op. cit* supra considera que el *periculum* es del acreedor y que la facultad de impedir la *impetratio* es del deudor cuando decide el pago de los intereses.

³⁸ Sobre la interpolación de la expresión *iure dominii possideant* BURDESE, *op. cit*, p.206, n.2. critica la opinión de Bossowsky que los considera interpolados.

³⁹ Bas.35.11.56

pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi iure dominii id possidere. respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pignoratitia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. in re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum vel soluta pecunia esset: nam et cum de lucro heres scriptus a sit, quod forte legatum accepit, si heres non extitisset, responsum est non esse cogendum adire nisi legato praestito. ubi quidem potuit dici nec cogendum esse heredem adire quodammodo contra voluntatem defuncti, qui legando heredi, si non adisset, in ipsius voluntate posuit aditionem: sed cum testator alterutrum dederit, nos utrumque ei praestamus.

En el fragmento también encontramos el *iure dominii possidere* derivado de un derecho real de garantía en el que el deudor instituye heredero al acreedor pignoraticio y le encarga por fideicomiso restituir la herencia a su propia hija.

El acreedor realiza la adición por mandato del acreedor ya que no quiere adirla de forma voluntaria por considerarla sospechosa y se restituye la herencia a la hija fideicomisaria. Ello provoca, según Paulo, por un lado la extinción de la obligación por confusión y por otro parece contener una incongruencia desde el punto de vista de considerar *sublata naturali obligatione*. Con este planteamiento del jurista el fideicomisario no tiene acción contra el acreedor ya que éste posee como heredero fiduciario. En este sentido compartimos la opinión de Ratti⁴⁰ al considerar que el fiduciario en el derecho clásico puede retener la prenda como ejercicio del derecho de retención, distinto del *ius pignoris*.

⁴⁰ U.RATTI, *Sull'accessorietà del pegno e sul ius vendendi del creditore pignoratizio*, Macerata 1927 reimpr. 1985 Napoli, p.42 (con nota de lectura de Nicola Bellocchi.)

En el texto cuando habla de *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio* es evidente que la obligación subsiste por el derecho de prenda y con la eficacia de las acciones que este derecho lleva aparejadas; ello es obvio porque el texto se centra en quienes pueden poseer y plantea dos hipótesis:

- si lo hace el acreedor que a su vez es heredero tiene un derecho de retención a salvo de cualquier acción del fideicomisario (ni la pignoraticia ni la fideicomisaria) *neque pignoraticia, quoniam hereditaria est actio neque fideicommissum*. Goza por tanto de un derecho de retención pero no como un verdadero acreedor sino en relación análoga, dado que es ahora heredero, y tiene derecho a retenerlo porque no se le ha pagado *non solutam esse pecuniam*.
- si lo hace la hija fideicomisaria el texto nos comenta la posibilidad que tiene el acreedor de demandar con la *actio serviana*⁴¹.

La prenda puede existir según Ratti⁴² con independencia de la obligación principal, en el texto la extinción de la obligación es puramente formal y falta la satisfacción del crédito; ante tal eventualidad el *pignus* perdura *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio* por el impago, por este motivo el pasaje habla de *solutum non repetetur*, todo ello por un principio de equidad⁴³.

⁴¹ En este texto para BURDESE *op. cit* p.208 considera al margen del mantenimiento del derecho de prenda que el texto habla de la concesión de la *actio serviana* y también la petición por razón de prenda utilizando la expresión *petitio pignoris nomine competit* sin preocuparse de hablar de *impetratio dominii*. Así si el acreedor pignoraticio en base al decreto imperial a favor del a concesión se le otorgase la *actio rei vindicatio* y no esperase la *actio Serviana*, quizá el jurisconsulto habría hecho notar la diversidad de las acciones.

⁴² U.RATTI, *Sull'accessorietà del pegno*, p.50-51.

⁴³ La extinción de la prenda faltando la satisfacción del crédito colocaba al acreedor en una posición perjudicial para evitarlo el Pretor interviene en función de los casos en consideración a la equidad ya sea mediante la concesión de un *ius retentionis* en caso de encontrarse en posesión de la cosa pignorada o mediante acciones restitutorias. En el supuesto analizado estamos ante una medida especial dadas las condiciones que provocan la extinción del derecho de crédito por confusión al ser el acreedor pignoraticio heredero del deudor, si aplicáramos la accesoriedad de la garantía en sentido técnico ésta también se extinguiría. Sin embargo se trata de una extinción

3.- El tercer fragmento que analizamos es de Trifonino recogido en *Disputationum* libr.VII,D.41.1.63.4., nos interesa especialmente la segunda parte del texto:

Quod si creditor invenerit, in alieno videbitur invenisse: partem itaque sibi, partem debitori praestabit, nec recepta pecunia restituet, quod iure inventoris, non creditoris ex thesauro apud eum remansit. Quae cum ita sint, et cum ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii, intra constitutum luendi tempus pignoris causa vertitur: post transactum autem tempus thesaurum in eo inventum ante solutam pecuniam totum tenebit. oblato vero intra constitutum tempus debito, quoniam universa praestantur atque in simplici petitore revocantur, restitui debet, sed pro parte sola, quia dimidium inventori semper placet relinqui.

En este caso estamos ante un supuesto de tesoro en el que el acreedor retiene una parte en concepto de prenda de su deudor durante el plazo que en el derecho clásico se fija de un año *iure dominii, intra constitutum luendi tempus*⁴⁴ *pignoris causa vertitur* pero que posteriormente Justiano lo aumenta a dos. En este caso *principis auctoritate* otorga al acreedor el *iure dominio*.

