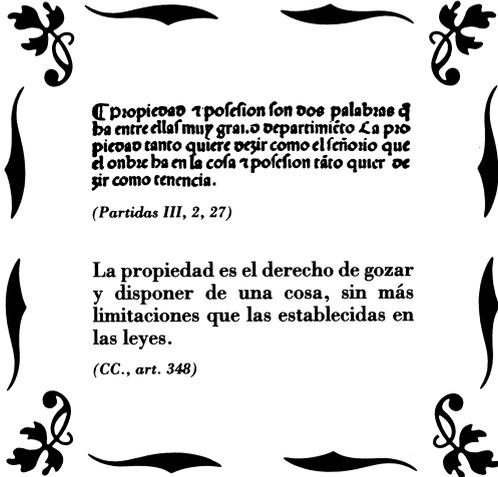


HISTORIA DE LA PROPIEDAD
CRÉDITO Y GARANTÍA

SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE,
RICARDO ROBLEDO, EUGENIA TORIJANO (Coords.)

HISTORIA DE LA PROPIEDAD

CRÉDITO Y GARANTÍA



**La propiedad y posesion son dos palabras q
ba entre ellas muy gran.o de partimicito La pro
piedad tanto quiere decir como el señorio que
el onbre ba en la cosa y posesion táto quer de
sir como tenencia.**

(Partidas III, 2, 27)

**La propiedad es el derecho de gozar
y disponer de una cosa, sin más
limitaciones que las establecidas en
las leyes.**

(CC., art. 348)

V ENCUENTRO INTERDISCIPLINAR

SALAMANCA, 31 DE MAYO-2 DE JUNIO DE 2006



Servicio de Estudios del Colegio de Registradores

© 2007 FUNDACIÓN REGISTRAL

Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

ISBN: 978-84-96782-18-1

Depósito Legal: M-55.391-2007

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10
28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Índice

PRESENTACIÓN	9
LAS FIGURAS DE GARANTÍA EN LOS FUEROS MEDIEVALES HISPÁNICOS OCCIDENTALES, por <i>Roldán Jimeno Aranguren</i>	15
A LA BÚSQUEDA DE LA COLOCACIÓN JURÍDICA DE LAS QUEBRA- DOS FRAUDULENTOS, por <i>Emma Montanos Ferrín</i>	81
LA USURA EN LOS DOCTORES SALMANTINOS, por <i>Francisco Gómez Camacho</i>	101
COMERCIO TEXTIL, CRÉDITO AL CONSUMO Y VENTAS AL FIADO EN LAS FERIAS DE MEDINA DEL CAMPO EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XVI, por <i>Hilario Casado Alonso</i>	127
HIPOTECAR LA HACIENDA COMÚN. ENAJENACIONES DEL PATRI- MONIO REGIO Y ENDEUDAMIENTO MUNICIPAL EN LOS SI- GLOS XVI Y XVII, por <i>Alberto Marcos Martín</i>	161
DEL CENSO CONSIGNATIVO A LA HIPOTECA A FINALES DEL AN- TIGUO RÉGIMEN, por <i>Mariano Peset Reig</i>	211
CRISIS DEL ANTIGUO RÉGIMEN Y CRISIS DEL SISTEMA CREDITI- CIO: EL FIN DE LOS CENSOS CONSIGNATIVOS EN ESPAÑA (1705-1885), por <i>Enric Tello Aragay</i>	237
IDEAS Y SÓLO IDEAS JURÍDICAS: UNA VISIÓN CATALANA DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO HIPOTECARIO EN LA ESPAÑA DE MEDIADOS DE SIGLO XIX, por <i>Jaume Ribalta Haro</i>	271
MICRO CRÉDITO Y ECONOMÍAS ALTERNATIVAS: LOS MONTES DE PIEDAD EN ESPAÑA, por <i>Montserrat Carbonell Esteller</i>	359
EL COOPERATIVISMO AGRARIO DE CRÉDITO EN ESPAÑA EN EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XX, por <i>Ángel Pascual Martínez</i>	375
LAS CAJAS DE AHORROS TRAS LA LIBERALIZACIÓN DEL SISTE- MA FINANCIERO EN (1977-1985), por <i>Francisco Comín Comín</i>	423
BANCA E INDUSTRIA EN ESPAÑA, por <i>M.^a Ángeles Pons Brias</i>	459

LEY HIPOTECARIA Y BANCO HIPOTECARIO, por <i>Luis Díez-Picazo Ponce de León</i>	487
LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA A LAS ACCESIONES Y MEJORAS. UNA IDEA DE «PROPIEDAD», por <i>Vicente Montés Penadés</i>	501
LA RESERVA DE DOMINIO, por <i>José M.^a Miquel González</i>	523
ALGUNOS ASPECTOS DE LA DIRECTIVA SOBRE GARANTÍAS FINANCIERAS EN RELACIÓN CON EL DERECHO ESPAÑOL DE LOS MERCADOS DE VALORES, por <i>Aníbal Sánchez Andrés</i>	601
LA EFICACIA DE LAS GARANTÍAS REALES TRAS LA L.G.T.-2003 Y R.G.R.-2005. COORDINACIÓN EN LA EJECUCIÓN, por <i>José M.^a Lago Montero</i>	639
NOTAS PARA LA REVISIÓN DEL MODELO DE EJECUCIÓN GENERAL DE GARANTÍAS REALES INMOBILIARIAS: HACIA LA EUROHIPOTECA, por <i>Fernando Martín Diz</i>	741
LA IMPLANTACIÓN DEL REGISTRO INGLÉS: ENSEÑANZAS DE UNA LENTA CONQUISTA, por <i>Nicolás Nogueroles Peiró</i>	789
PROPIEDAD, CRÉDITO Y GARANTÍA: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO, LA ECONOMÍA Y LA HISTORIA, por <i>Margarita Serna Vallejo</i>	867
PALABRAS DE CLAUSURA, por <i>José M.^a Gómez Valledor</i>	897