En una constitución del emperador de Diocleciano y Maximiano promulgada entre el 293 d.C. dirigida a Matrona, C.8.13(14).13⁴⁵:

Cum dominam non minorem viginti et quinque annis ea quae obligaverat tibi iure dominii possidere permisisset et in solutum dedisse precibus significes, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit.

En este supuesto se nos plantea el *iure dominii possidere* en concepto de *datio in solutum* de la propiedad de los bienes

formal que priva de efecto satisfactorio al acreedor y a eso obedece que la obligación se configure como obligación natural, perdurando así la garantía.

⁴⁴ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazione. Corso di diritto romano* v. II, , *Corso di Diritto romano*, Padova 1963, p.232, en relación al tiempo de realización establecido se interpreta que: *durante questo intervallo il provvedimento é sottomesso alla condizione risolutiva o del volontario recesso del creditore, sia che questo avvenga d'accordo col debitore, pagamento degli interessi del debito, sia che avvenga con il suo tacito consenso rinunzia al ius offerendi; o del pagamento del debito da parte del debitore.*

⁴⁵ Bas.25.2.50

pignorados. La *impetratio dominii* ratifica la dación que por la voluntad de la deudora mayor de veinticinco años y con el consentimiento del deudor se ha realizado con valor de cumplimiento con una prestación diferente

El Emperador Justiniano⁴⁶ nos confirma la posibilidad que tiene el acreedor de hacer efectivo su dominio⁴⁷ sobre la cosa pignorada pero estableciendo un plazo bienal durante el cual el deudor tiene derecho a rescatar la cosa pignorada en el año 530 d. C, C.8.33 (34).3.2:

Sin vero nemo est, qui comparare eam maluerit, ut necessarium fiat creditori saltem sibi eam iure dominii possidere, in huiusmodi casibus causam esse observandam censemus, ut, sive praesens sit debitor, denuntiatio ei scilicet post biennium mittatur, sive abfuerit, provinciale tribunale creditor petat et iudicem certiorare festinet, quatenus ille eum requisierit, certo tempore super hoc ab eo statuendo, ut fiat debitori manifestum per apparationem iudicis, quod a creditore petitum est, et certum tempus statuatur, intra quod et, si fuerit inventus, debet qui pecunias creditas accepit debitum offerre et pignus recuperare .

A nuestro juicio es de reseñar que al margen de las razones técnicas expuestas en la modificación del régimen comisorio y en la *impetratio*, lo cierto es que podemos esgrimir el abandono del liberalismo por el intervencionismo imperial en aras de mejorar la posición del deudor⁴⁸.

⁴⁶ BIONDI, *il diritto romano cristiano...* p.256 en realidad está concediendo un plazo de dilación que permite al deudor aventajar su posición. De esta forma concede al deudor un tiempo de respiro en el cual puede recuperar la *res* pignorada.

⁴⁷ C.8.33(34).3.pr. *Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam. igitur in pignoribus, quae iure dominii possidere aliquis cupiebat, proscriptio publica et annus lutionis antiquus introducti sunt, pignus autem publice proscriptum neque vidimus neque nisi tantummodo ex librorum recitatione audivimus.* El Emperador critica la falta de publicidad que se ha llevado a cabo hasta el momento por falta de comunicación de la impetración ya que no se anunciaba por carteles dicho interés, el Emperador hace hincapié en poner de manifiesto y criticar la desidia y descontrol de las prendas.

⁴⁸ V. B.BIONDI, *Il diritto romano cristiano, op. cit* p.257

En el fragmento de la disposición legal de Justiniano nos encontramos con un infructuoso derecho de venta⁴⁹ que condiciona la solicitud del *iure dominii possidere* por impetración del acreedor pero por razones morales⁵⁰ en las que se potencia el interés del deudor se establece un plazo de dos años en lugar de uno, durante los cuales el deudor puede pagar la deuda, para ello se establecen como formalidades:

1. transcurrido el mismo el acreedor debe enviar al deudor pignoraticio la correspondiente *denuntiatio*.

2. si está ausente deberá acudir al tribunal provincial correspondiente para que se notifique al deudor el requerimiento de pago, dejando cierto tiempo⁵¹ para que se haga saber al deudor que el acreedor lo está requiriendo en el pago.

Por ello vemos que el deudor dispone de una nueva oportunidad para recuperar el objeto, ya que si paga no ha lugar la *impetratio dominii*.

Pero debemos añadir para implementar el texto anterior el fragmento contenido en C .8.33 (34).3.3.:

Sin autem nullatenus fuerit inventus, iudex certum tempus definiat, intra quod licentia ei dabitur sese manifestare et offerre pecunias et pignus a pignoratione liberare. Sin autem in tempore statuto vel minime fuerit inventus vel creditam pecuniam totam offerre noluerit, tunc creditor adeat culmen principale et precibus porrectis iure dominii

⁴⁹ P.FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni...*p.233, considera que el régimen de Justiniano pudo verse influenciado por el de *causa iudicati pignus captum sit* en el que se afirma el principio de la venta con apoyo en C.8.22(23).3: *In causa iudicati pignora ex auctoritate praesidis capta potius distrahi quam iure dominii possideri consuerunt. si tamen per calliditatem condemnati emptor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet*. Pero la constitución es del año 239 y ya vimos una anterior C.8.33(34).1 promulgada diez años antes en materia de obligación y no de toma de prenda judicial que se hace eco de la impetración, por ello creemos de escaso fundamento la afirmación del autor.