Presentación

Seremos breves en la presentación del volumen que el lector tiene entre sus manos, pero no podemos por menos, más siendo historiadores, de iniciar estas líneas con un recordatorio de tipo histórico, de la historia de nuestros Encuentros Interdisciplinarios sobre la Historia de la Propiedad, celebrados siempre en la Universidad de Salamanca, en su edificio antiguo, en el Aula Miguel de Unamuno. Comenzaron su andadura en junio de 1998, entre los días 3 y 6 de junio, con dedicación entonces a las líneas generales de la historia de la propiedad en España durante los siglos XV al XX, para lo que contamos con especialistas de historia general, historia agraria y económica, historiadores del derecho, civilistas y registradores de la propiedad. El resultado del mismo, y más en particular de sus ponencias, fue una obra editada en Madrid en 1999 por el Centro de Estudios Registrales, que encontró una buena acogida. Estimulados por los frutos conseguidos, y cumpliendo con uno de nuestros primeros propósitos, a saber, que las reuniones tuvieran una periodicidad bianual, volvimos a celebrar otro Encuentro, durante los días 31 de mayo a 3 de junio de 2000, pero en esta ocasión con un carácter monográfico, según ya rezaba su título, de enjundia tradicional, rural, y aún urbana, sin descuidar su legado actual: *Bienes comunales. Pasado y presente*, para lo que logramos contar, la interdisciplinariedad era otra de las condiciones de entrada, así como el largo tracto, con una gama de variados expertos, en historia general, historia económica, historia agraria, historia del derecho, administrativistas, civilistas y un registrador de la propiedad. Tampoco quedó sin frutos aquella convocatoria, ya que de sus ponencias surgió el correspondiente libro, editado en Madrid en 2002, de nuevo por el Centro de Estudios Registrales, que a nuestro entender también tuvo una excelente aceptación. Fieles a la cita, tras las dos reuniones anteriores, un par de años después, casi en las mismas fechas, del día 28 de mayo al 31, nos concitamos para deliberar de forma monográfica sobre patrimonio cultural. En esta oportunidad el tema venía dado por la designación de la ciudad del Tormes como capital europea de la cultura. Tuvi-mos entonces la satisfacción de disponer de un variado elenco de especialistas, quizá más amplio que en las citas anteriores, provenientes de los campos

de historia general, historia del derecho e historia agraria y económica, mas asimismo de la lengua, la arquitectura, la restauración y conservación del patrimonio cultural, civilistas, administrativistas, procesalistas, internaciona- listas y registradores de la propiedad. Por fortuna, no quedó tampoco estéril la reunión, pues de sus jornadas surgió una nueva obra, impresa en Madrid en 2004 por el Servicio de Estudios del Colegio de Registradores. La senda parecía estar trazada, pues, de modo que con la misma cadencia bianual, y por unas fechas semejantes, entre el 25 y 28 de mayo de 2004 congregamos nues- tro IV Encuentro Interdisciplinar sobre Historia de la Propiedad, destinado a tratar de la costumbre y prescripción, como modos de adquirir y extinguir el dominio, una materia de suma entidad en el mundo del llamado Antiguo Régi- men y todavía relevante en el del liberalismo, según testimonia, sin ir más lejos, su regulación en el Código Civil. En el referido Encuentro, acentuando si cabe la condición de interterritorialidad de las ponencias y de los ponentes, otra de las señas distintivas de nuestras reuniones, habida cuenta de los diver- sos territorios que han conformado y forman España, de sensibilidades y tra- diciones jurídicas diversas, participaron especialistas de distintas disciplinas: de historia general, historia económica, historia agraria, historia del derecho, antropología, sociología, derecho mercantil, derecho civil y registros de la propiedad. Sus actas dieron lugar a otro volumen, algo más extenso que los precedentes, aparecido en Madrid en 2006 y editado, cómo no, por el Servicio de Estudios del Colegio de Registradores. Antecedente ya inmediato del V Encuentro Interdisciplinar sobre Historia de la Propiedad, cuyas actas aho- ra prologamos, celebrado a lo largo de los días 31 de mayo a 2 de junio de 2006, bajo el lema de *crédito y garantía*, asuntos fundamentales para la pervi- vencia y aseguramiento del tráfico mercantil y del dominio, de significación cada vez más relevante en el ámbito de los préstamos hipotecarios, razón de ser, en gran medida, del origen de los Registros de la Propiedad. En esta reu- nión participaron cualificados entendidos en historia del derecho, historia general, historia económica, historia agraria, derecho mercantil, derecho tri- butario, derecho civil, derecho procesal y registros de la propiedad. Que no será el último acontecimiento de esta naturaleza, se ha de significar, porque tenemos a la vista la realización de un sexto Encuentro, a realizar en el próxi- mo año 2008, con el rótulo de *servidumbres y limitaciones de dominio*, de interés en el ámbito agrario, pero de verdadera entidad en lo relativo a la pro- piedad horizontal. Siempre, eso también, gracias al generoso patrocinio del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, sin el cual no habría sido posible ni la celebración de los sucesivos Encuentros ni la impresión de las oportunas actas, que, por cierto, y debido al mismo mecenaz- go, son accesibles en la red, en la página web <http://www.historiaproiedad.es>, si bien, de momento, hasta la publicación de las ponencias relativas a este quinto Encuentro, sólo tienen cabida las de los otros cuatro que le precedieron.