⁵⁰ Es significativo como el fragmento siguiente C.8.33(34).3.3 recoge la expresión *pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus*.

⁵¹ Gl. ad. C.8.33.3.2, v. *certo tempore: certum tempus (dilatio temporis datur fideiussori ad requirendum principalem debitorem & alia ad solvendum) dari ad requirendum & aliud certus tempus ad solvendum: ut statis subicit. Accursio*

habere eandem rem expetat habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio. Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum reversum ex die sacri oraculi numerandum, et liceat ei, creditori qui iam dominus factus est offerre debitum cum usuris et damnis vitio eius creditori illatis, quorum quantitatem creditor debet suo iuramento manifestare, et suum pignus recuperare. Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime habeat rem creditor idemque dominus iam inrevocabilem factam.

Este pasaje complementa al anterior y añade: si de ninguna manera hubiese sido hallado el juez fije cierto tiempo dentro del cual puede presentarse el deudor ofrecer y librar el objeto dado en garantía. Así quedan establecidas una serie de formalidades y condiciones en interés del deudor: notificación fehaciente, reclamación del pago y plazo de dos años dentro del cual el deudor tiene derecho a rescatar el objeto y satisfacer al acreedor el correspondiente pago. Si transcurre el plazo y no se ha cumplido lo especificado, el acreedor solicita la *impetratio* y por tanto el *iure dominii* sobre los bienes pignorados⁵².

En la segunda parte aduce el derecho de rescate de la *res* pignorada en el supuesto en el cual el deudor ofrezca al acreedor el pago de la cantidad y los correspondientes intereses dejando indemne su posición crediticia. Ese derecho de rescate durante esos dos años es otra facultad que potencia al deudor frente al acreedor y que según establece Justiniano obedece a razones morales (*pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum reversum*).

Según hemos advertido la *impetratio* constituye una medida tendente a corregir y relajar el rigor ex pacto comisorio que siendo prohibido encuentra unos puntos de inflexión importantes en las ventas infructuosas de los bienes dados en prenda en estos casos según hemos podido comprobar se faculta la posibilidad de poder transmitir al acreedor la propiedad a través de la *impetratio*, pero siempre teniendo presente el derecho de rescate del deudor. A lo largo de las disposiciones analizadas hemos visto como se implementa la posición del deudor pignoraticio frente a la del acreedor conteniendo así la codicia de éstos. Creemos que más que hablar de ventajas para el deudor considero que lo que se ha tratado de conseguir a partir del

⁵² El poseedor que goza del *iure dominii* una vez hecha la *impetratio* puede realizar la venta si bien el deudor tendría derecho al *superfluum*. C.8.33(34)3.5

derecho postclásico es equilibrar la posición del deudor situándolo al mismo nivel que el acreedor en cuanto a facultades convencionales y medidas correctoras legales, sin que en ningún caso haya quedado desprotegido el acreedor. Por tanto según estos presupuestos las medidas introducidas por los Emperadores van destinadas a evitar que las condiciones resulten lesivas y angustiosas al deudor o a sensu contrario que todas las ventajas establecidas estén dirigidas a beneficiar al acreedor.

El pacto comisorio aplicado a la prenda, a pesar de la prohibición de Constantino, y como tuvimos ocasión de analizar en la respuesta de Marciano D.20.1.16.9 : *Potest ita fieri pignoris datio hypohecaeve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu vedetur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt.* Contiene un glosema en la expresión *rem iusto pretio tunc aestimandam* introducido para mantener la congruencia de los textos clásicos con la prohibición, es cierto que se puede tratar de una dulcificación del veto en tanto en cuanto se adapta a lo que hemos señalado: el logro de equivalencia de la deuda con el precio del objeto entregado en garantía y en su caso la devolución del sobrante, *pacto marciano* donde se tiene en cuenta el justiprecio y la devolución del *superfluum* ; lo que permitiría una *quasi datio in solutum* que implica una asunción directa de la garantía en la que el deudor además cuenta con una cobertura legal temporal de dos años durante los cuales éste puede recuperar, conforme a C.8.33.(34).3., el objeto entregado. El pasaje del texto citado de Marciano ha venido a dar nombre al llamado *pacto marciano* configurado según la doctrina como el acuerdo por el que el acreedor puede apropiarse de la cosa dada en garantía por sus justo precio, o bien ejecutar privadamente la misma con las garantías necesarias que impidan un simple expolio, eso si devolviendo el *superfluum*.

Sin embargo, a pesar de la dulcificación y de la impetración del dominio, el veto de este pacto tuvo su fundamento en que éste había sido utilizado para encubrir la usura, pues el valor del bien comisado era superior al crédito garantizado, en el caso del Emperador Constantino por la influencia creciente de la Iglesia que buscaba la proscripción del pacto y la represión de la usura. Delineándose como

apunta Bianca⁵³ la distinción entre el pacto comisorio prohibido y la licitud de las ventas con pacto de retroventa⁵⁴.

4.- Evolución ulterior

Esa prohibición fue transmitida en la tradición jurídica europea y en particular se confirma a nivel eclesiástico en la decisión del Papa Inocencio III en el año 1198, *Significante Rubeo. cive pisano*, recogida en *Decretales* c.7, 3.21:

Quum igitur pactum legis commissoriae sit in pignoribus improbatum, et praedictus R., quantum in eo fuit, iuramenti debitum adimplevit, quum per eum, quem certum [et fidelem] nuncium esse sperabat, pecuniam remiserit termino statuto, sed, dum fuit in imperiali captione detentus, satisfacere non potuit creditori, discretioni vestrae praesentium auctoritate mandamus, quatenus, si est ita, praedictum creditorem, ut sorte sua contentus existat, pensionibus praefati pignoris computatis in eam, et domum illam et hortum praefato R. omni dilatione postposita resignet, pacto tali vel iuramento nequaquam obstante, censura ecclesiastica admonitione praemissa, sublato contradictionis et appellationis obstaculo, cogatis.

⁵³ *Patto commissorio*,... *op. cit.* p.713. También en *il divieto del patto commissorio*, Milano 1957, p.330ss

⁵⁴ El propio Inocencio III admitió la licitud de las ventas con este pacto a diferencia del comisorio en el año 1203 *Decretales Gregorio IX*, 3.27.5: *Ad nostram noveris audientiam pervenisse, quod, quum R. laicus lator praesentium ab M. mutuum recipere voluisset, creditor Tranensis dioecesis, ne per canonem contra usurarios editum posset in posterum conveniri, domos et olivas ipsius recepit ab eodem titulo emptionis, quum re vera contractus usurarius ageretur, quod patet ex eo, quod creditor, sicut publicum continet instrumentum, debitori promisit, quod, quandocunque a septennio usque ad novennium daret XL. uncias Tarenorum, quae vix dimidiam iusti pretii contingebant, domos eius restitueret et olivas. Quia igitur fraus et dolus cuiquam patrocinari non debent, fraternitati tuae per apostolica scripta mandamus, quatenus, si res ita se habet, instrumento venditionis confecto in fraudem canonis promulgati contra usurarios non obstante, praedictum M. ad restituendas domos et olivas praedictas ei, ad quem debent hereditario iure devolvi, quum debitor sit viam universae carnis ingressus, per poenam in Lateranensi concilio contra usurarios promulgatam appellatione remota compellas.*

La interdicción seguía el devenir histórico esta vez promovida por las condiciones que marcan la proscripción de la usura, tendencia de impronta religiosa.

En nuestro derecho histórico encontramos la prohibición del pacto comisorio en el Código Alfonsino en concreto la encontramos en la Partida 5, título 13, leyes 41 y 42 que establecen la venta en almoneda pública del bien entregado en garantía si bien se especifican determinadas formalidades:

- La primera de las partidas 5.13.41 bajo la rúbrica *Como e quando puede vender la cosa empeñada, el que la tiene a peños si lo pudiere fazer por postura*.

Ponen pleytos a las vegadas los omes vnos con otros quando reciben la cosa a peños, que si aquellos que los empeñan, non los quitaren fafta el tiempo, o día cierto, que despues los puedan vender. E porende dezimos, que si tal pleyto es puesto quando obligo la cosa a peños, e aquel que la empeña non la quita fafta el dia que señalaron, que dende en adelante bien la puede vender el que la tiene a peños, o su heredero, en aquella manera que fuesse puesto el pleyto quando gela empeñaron. Empero, ante que la venda lo deue fazer saber al que gelo empeño si fuere en el lugar, de como la quiere vender e si el non y fuere, deuelo dezir a a aquellos que fallare en su casa. E si este que la tiene a peños lo fiziesse assi, o non lo pudiere fazer por alguna razon, entoce puede vender publicamente la cosa quel fue assi empeñada. En tal vendida se deue fazar en almodena a buena fe, e sin engaño. E si por aventura mas valiere de aquello porque el la tiene a peño, lo demas deuelo pagar al que gela empeño. Otrosi dezimos, que si menos valiere, lo de menos que gelo deue tornar aquel que empeño la cosa.

Esta ley y la siguiente se refieren a la garantía que se dispuso a favor del acreedor de poder vender el objeto cumpliendo una serie de formalidades que guardan similitud con lo que ya vimos en las Constituciones del Emperador Justiniano contenidas den C.8.34(35).3, en relación a la impetración y es que las Partidas además de exigir las ventas en almoneda pública, se establece que aun existiendo pacto de venta del objeto para satisfacer el crédito, debe existir notificación o denuncia al deudor. Es necesaria la interpelación para ver si quiere pagar el deudor y en su caso al menos haberle notificado la intención para que la venta no se anule. La denuncia se requiere por tanto para la ejecución de la facultad o *ius distrahendi*.

La ley 42 (P.5.13) preceptúa:

Como, e quando se pueden vender los peños, maguer non fue dicho, a la sazón que los empeñaron, que lo pudiese fazer. Sin plazo obligan los omes a las vegadas los peños simplemente, no señalando día aquellos quiten, nin faziendo enminente de los vender. E por ende dezimos, que seyendo la obligacion del peño fecha desta guisa, si aquel que tiene la cosa a peños, afrontare al que gela empeño, ane omes buenos, que la quite; si la non quisiere quitar, e la cosa empeñada es mueble, e passaren despues del dixo que la quitasse doze dias o treynta si fuere rayz que dende en adelante que la puede vender. Otrosi dezimos, que si pleyto fuesse puesto quando empeñase la cosa, que el que la rescibe por peño non la pudiesse vender; maguer tal pleyto fuesse puesto, si aquel a quien fue empeñada afrontasse al que gela empeño, tres vezes ante omes buenos, que la quitasse, e passasen dos años, despues que lo ouiesse afrontado que la quitasse, dende adelante bien podría vender. Pero la vendita del peño, quando quier que la faga, deue ser fecha a buena fe en almoneda, segun dize en la ley ante desta. Otrosi dezimos que las vendas de las entregas, e las prendas son fechas por mandado de los Judgadores, se deuen fazer a aquel plazo, e en aquella manera que e puesto en las leyes que son puestas en el Titulo de los Juyzios, de como se deuen cumplir en la tercera Partida de nuestro libro que hablan en esta razon.