Anunciamos brevedad, y vamos a cumplir con nuestro propósito, porque no nos vamos a detener ni siquiera a valorar las distintas intervenciones de los diecinueve ponentes, todas ellas entregadas para la imprenta, ya que otra gracia más, y otra necesaria gratitud que se ha de añadir, disponemos en estas páginas, casi al final de las mismas, de una visión ajustada de las exposiciones de los diversos participantes en el Encuentro, poniéndose en relación, a efectos integradores de la multidisciplinaridad existente, el significado de la propiedad, el crédito y la garantía desde las perspectivas de la economía y el derecho. Se lo debemos a la relatora de la reunión, la profesora Margarita Serna Vallejo, habitual en estos menesteres, amén de ponente en el primer Encuentro, gran animadora de los debates, como experta que es en materia de historia de la propiedad. Pero igualmente, a añadir a lo dicho como excusa de sumariidad, y de nuevo reconocimiento y agradecimiento, contamos por escrito, como colofón del volumen, con las palabras de clausura del V Encuentro, a cargo de un asiduo a nuestros coloquios, y defensor de su persistencia, don José María Gómez Vallador, registrador de la propiedad en Salamanca, en cuya intervención final pone su acento en aclarar que en una de las garantías del crédito, en concreto la hipoteca, se halla el origen y razón de ser del Registro de la Propiedad, no en vano, señala, la Ley básica del Registro se llama Ley Hipotecaria.

No nos vamos a detener a valorar el contenido de las ponencias, y menos aún a emitir cualesquier juicios sobre la idoneidad y calidad de las mismas, es tarea que corresponde al lector, pero sí queremos animar a éste a que penetre en las páginas del volumen, porque no se va a sentir defraudado. A través de ellas, desde variados enfoques de especialidad disciplinar y temporal asistiré, por ejemplo, al tratamiento que se otorga en los fueros medievales a las figuras de garantía reales y personales, pero también contemplaré el trato que se le da en la llamada Edad Moderna a fraudes y usuras, que en el caso de los grandes maestros salmantinos puede ponerse en parangón con teorías económicas y cuánticas de mucha más reciente formulación. También desde la óptica de la Edad Moderna, se contemplará cómo el crédito jugó un papel clave no sólo en las grandes transacciones económicas, a través del instrumento de las letras de cambio, que se suponen prototípicas de las Ferias de Medina del Campo, sino también, y lo que era más habitual, en las ventas al fiado de productos textiles, como crédito al pequeño consumo, y sin salir de la misma época el estudioso comprenderá mejor cómo las haciendas comunes se iban hipotecando mediante una política regia de enajenaciones que endeudaba a los municipios, y por ende a sus vecinos, hasta límites insoportables, con inevitables consecuencias de empobrecimiento. Ya un poco más tarde, exactamente en el tránsito del Antiguo Régimen al Liberal, y la crisis del viejo sistema crediticio, observará el lector dos versiones muy distintas de

la función que en ella cumplieron los censos consignativos. A su vez, dentro de la denominada Edad Contemporánea, junto a una visión jurídica, y desde perspectiva catalana, de las instituciones de crédito hipotecario en la España de mediados del siglo XIX, encontraremos una serie de ponencias que ponen de relieve aspectos claves del sistema crediticio y sus repercusiones sociales y económicas, en el propio siglo XIX y también en el XX, como es el significado para el micro crédito de los Montes de Piedad, o la trascendencia que tuvo el cooperativismo agrario de crédito en la España del primer tercio del siglo XX, o, más recientemente, la funcionalidad de las Cajas de Ahorro tras la liberalización del sistema financiero llevado a cabo entre 1977 y 1985, y asimismo el papel que ha jugado en España la banca mixta durante los siglos XIX y XX, esto es de participación en las empresas, con notorias repercusiones en el sistema financiero y en toda la actividad económica. En fin, netamente desde postulados jurídicos, se desenvuelven las postreras ponencias, en las que se pasa revista al significado de la ley hipotecaria de 1861 y sus repercusiones para el futuro, o a la extensión de la hipoteca a accesiones y mejoras, con sus implicaciones en la idea de propiedad, así como al significado de un concepto que exige una gran precisión, como es el de reserva de dominio, no menos que se analizan determinados aspectos de la directiva europea sobre garantías financieras en relación con el derecho español del mercado de valores, o se estudian, desde el derecho tributario, los problemas de coordinación entre la Ley General Tributaria de 2003 y el Reglamento General de Recaudación de 2005 en materia de eficacia y ejecución de garantías reales, o también, ahora desde un punto de partida del derecho procesal, se ofrecen ideas y reflexiones para proceder a revisar el modelo de ejecución judicial general de garantías reales inmobiliarias, ofreciéndose como perspectiva de futuro la eurohipoteca, un derecho real de garantía inmobiliaria común a toda Europa y, cerrando las intervenciones, la última de ellas, desde un sistema comparativo de los registros en Europa, está destinada a dar cuenta de cómo ha ido evolucionando la institución registral en Inglaterra, partiendo del siglo XIX y llegando a la actualidad.

Toda una gama de propuestas, de ensayos y de soluciones, se convendrá, que harán atractiva la lectura de las sucesivas ponencias acerca del crédito y los instrumentos de garantía, eso al menos esperamos los organizadores y coordinadores del Encuentro, que una vez más hemos de acabar mostrando nuestros agradecimientos, comenzando por el que merecen los ponentes, por la seriedad y profesionalidad con la que se han tomado su cometido, aunque por desgracia, uno de ellos, el profesor Anibal Sánchez Andrés, no se encuentre ya entre nosotros, y también se merecen nuestra gratitud y afecto todos ellos, ahora en forma de disculpa, porque no haya sido posible la corrección de pruebas, que tal vez hubiera podido subsanar algunas pequeñas

deficiencias formales o inadvertencias, pero la premura de su publicación ha obligado a adoptar esta medida inédita en la edición de los anteriores Encuentros. Y tras los reconocimientos a los ponentes, de nuevo el recuerdo al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, que no es el último, porque asimismo es obligado mencionar al Ministerio de Educación y Ciencia, por una subvención que nos ha prestado en forma de Acción Complementaria, como viene siendo, por cierto, habitual en todos los Encuentros anteriores, a quienes se añade la Junta de Castilla y León desde esta última celebración de los coloquios, la quinta, y esperamos y deseamos que siga colaborando en próximos eventos. Mucho es lo que debemos a todos.