Siguiendo la ley anterior añade el plazo bienal también recogido en las disposiciones de Justiniano que se mantiene como plazo general en el derecho común como requisito temporal para proceder a la venta de buena fe en almoneda. Al igual que la ley 41 establece la denuncia aunque parece que la partida refleja una triple denuncia basta una sola hecha de forma fehaciente para proceder a la venta. Pero es evidente que el deudor cuenta con un ese plazo bienal para poder rescatar la garantía.

Esta ley no constituye una recepción directa, lo único que parece tomar del *Codex* son las garantías en cuanto a la interpelación del deudor y el plazo bienal, en la Partida es evidente que de forma implícita subyace la interdicción del pacto y la necesidad de respetar el plazo; el resto del fragmento reproduce el contenido del Fuero Juzgo 5.6.3⁵⁵.

⁵⁵ = Fuero Real 3.19.1 : *Todo ome que toviere peños por alguna cosa que venda tengalos fasta el plazo: et si los tomare sin plazo tengalos xxx dias, e si al plazo que puso o a los xxx dias non los quitare, afruente al dueño de los peños con testigos que los quite, et si los non quitare fasta tercer dia,*

Veamos una ley importante contenida en la Partida 5.5.41 cuyo texto transcribimos:

De la postura que es puesta sobre el peño; si non fuere quito a día cierto que fuesse comprada del que la tiene a peños; si due valer, o non.

Empeñando vn ome a otro alguna cosa, a tal pleyto, que si la non quitasse a día cierto, que fuesse suya comprada, de aquel que la rescibio a peños; dando, o pagando, sobre aquello que podria valer la cosa, segund alvedrio de omes buenos; tal pleyto como este deve valer. Mas si la comprasse de otra guisa, diziendo assi: que fazia tal pleyto con el, que si la non quitasse a día señalado, que fuesse suya, por aquello que daua sobre ella a peños; entonce non valdria pleyto, nin la vendida. E por esta razon non tenemos por bien que vala tal pleyto, porque los que emprestan dineros a otros sobre peños, non lo querrian fazer de otra guisa. E los omes quando estouiesen muy cuytados con muy grand mengua ouiesen, farian tal pleyto como este, maguer entendiessen que seria a su daño.

La Partida concuerda con el texto D.20.1.16.9, aquí el propio Bártolo y Baldo⁵⁶ comentan: que no es necesario que la definición de precio justo se deje expresamente al arbitrio de buen varón, como aquí se indica; siendo bastante que se diga justo precio e incluso cuando no se diga éste que se exprese por la deuda, ya sea en concepto de venta o de darse en pago de deuda por el precio justo. Consideran que el pacto se concibe en los términos de: si te doy en prenda tal cosa y si dentro de un mes no la desempeñase que nunca mas pueda verificarlo equivale a que el dominio pase entonces al acreedor *dominium sit apud creditore*.

Continuando con el análisis del texto cuando se habla de los que prestan- *porque los que emprestan dineros a otros sobre peños, non lo querrian fazer de otra guisa*- parece deducirse que el pacto de que se trata es nulo cuando la *pignus* se da por causa de mutuo; y no tuviese

vendalos con testigos de tres omes bonos con mandamiento del alcalde conceieramiente a qui mas le diere por ellos, e entreguese de lo que ha sobrellos, e de lo que oviere de aver por mision, o de pena alguna si la puso con él que sea con derecho, e lo demas délo a su dueño e si non fuere en la tierra del dueño de los peños, de guisa que nol pueda afrontar, pasado el plazo de el tercer dia vendaols asi como sobre dicho es.

⁵⁶ G. LOPEZ, *Las siete partidas del Sabio Rey don Alfonso el nono, nuevamente glosadas*, Salamanca 1576, gl. ad Partidas 5.5.41.v. -*quanto podria valer - dicat in pacto ad arbitrio boni viri ut hic subijcit latis est q dicat iusto pretio: quia illud debet declarari arbitrio boni virii.*

por objeto el afianzamiento de otra deuda. Sin embargo esto debe descartarse ya que semejante pacto se reprueba indistintamente en todo género de hipotecas, al margen de que el pacto se tomo del préstamo porque es el mas común.

Parece cuando al final señala que los *omes quando estouiesen muy cuytados con muy grand mengua ouiessen, farian tal pleyto*⁵⁷, se infiere que será valido el pacto que se interponga después de celebrado el contrato es decir como *pacto ex intervallo*.

El pasaje de la partida citada debemos confrontarlo con el contenido en 5.13.12⁵⁸:

Quales pleytos pueden ser puestos por razon de los peños e quales no. Todo pleyto, que no sea contra derecho, nin contra buenas costumbres, puede ser puesto sobre las cosas que dan los omes a peños. Mas los otros no deuen valer. E por ende dezimos, que si algun ome empeñasse su cosa a otro, a tal pleyto diziendo asi, si vos non quitare este peño, falta tal dia, otorgo que sea vuestro dende a delante, por ello q me prestaes, o que sea vuestro coprado, que a tal pleyto como este non deue valer. Ca si atal postura valiesse on querrian los omes rescebir de otra guisa los peños, e vernia porende muy gran daño a la tierra, porque quando algunos estuviessen muy cuytados empeñarían las cosas, por quanto quier que les diessen sobre ellas, e perderlas yan, por tal postura como esta. Pero si el pleyto fuesse puesto de guisa, que si el daño non le quitasse fasta dia cierto el que lo empeño, que fuesse suyo fendido o del otro comprado, por tanto precio, quanto le apreciassen omes buenos; tal pleyto dezimos que valdria, assi como diximos en el Titulo de las promissiones, de los pleytos e de las posturas en la ley que fabla en esta razon.