Salamanca, 30 de noviembre de 2007

SALUSTIANO DE DIOS
JAVIER INFANTE
EUGENIA TORIJANO
RICARDO ROBLEDO

**LAS FIGURAS DE GARANTÍA
EN LOS FUEROS MEDIEVALES
HISPÁNICOS OCCIDENTALES**

Roldán Jimeno Aranguren
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. GARANTÍA REAL MOBILIARIA E INMOBILIARIA: 1. La prenda de usufructo: 1.1. Prenda privada o extrajudicial y prenda judicial; 1.2. Prenda como garantía de una actuación obligacional o judicial; 1.3. El sistema de publicidad. 2. Prenda e hipoteca en el *ius commune*: 2.1. Castilla; 2.2. Navarra, Álava y Bizkaia. 3. Anticresis; 4. Alternativas a la hipoteca y la anticresis: la venta con pacto de retro.—III. GARANTÍA PERSONAL: LA FIANZA: 1. Del Derecho romano al Derecho germánico: bases de la fianza medieval; 2. Capacidad para ser fiador; 3. Las formas de fianza del *ius proprium*: 3.1. Fianza de la propia persona; 3.2. La fiaduría o fianza; 3.3. Fiaduría de salvo, de saneamiento o de derecho; 3.4. El otor. 4. Fianzas singulares navarras y/o alavesas: 4.1. El ferme; 4.2. Fiadores de riedra o rendida; 4.3. Fianza de abonimiento, de cognicio o manifiesto; 4.4. Fianza de suelta; 4.5. Extinción de la fianza. 5. La fianza en el *ius commune*: 5.1. Recepción castellana de la figura romana de la fianza; 5.2. Diferencias entre el *Fuero Real* y *Partidas*; 5.3. Navarra, Álava y Bizkaia.

I. INTRODUCCIÓN

En los siglos medievales, como en toda época histórica, los acreedores necesitaron afianzar el cobro de sus créditos mediante institutos tendentes al aseguramiento, tanto en lo relativo a las garantías personales como a las reales. A través de la presente ponencia esbozaré una perspectiva general sobre las figuras de garantía en los fueros hispánicos occidentales más significativos, ya fueran locales —breves y extensos— o generales, a través de un recorrido por las instituciones referentes a la garantía real mobiliaria e inmobiliaria (prenda, hipoteca y anticresis), y las relativas a la garantía personal, singularizadas en la fianza ¹. Observaremos estas figuras en los fueros medie-

¹ Deseo agradecer a los Profs. Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo y Eugenia Torrijano su invitación para participar en el *V Encuentro sobre la Historia de la Propiedad*. La redacción de esta ponencia se ha enriquecido con las observaciones que en el transcurso del debate congresual me fueron realizadas por los Profs. Mariano Alonso y Emma Montanos.

vales castellano-leoneses, alaveses, vizcaínos y navarros, partiendo de la Alta Edad Media y adentrándonos en el *ius commune*, forjado éste por la labor de glosadores, y por los principios de los derechos canónico y germánico medievales. Las limitaciones de espacio nos obligan a seleccionar el número de fuentes consultadas², y a ofrecer una visión necesariamente sintética donde primará la descripción de las figuras de garantía sobre los espacios geográficos y las fuentes jurídicas en las que aparecen.

Por lo que respecta a las **garantías reales**, existe un aspecto conceptual previo necesario de ser aclarado, pues las fuentes históricas tendían a regular conjuntamente la prenda como contrato y como crédito preferente. Las garantías reales romanas se englobaban en tres instituciones diferentes³: la fiducia, el *pignus* (*pignus datum*) y la hipoteca (*pignus conventum*). Las fuentes romanas caracterizaron principalmente la prenda como *contrato real*, y utilizaron preferentemente el término *prenda* en sentido obligacional (*obligare, obligatio, res pignoris nexa*, etc.).

Los Derechos germánicos, por su parte, introdujeron algunos mecanismos de corrección al sistema romano, como la prenda mobiliaria y la promesa wadiana⁴ si bien, esta última no era genuinamente germánica, pues hundía sus raíces en el Derecho romano vulgar. El Derecho medieval de los diferentes territorios hispánicos englobó bajo una misma denominación los conceptos de prenda e hipoteca, pues resultaba indiferente la naturaleza mueble o inmueble del bien gravado. En los territorios analizados, encontramos el principio general de que los objetos entregados en prenda no se podían vender, o, al menos, la venta no surtía efectos hasta que la prenda fuese redimida⁵. Fue el Derecho común el que, según el bien garantizador, acabó dife-

² Tampoco abordaré el problema de la autenticidad documental de las fuentes, si bien, ofreceré las fechas que, fruto de diferentes investigaciones propias y ajenas, ha ido ofreciendo Ana María BARRERO GARCÍA: El proceso de formación de los fueros municipales (cuestiones metodológicas). En Javier Alvarado Planas (coord.), *Espacios y fueros en Castilla-La Mancha (siglos XI-XV)*, Madrid: Ediciones Polifemo, 1995, pp. 59-88. BARRERO GARCÍA, Ana María y ALONSO MARTÍN, María Luz: *Textos de Derecho local español en la Edad Media. Catálogo de fueros y costumbres municipales*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Ciencias Jurídicas, 1989.