Esta ley parece desaprobar lo que vimos en la Partida 5.5.41 a no ser que los contrayentes hubiesen convenido, de un modo que no diera lugar a dudas, que se cediera en lugar de la deuda la cosa pignorada,

⁵⁷ Gl.ad P.5.5.41 vv. *-quanto pordria valer- quando estuviessen ex hoc innuitur q valet istud pactum appofitum ex intervallo l.34. D. de pignor l quamvis, D. solut.*

⁵⁸ Precedente a la disposición tenemos el Fuero Real 3.20.2 bajo el titulo sobre *las debdas e de las pagas: Qui por debda que devie a plazo metiere sobre si tal pena, que si non pagare al plazo, que aquel a qui debe la debda puede tomar sus bienes do quier que los falle, e vender, e que sea creydo sobre la vendida por su palabra llana, tal pleyto como este vla:etsi por si facer non lo pudiere o non quisiere, aya derecho, por los acalles e por eso non pierda ninguna cosa de su derecho de como fue puesto entrellos.*

lo que verdaderamente mitigaba el rigor exigiendo que la cosa quedase vendida al justo precio *fuesse suyo fendido o del otro comprado, por tanto precio, quanto le apreciassen omes buenos*. A mi juicio casa con lo también establecido en el pacto Marciano de D.20.1.16.9: *iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam* que da validez al pacto pero con justiprecio. La partida por tanto incide en la equivalencia deuda y precio como excepción ya que la pauta general es la progresiva confirmación del veto de Constantino.

En la etapa precodicial con los diferentes proyectos nos encontramos numerosas oscilaciones y cambios en la regulación del pacto. Por un lado en el proyecto de Código civil de 1836 en el art. 1710 se establecía:

“ aun cuando en el contrato se hubiese negado expresamente al acreedor la facultad de vender la cosa sujeta a prenda, podrá verificarlo con tal que después de pasado el término señalado para el cumplimiento de la obligación haya interpelado al deudor en tres ocasiones distintas y transcurridos desde la última dos años sin cumplir la obligación”.

El texto aglutina en su precepto las formalidades de la Partida 5.13.41, el plazo bienal y la interpelación para el caso de la *impetratio* que vimos en C.8.34(35).3.

En el proyecto de García Goyena de 1851 en su art. 1775 señala:

El acreedor no puede apropiarse la cosa recibida en prenda ni disponer de ella aunque así se hubiere estipulado; pero cuando haya llegado el tiempo en que deba pagarse, tiene derecho a hacerla vender en subasta pública, o a que se le adjudique a falta de postura legalmente admisible, por el precio mismo en que un tercero habría podido rematarla con arreglo a la ley.

Vemos por un lado que el Proyecto isabelino confirma de entrada el veto como pauta general, excluyendo *expressis verbis* el acuerdo contrario⁵⁹; a pesar de ello si establece la posibilidad de adjudicación por justiprecio.

⁵⁹ R.DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad en Garantía. La prohibición del pacto comisorio*, Pamplona 1998, p.22ss. el proyecto no incluía *expressis verbis* a la hipoteca. El criterio proviene del antecedente francés que tampoco lo hizo. Este dato, como pone de manifiesto el autor, dio lugar a una gran polémica en Italia, cuyo Codice de 1865 seguía la misma tendencia. Asimismo recoge las citas de este artículo en STS de 19 de Noviembre de

Sin embargo, nos encontramos con una excepción a la interdicción en la disposición contenida en el Anteproyecto de 1882-1888 art.6 del título relativo a la prenda donde recoge una excepción al señalar:

no puede el acreedor apropiarse la cosa recibida en prenda ni disponer de ella, salvo pacto en contrario. No existiendo este pacto, y una vez vencido el plazo de pago, tiene el acreedor derecho a que se venda en pública subasta, o a que se le adjudique, en defecto de postura legalmente admisible, por el mismo precio en que un tercero hubiera podido rematarla con arreglo a la ley.

Si bien la parte final es coincidente con la del Proyecto isabelino, en sus primeras líneas parece admitir el pacto comisorio⁶⁰.

Según Feliu⁶¹ el Anteproyecto sufrió la influencia⁶² del Anteproyecto belga de reforma del Código de Napoleón, debido a Laurent donde en su artículo 2150 en relación a la prenda señalaba:

el acreedor no puede, por falta de pago, disponer de la prenda pero puede exigir que el juez ordene al acreedor que se la quede en pago hasta

1891, 28 de Noviembre de 1893 y más recientemente en 25 de Mayo de 1971 y 25 de Septiembre de 1986.

⁶⁰ Como apunta M.I.FELIU REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid 1995, p.51 el cambio de criterio obedece a la nueva realidad económica impulsada en España mediante ley de 14 de Marzo de 1856 liberadora de las tasas del interés en los préstamos. Por otro lado el título hace referencia a la prenda y así el autor considera que el silencio existente en relación a la hipoteca puede obedecer a la ausencia de toda referencia en el *Code Francés*. Pero me parece más obvia la opinión de BIANCA, *Il divieto del patto comisorio*, Milano 1957, p.93ss., que tal ausencia obedece al concepto amplio de la expresión *pignus* que engloba a ambas figuras (*datum-conventum*)

⁶¹ *Op. cit* p.55. Por su parte el mismo autor considera que la redacción del art.6 del Anteproyecto 1882-1888 fruto de una triple circunstancia: las ideas liberales plasmadas en la ley de 1856 liberadora de las tasas de interés en los préstamos, la ausencia de la anticresis como figura independiente hasta la redacción definitiva de nuestro Código Civil, y la decisiva influencia del texto de Laurent. Si bien el proyecto de Laurent a diferencia del proyecto español exigía expresa tasación pericial. En otro orden de cosas el art .2150 de Laurent debe contrastarse con el 2165 en relación al acreedor anticrético, vid. *Ibidem* p. 49, n.57.