³ Sobre las garantías reales en el Derecho romano *vid.* la obra ya clásica de FREZZA, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni*, Padova: Cedam, 1962-1963, 2 vols. Y, en concreto para la prenda, IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, *Las garantías reales en el Derecho histórico español. I. La prenda contractual, desde sus orígenes hasta la recepción del Derecho común*, Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, 1977.

⁴ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis, Sobre la prenda inmobiliaria en el Derecho español medieval. En *Estudios medievales de Derecho Privado*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1977, pp. 365-366.

⁵ FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, La compraventa en el derecho medieval español, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 25 (1955), pp. 415-416.

renciando la prenda mobiliaria de la inmobiliaria, que pasó a denominarse hipoteca. La doctrina del *ius commune* e incluso el Código napoleónico definieron la prenda como contrato, y la trataron como *contrato real*. Por lo tanto, la caracterización actual de la prenda como derecho real de garantía, autónomo del contrato de prenda, es fruto de la dogmática sobre la publicidad de las cargas, como consecuencia de la distinción entre privilegio y derecho real⁶. Aspecto intrínsecamente unido a la hipoteca es el de la publicidad inmobiliaria. Éste fue, precisamente, uno de los aspectos que más distinguió el *ius proprium* y del *ius commune*, pues la Recepción del Derecho romano-justinianeo terminó con los numerosos actos de publicidad tendentes a testimoniar la *traditio* o entrega de la cosa de los fueros locales.

Las **garantías personales** también sufrieron una evolución similar, pues tras asistir a una proliferación de instituciones en el derecho altomedieval, donde, por otra parte, apenas se fijaron condiciones para ser fiador —salvo por la utilización de términos generales como *bastante*, *abonado*, *suficiente*, etcétera—, con la Recepción del Derecho común aflorará nuevamente la figura romana de la fianza. En el *ius commune* se debatió primero doctrinalmente para, a continuación, elevar a cuerpo legal las cuestiones referentes a la capacidad para ser fiador, entrando en juego las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar⁷. Las figuras de garantía se convirtieron, por lo tanto, en una de las instituciones donde observamos más nítidamente la Recepción del Derecho, no en vano éste fue deudor de la pujante doctrina canónica que, a partir de las *Decretales* de Graciano, dio un impulso extraordinario a la ciencia jurídico-canónica de la época, que amplió la idea de la posesión, tal y como venía reflejada en las redescubiertas *Pandectas* justinianas. Los canonistas de la Recepción, atendiendo la necesidad de amparar contra las expoliaciones numerosas relaciones desconocidas en el Derecho romano, ampliaron extraordinariamente la protección posesoria, con lo que extendieron notablemente las vías de recuperar la posesión⁸, de ahí la importancia de la reformulación a hechura romana de las garantías reales y personales. No olvidemos que la distinción entre cosas corporales e incorporeales en relación con los elementos del patrimonio era secundaria para el Derecho romano, y no así para el canónico. De tal forma que en las *Partidas* encon-

⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derechos Reales. II. Los Derechos reales limitados*, Madrid: Civitas, 1987, p. 121.

⁷ MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado, penal y procesal. I. Parte teórica*, Madrid: Editorial Universitas-Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2002, p. 305.

⁸ TORRENT, Armando, La posesión: del Derecho romano al Derecho civil actual. En Armando Torrent Ruiz (dir.), *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano. Los Derechos Reales*, Madrid: Edisofer, 2001, p. 346.

traremos aplicada esa segunda doctrina, cuando se distinguía entre posesión y cuasi-posesión, en la que se incluían todo tipo de bienes, tanto cosas como derechos, y no sólo reales, sino también personales:

«**Qué cosa es posesión.** Posesión tanto quiere decir como ponimiento de pies. E según dijeron los sabios antiguos, posesión es tenencia derecha que hombre tiene en las cosas corporales con ayuda del cuerpo o del entendimiento, porque las cosas que no son corporales, así como las servidumbres que han unas heredades en las otras, e los derechos por los que gana un hombre sus deudas, e las otras cosas que no son corporales semejantes a éstas, propiamente no se pueden perder ni haber corporalmente. Mas usando de ellas aquél a quien pertenece el uso, e consintiéndolo aquél en cuya heredad lo ha, es como manera de posesión»⁹.

Como recuerda Remedios Aranda¹⁰, en la época del Derecho común comenzó la discusión doctrinal en torno al carácter real o personal de la prenda de créditos, asistiendo a la polarización de dos líneas divergentes en el modo de entender el tipo de acción correspondiente al acreedor pignoraticio en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. La disputa doctrinal en el *ius commune* venía derivada de varias causas: por una parte las fuentes romanas no manifestaban una visión unívoca¹¹; por otra, las nuevas necesidades sociales y económicas de los siglos de la Recepción hicieron necesaria una ampliación de conceptos y una adaptación de aquel Derecho romano; y, por último, se modificó la concepción y clasificación de las cosas, además de ampliarse el ámbito de la posesión —como acabamos de ver—, por obra de los canonistas. Así pues, se pueden establecer dos teorías —antecesoras de las actuales—, atendiendo al tipo de acción (útil o hipotecaria) correspondiente al acreedor pignoraticio en caso de incumplimiento por el deudor: por una parte estaría la teoría medieval y, por otra, la abierta por el tolosano Jacques Cujas, máximo representante de la escuela humanista del *mos gallicus*. Por ser el objeto de nuestro análisis los fueros medievales, nos centraremos en la primera y, dentro de ésta, en los autores que influyeron más decisivamente en la doctrina hispánica a través de las universidades de Salamanca —la que a nosotros nos interesa por el espacio analizado¹²— y Lleida.

En el campo que nos ocupa descollaron las teorizaciones de Accursio y Bártolo —que seguirán ya en época moderna Donello y Merlinó—, en torno

⁹ *Partida* III, tít. XXX, ley I. Vid. ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios, *La prenda de créditos*, Madrid: Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1996, p. 39.

¹⁰ ARANDA, Remedios, *La prenda de créditos*, op.cit., pp. 36-38.

¹¹ Las fuentes básicas eran C. 4,39,7; C. 8,17,4; D. 13,7,18 pr.; D. 20,1,13,2; y D. 20,1,20.

¹² En el caso del reino de Navarra, la falta de universidad obligó a los futuros juristas a formarse hasta mediados del siglo XVI en centros franceses, y muy especialmente en París y Toulouse.

al *pignus nominis*, una cesión de la acción para exigir el cumplimiento de una obligación. El acreedor pignoraticio no tiene más que una *actio utilis* personal frente al deudor, porque los créditos sólo son cosas incorpóreas, no susceptibles de posesión, de imposible tradición y de carácter estrictamente personal, de ahí que sean intransferibles y no pignorables. Accursio manifestó en las Glosas *actio utilis y futurum* al D. 20,1,13,2, que la acción útil concedida al acreedor pignoraticio es naturalmente hipotecaria, pero no directa, porque éste no es dueño sino obligado. Aunque la prenda de créditos puede llegar a ser una futura prenda si el crédito consiste en una cosa. De ahí que señalase en la glosa única al C. 8,17,4 respecto a la acción útil del acreedor pignoraticio:

«Certior, quia ei denunciasti, vel litem contra eum contestatus fuisti, & idem si partem debiti tibi soluisset»¹³.

En consecuencia, consideró en la glosa *tueatur* al D. 13,7,18 pr. que la protección al acreedor debe extraerse de las normas del Código referentes a la venta de la herencia, porque entre las cosas que pueden pignorarse también está el crédito, y la solución en caso de vencimiento del crédito ha de ser la compensación, cantidad por cantidad, y nunca en especie:

«Tueatur. Vt C. de he.ven. l. postquam & que res pigno. obl. poss. l. nomen quoque, & ibi dicitur qua actione»¹⁴.

Bártolo, en el extracto de comentario a D. 20,1,13,2, y continuando la senda marcada por Accursio, señaló lo siguiente respecto de la acción del acreedor pignoraticio:

«Qui habet utile dominium, potest pignori obligare: & tunc hypothecaria tenetur, qua competit contra quem-libet possessorem. h.d. Tamen admittitur creditoris eo ipse, quod resoluitur ius debitoris obligantit»¹⁵.

Es por ello que en los supuestos de vencimiento del crédito, en el extracto de comentario a D. 13,7,18 pr. mantuvo que sólo cabe la compensación o tener la cosa en prenda¹⁶.

¹³ ACCURSIO, Glosas al *Corpus Iuris civilis Justinianei*. Studi e opera Joannis FEHI, Osnabrück, 1966 (Reimpr. de la edic. de 1627).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ BÁRTOLO, Glosas al *Corpus Iuris civilis Justinianei*. Studi e opera Joannis FEHI, Osnabrück, 1966 (Reimpr. de la edic. de 1627).

¹⁶ *Ibid.*: «Nomen debitoris potest pignori obligari: & quod inde redigitur, vel compensatur, vel pro pignore tenetur».

Los juristas castellanos que intervendrían en la redacción de las *Partidas* tuvieron una influencia notoria de la doctrina de los glosadores y comentaristas del *mos italicus*, lo mismo que los juristas posteriores de los siglos XIV y XV, como Gonzalo González Bustamante y Alonso Díaz de Montalvo. A su vez, la difusión de las fuentes normativas y doctrinales del Derecho común en Castilla vino facilitada por la reelaboración medieval elaborada en romance castellano de las *Decretales* de Gregorio IX, o la traducción a la misma lengua, entre otros, del *Tractatus* de Bártolo¹⁷. Caso distinto fue el tratamiento bajomedieval de las fuentes navarras, alavesas y vizcaínas donde el *ius commune* relativo a las figuras de garantía siguió vías distintas.

II. GARANTÍA REAL MOBILIARIA E INMOBILIARIA

1. La prenda de usufructo

Rige comenzar recordando que las fuentes altomedievales no distinguían entre prenda e hipoteca¹⁸. La prenda de los primeros siglos medievales hundía sus orígenes en la prenda de usufructo aparecida y consolidada en época hispano-goda. Entre sus características, minuciosamente analizadas por Aquilino Iglesia, destacamos la duración indeterminada y su única limitación por la fijación de un plazo en el que debía efectuarse la rendición anual de cuentas¹⁹. Es el caso, por ejemplo, del *Fuero Juzgo*, en cuyo Título VI, *e los pennos é de las debdas*, prohibía la entrega de una persona como prenda y regulaba el *penno*, que era dado por deuda, de la que no podría disponer el acreedor hasta pasados diez días después de transcurrir el plazo y no recibiendo el importe de la deuda que garantizaba, en cuyo caso se vendería el *penno* y con el precio se pagaría la misma²⁰.

¹⁷ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid: Tecnos, 1992, 4.^a edic., pp. 245-246. MONTANOS FERRÍN, Emma, *España en la configuración histórico-jurídica de Europa. II. La época nueva: siglos XII al XV*, Roma: Il Cigno Galileo Galilei, 1999, pp. 253-262.