⁶² Sobre las derivaciones de los diferentes proyectos vid. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *El Anteproyecto del Código Civil Español con motivo del Centenario de la ley del Notariado*, Madrid 1965, p.706ss.

la concurrencia debida, según tasación pericial, o que se venda en pública subasta.

Al hilo de algunas de las fuentes citadas, como las contenidas en las Partidas 5.13.12 y 5.5.41 cuyo antecedente deriva de D.20.1.16.9 que contiene el llamado pacto marciano, los términos del art.2150 del proyecto de Larent se ajustan más al *iter* histórico que permite la apropiación del bien por su justo valor o, en su caso, por la pública subasta, al igual que el Anteproyecto de 1882-88 que permite el pacto comisorio⁶³, pero se trata de excepciones a la regla general tradicional que marcó el Emperador Constantino ya que en nuestra Codificación se recupero el criterio tradicional⁶⁴ de la interdicción.

En el artículo 1859 del de nuestro Código se establece de forma imperativa la proscripción del pacto: "*el acreedor no puede disponer de las cosas dadas en prenda o hipoteca*" por tanto nuestro cuerpo legal excluye la posibilidad de que el acreedor haga suya la cosa gravada con el fin de satisfacer su crédito y excluye, al mismo tiempo, cualquier forma de disposición por parte del acreedor de la cosa gravada. De todo ello se deduce que el Código no solo prohíbe la apropiación de la cosa gravada como forma de realización del crédito sino también cualquier convención previa destinada a igual fin. También, al igual que sucede en toda la tradición jurídica analizada,

⁶³ FELIU REY, *op. cit.* p.55 sostiene que por contra que del articulado de los diferentes proyectos de 1836 y 1851 así como el actual art. 1872, la adjudicación, por remisión al art.1884 de la LEC, sólo es factible en defecto de postura legal admisible.

⁶⁴ Se mantiene la prohibición del pacto comisorio y de su primer vestigio la cláusula *voie parée*, en el Derecho Francés debido a la falta de libertad del deudor que ante la necesidad del crédito acuerda conceder al acreedor prendario la facultad de autopignoración o libre disposición del objeto que se ofrece como garantía, así se recoge como regla general en el art. 2078 . Y también se mantiene la prohibición en el art. 2774 del *Codice* Italiano de 1942 constituyéndose como un veto con carácter abstracto. En relación al estudio comparado del sistema francés e italiano vid. R.DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad en garantía...*p.25-66. Por su parte A.CENDERELLI, *Divieto della lex commissoria*, *op. cit.* p.259 señala que: *la conclusione che se ne trae può essere soltanto nel senso di negare che il divieto del patto commissorio, cosí come formulato articoli 2744 e 1963 cc, abbia natura di principio generale del diritto italiano vigente.*

se busca con la interdicción la garantía según la cual con la enajenación del bien se obtenga el precio justo y equitativo.

Junto al artículo anterior, que ni contiene de forma expresa el pacto ni tampoco lo admite, en relación a la anticresis nos encontramos con otra base jurídica que es más explícita⁶⁵ en cuanto a la proscripción del pacto, el artículo 1884:

“el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble”.

Del texto también se desprende la alusión a la interdicción del pacto comisorio aún en el supuesto en el que se hubiese dado pacto expreso entre las partes, quedando determinada la forma de realización del bien conforme a subasta judicial conforme a la Ley de enjuiciamiento civil.

Como regla general es evidente que la prohibición del pacto que en su día estableció Constantino parece llegar en principio incólume hasta nuestros días. Así el código civil recoge esa tradición al regular las diferentes clases de garantías reales como podemos apreciar de la lectura de los artículos 1859 y 1884, si bien nuestro ordenamiento contempla situaciones en las que de forma excepcional y concurriendo determinadas circunstancias se permitan apropiaciones por el acreedor.⁶⁶ Sin embargo nuestro estudio no pretende ser

⁶⁵ FELIU REY, *op. cit.* p.65 No obstante las reseñadas dificultades, salvadas por a doctrina científica y jurisprudencial mediante la aplicación analógica, lo cierto es que la prohibición del pacto comisorio tanto para la prenda, anticresis, como hipoteca, en principio parece tajante e ineludible, a pesar de la diferente redacción de los preceptos que contienen la prohibición, la diferencia puede obedecer a la premura de la comisión a la hora de introducir en su día el capítulo relativo a la anticresis

⁶⁶ Podemos encontrar en nuestra jurisprudencia sentencias como la de 1 de Marzo de 1895, la de 7 de Marzo de 1926 que reconocen efectos a estos pactos. Junto a ellas también bases jurídicas como art. 1872 CC, 129 y 131 de la Ley hipotecaria, 234 y 235 de su Reglamento o artículos como 84, 86, 87 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento que otorgan apropiación real dándose determinadas circunstancias. Sin bien la jurisprudencia en numerosas sentencias se ha pronunciado sobre la invalidez e ilicitud de los pactos que contradicen el art. 1859 y 1884 como botón de

omnicomprensivo de todas las vicisitudes⁶⁷ que envuelven hoy en día a las posibles fórmulas de pactos comisorios encubiertos⁶⁸, a su admisión en supuestos singulares, con las correspondientes cautelas en la contratación comercial o incluso a todo el repertorio jurisprudencial que se genera a todo el debate jurisprudencial en torno al mismo.