¹⁸ Sobre estos aspectos remito a GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis, Sobre la prenda inmobiliaria en el Derecho español medieval. En *Estudios medievales de Derecho Privado*, *op.cit.*, pp. 364-386.

¹⁹ IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, *Las garantías reales*, *op.cit.*, pp. 174-348.

²⁰ «**Del penno que es dado por debda.** El penno que es dado por debda, si ende fué fecho escrito de la debda, hy el debdor prometió en aquel escrito que pagarie la debda al plazo, después del plazo pasado fasta X dias, el que lo *acrovó*, deve guardar los pennos. E si el sennor del penno fuere á *rayz*, devel afrontar que pague su debda, é tome su penno. E si no la quisiere parare, ó non viniere por negligencia al dáí del plazo, dallí adelante deve dar usuras. E si el debdor non viniere é non pagare la debda en aquellos X dias assí cuemo es de suso dicho, estonz el acreedor ensenne el penno al sennor, é quanto asmaren él hy tres omnes buenos, por tanto lo venda; hy el acreedor tome del penno quantol deve dar el sennor por penno, hy lo demas réndalo al sennor del

1.1. Prenda privada o extrajudicial y prenda judicial

Era **prenda extrajudicial** la cogida por el demandante por su propia iniciativa, sin mediar autorización o mandato judicial, aunque en el acto de prenda se acogiera a los preceptos o requisitos establecidos en la ley, tal y como aparece en diferentes fueros locales hispánicos y en el *Fuero Viejo de Castilla*²¹. En concreto, la Ley II del Título VI del Libro III recogía el siguiente testimonio donde no se seguían los requisitos ordinarios de la prenda y ésta no se podía fundamentar en el poder del señor sobre sus propios labradores o vasallos²²:

«Cómo un fijodalgo puede prenda a otro los sus solariegos o los de su behetría por demanda que contra él aya, porquel venga a derecho; e el que es demandado, si le niega la demanda e ge lo prueba el que demanda, que ge lo deve pechar doblada. Esto es fuero de Castilla: Que si algund fijodalgo ha demanda uno contra otro, puédel prenda, sil fallare solariegos, sin rrey e sin otra justicia, porquel venga a derecho; e la prenda quel tomare puédela tener e nol dar a comer ninguna cosa, si non quisiere, nin a beber, fasta que muera; e si muriere aquella prenda, puédel prenda otra prenda, si ge la fallare, de los vasallos, siquier de los vasallos solariegos siquier de los de behetría. E si el de behetría quisiere sacar su prenda dende, dando fiador de tornarla, él otorgándose por su vasallo de aquel o la prenda por suya, el fijodalgo que prenda en esta guisa ha de aver derecho en esta prenda tan bien como si fuese de solariego. Mas, si a la ora que es prendado el de la

penno». *Fuero Juzgo*, Título VI, Ley III. *Vid.*, asimismo, Título VI, Ley IV: **«Si el penno non es rendido pues que la debda quieren pagar, ó el precio.** Si aquel que dió el penno por debdo al plazo quisiere pagar la debda, hy el tenedor del penno non quisiere dar su penno, ó sil vendiere su penno ante del tiempo que es de suso dicho, ó sil metiere en su pro, ó si no lo quisiere mostrar, quien lo tiene entregue el penno al sennor, é demas peche la meytad de quanto valie el penno á su sennor». Seguimos la edición de Ediciones Zeus, Barcelona, 1968. *Vid.* CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fuero Juzgo*. En Carlos E. Mascareñas (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, X, Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1985, p. 335.

²¹ El *Fuero Viejo* dedica las cinco leyes de su Título V a los *pennos*. En la primera estipula *Cómo el cavallero o el escudero e la duenna deven enpennar sus pennos ante testigos*: «Si cavallero o escudero o duennas, bestias o armas o pannos o otros pennos qualesquier echare a pennos a omne de la villa ante testigos de la villa, e quando viniere a quitar los pennos, otrosí ge los dé el que debe los pennos ante los testigos e buenos omnes vezinos de la villa, e si después que ge los oviere dado, veniere demandárgelos otra vez él u otro por él, e si el de la villa dixiere que dádogelos ha e el otro dixiere que non, dévegelo probar con vezinos de la villa. E si dixiere el cavallero o el escudero o la duenna que non rresçibrá aquella prueba e que non son fijodalgo, cumple el vezino probándogelo con testigos de la villa, pues que fue fecho vale por fuero». *Fuero Viejo de Castilla*, III, tít. V, ley I. Aquí y en el conjunto del trabajo seguimos la edición de ALVARADO PLANAS, Javier y OLIVA MANSO, Gonzalo, *Los Fueros de Castilla. Estudios y edición crítica del Libro de los Fueros de Castilla, Fuero de los fijodalgos y las Fazañas del Fuero de Castilla, Fuero Viejo de Castilla y demás colecciones de fueros y fazañas castellanas*, Madrid: Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

²² Cit. CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fuero Viejo de Castilla*. En Carlos E. Mascareñas (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, X, Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1985, p. 360.

behetría, o ante que faga la tal fiaduría como esta, si se llamare por de otro sennor, deve levar su prenda e si non ge la quisiere dar, el sennor a que se llama dével preñar por ello. E quando tal prenda como esta fiziere un fijodalgo a otro, puédela tener fasta que venga a derecho o muera en el corral de fanbre. E si muriere la prenda, deve mostrar los pellejos de cada una, segund fuere la bestia, e dárge los, así como es fuero. [...]»²³.