5. *Notas conclusivas*

Conclusivamente y a la vista de las fuentes analizadas podemos señalar:

1. El pacto comisorio o marciano recogido en D.20.1.16.9 fue inicialmente una cautela establecida en beneficio del acreedor que condicionaba el comiso del bien gravado al incumplimiento del deudor. Dicha convención en numerosas ocasiones fue utilizada para encubrir intereses ilegales ya que el bien que se decomisaba por el incumplimiento superaba con holgura el crédito que garantizaba.
2. La interdicción del acuerdo convencional plasmada en la Constitución del Emperador Constantino en el año 320 CTh.3.2.1, a mi modo de ver estuvo motivada, como reza en la propia norma, por la frecuencia de los abusos y engaños a los que era sometido el deudor; lo cual nos hace pensar que la misma fue debida no sólo a la influencia de la religión cristiana abanderada por la defensa de los más desfavorecidos sino para poder atajar un problema de raíz, erradicar una cláusula inmoral. Aunque ya hemos puesto de manifiesto en relación a la eficacia retroactiva de la proscripción del

muestra podemos citar desde época remota como las sentencias de 3 de Noviembre de 1902 y de 3 de Marzo de 1932, posteriormente la de 22 de Diciembre de 1988 que señala que no son aconsejables estos pactos, o la de 25 de Septiembre de 1986 en la que considera nulo el acuerdo por el que el acreedor pignoraticio pueda quedarse con el objeto.

⁶⁷ Como ejemplo podemos aducir que en materia de Registros por ejemplo se hace eco también del veto y así se deniega el asiento registral en los supuestos de opción de compra que encubran pactos comisorios, no es posible, conforme a la Resolución General de los Registros y Notariados de 10 de Junio de 1986, a través de una opción de compra transformar el derecho de realización del valor que asiste al acreedor en una transferencia comisoria por impago.

⁶⁸ Sobre los supuestos de pacto comisorio encubierto vid. DURÁN RIVACOBA, *op. cit* 125ss.

pacto era demagógica por la dificultad que implicaba recuperar los bienes objeto de adquisición de los acreedores. Creemos que el Emperador, jugó con ese oportunismo político, logrando entronizar su política intervencionista por los adeptos deudores que se iban sumando a causa de la interdicción *favor debitoris*.

3. A nuestro modo de ver la remoción del pacto obedeció también a un criterio de proporcionalidad y equidad que trato de equilibrar la posición del deudor, buena prueba de ello la encontramos en otro de los institutos analizados, la *impetratio dominii*, que permite dar una nueva oportunidad al deudor de recuperar el objeto o incluso otorgar la propiedad al acreedor en caso de que éste último no encuentre un comprador. Esta institución de aparición anterior a la prohibición de la convención comisorio, ya que la *impetratio* como hemos podido comprobar existe desde el 229, permite al acreedor obtener el *dominii possidere* según C.8.33(34)2., aunque este derecho se encontraba ya en otras fuentes analizadas como D. 27.9.5.3, D.36.1.61(59)pr, D.41.1.63.4. Pero sin lugar a dudas es de destacar las cautelas que se introducen para mantener en equilibrio el juego de intereses del deudor y acreedor; así hemos comprobado la importancia de las formalidades en cuanto a la interpelación obligatoria y al plazo bienal que introduce el Emperador Justiniano conforme a C.8.33(34).3., al mismo tiempo que es el propio emperador en que introduce la idea de precio justo De esta forma se da solución a las ventas infructuosas que afectaban a los acreedores en la satisfacción de sus créditos al mismo tiempo que se dejaba la puerta abierta al deudor para realizar un derecho de rescate de su bien pignorado.

4. Hemos visto que todas las actuaciones jurídicas en torno a la interdicción del pacto comisorio o marciano en nuestro derecho intermedio no deja de ser un trasunto fiel de lo acontecido en las fuentes romanas. En nuestra exégesis por el derecho castellano hemos podido observar como se mantiene la tradición en torno a la prohibición como vimos en Partidas 5.13.41.y 42 aunque se da cabida al pacto marciano en 5.13.12 y 5.5.41 en una línea análoga a lo que vimos en D.20.1.16.9 que contempló gracias a la alteración justiniana el *iusto pretio tunc aestimandam* y que supuso una vuelta a la licitud de la regla romana clásica.

5. En el devenir histórico y en las fuentes las oscilaciones no han sido muchas ya que hemos podido contemplar como a lo largo de toda su

trayectoria se asienta como pauta general la prohibición, con escasas excepciones como la comentada en el anteproyecto precodicial del año 1882-1888 que contemplaba su posibilidad. Es obvio que nuestro estudio no puede ser omnicompreensivo de todo el *status quaestionis* y del amalgama de vicisitudes que pueden orbitar en torno al núcleo del pacto y de su interdicción, como son sus formas encubiertas o su admisibilidad en determinadas circunstancias.

En conclusión los principios generales de la proscripción encuentran su génesis en las fuentes postclásicas romanas con una *ratio* histórica que justificó el veto a fin de erradicar la codicia y la usura, equilibrando la posición del deudor, y cuyas bases están diseminadas a lo largo de toda la tradición histórica que ha quedado inserta en preceptos como los contenidos en el art. 1859 y 1884 de nuestro código Civil.