La prenda privada era ya excepcional en el siglo XIII castellano-leonés²⁴, aunque todavía la encontraremos en los fueros de la familia de *Cuenca*²⁵. También aparece en la Navarra bajomedieval. Así, el *Fuero General* establecía las responsabilidades del acreedor prendario²⁶, estableciendo que estaba obligado a prestar el dolo, la culpa lata y la leve, pero no la levísima ni el caso fortuito²⁷. En Navarra, al igual que ocurría en Castilla, se confundían los derechos de prenda e hipoteca. La legislación navarra era indiferente a que la cosa dada en prenda fuera bien mueble, semoviente o inmueble, pues la nota esencial era el oportuno apoderamiento por parte del acreedor, tal y como consignan numerosos textos forales del reino²⁸.

La **prenda judicial** se realizaba en virtud de un mandato judicial del *iudex* o del alcalde, y tendió a sustituir a la prenda privada. Esta prenda

²³ *Fuero Viejo de Castilla*, Libro III, tít. II, ley VI. *Vid.*, asimismo, *Fuero Viejo de Castilla*, Libro III, tít. IV, ley VI y Libro III, tít. IV, ley XII.

²⁴ ORLANDIS, José, “La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIV (1942-1943), pp. 103.

²⁵ CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, Fueros municipales. En Carlos E. Mascareñas (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, X, Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1985, pp. 436-437.

²⁶ *Vid.* CASTÁN TOBENAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo II, *Derecho de Cosas*, vol. II, *Los derechos reales restringidos*, decimocuarta edición revisada y puesta al día por Pascual Marín Pérez, Madrid: Reus, 1988, p. 526.

²⁷ «**A qué es tenido á qui mueble comendado ó empeynado sel pierde, et por quaoles cosas es escusado.** De mueble empeynado ó acomendado si las casas sel quemán ad aqueill qui recibe el mueble en peynos ó en comienda, si esto es verdad, con una iura que dé que el mueble se ha quemado con las casas, aqueill qui puso el mueble en peynnos o en comienda, deve perder, si otro paramiento no ay entre eyllos ques pueda mostrar. Esto mesmo si el diluvio lieva las casas ó si foradan la paret ó el terrado, et lievan lo suyo et lageno, et meten vozes et apeyllido, aqueill mesmo iuyzio, como dito es de suso. Et si el furto es fecho por la puerta, el seynor de la casa deve emendar la cosa agena que es perdida de su casa». *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XVI, cap. I. *Vid.*, asimismo, Libro III, tít. XVI, cap. 3, donde se establece la manera en que deberá empeñar el infanzón su heredad, y las épocas, los avalistas que deberá dar, el tiempo en que la podrá desempeñar, el lugar que deberá tener el prestamista y cómo procederá a deslindar su heredad el que la empeña. Aquí y en el conjunto del trabajo seguimos la edición de ILARREGUI, Pablo y LAPUERTA, Segundo, *Fuero General de Navarra. Amejoramiento del rey don Felipe. Amejoramiento de Carlos III*, Pamplona: Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana-Editorial Aranzadi, 1964. (Edición realizada conforme a la original de 1869). Nos valemos, asimismo, de la traducción al castellano de UTRILLA UTRILLA, Juan F., *El Fuero General de Navarra*, Pamplona: Fundación Diario de Navarra, 2003. 2 vols.

²⁸ SALINAS QUIJADA, Francisco, *Examen elemental de las Instituciones de Derecho Civil Foral de Navarra*, Pamplona: Gobierno de Navarra, 1985, p. 106.

aparece en diferentes fueros municipales pero, sobre todo, en el *Fuero Viejo de Castilla*, como garantía para el cumplimiento de una obligación²⁹. Se trataba de una prenda judicial, por lo que era el juez quien debía dar orden de prender, como quedaba establecido en la Ley VI del Título II del Libro III:

«Cómo deven ser apremiados los testigos que vengan dezir la verdad. Si un omne demanda a otro deudo e vinieren amos delante el alcalde, e dize el otro que non le debe nada e el otro dize que ge lo probará, e sacan pesquiridores e nombran los testigos, e el día del plazo non quieren venir los testigos a dezir la pesquisa, e tarda el omne su pleito por ellos, este que los ovo de dar dévese querellar al alcalde que non quieren venir al testimonio; e el alcalde dévelos mandar prender en quanto les fallaren, sinon por los cuerpos, que vengan a dezir la verdad; e mientras el alcalde les fiziere venir, non debe el otro catar por mengua del plazo; e si el alcalde non los podiere traer por rrazón de prenda, si el demandador perdiere su derecho por mengua de prueba, tales testigos como estos deven pechar la demanda al que fuere vençido por ellos, porque non quisieron dezir lo que saben»³⁰.

También se regula extensamente en el *Fuero Viejo de Bizkaia* (1452):

«Que el que quiere poner demanda a otro sobre bienes, prenda de sus prendas al otro. Otrosí dixieron que avían de Fuero e uso e costumbre que quando quier que algunos quisieren demandar a otro, así sobre demanda de bienes rayzes como de muebles, que el tal demandador prenda de sus prendas a aquél que así quiere demandar. E después de las prendas tomadas hazerle saver cómo le a prendado. E si fuere el tal prendado con fiador e ge lo apartare para cumplir de derecho quanto los alcaldes de el Fuero mandaren, las prendas dévegelas dar. E si non ge las diere e danno reçiviere en sus prendas, páguele el tal danno doblado, e quarenta e ocho maravedís de moneda vieja de cada fiador que así le apartare. E si a la parte non creyere, que jurando los tales fiadores en su yglesia juradera que son tales fiadores, que vala por donde los fiadores dixieren sobre su juramento. E si el tal prendado alcançare a aquél que las prendas lleva diziendo que le espere e que le traerá fiador sobre sus prendas, e dando alguna cosa que estoviere delante yendo por el campo donde las prendas ponga. E entretanto que el fiador traya, que no lleve más adelante de aquella casa sus

²⁹ ORLANDIS, José, "La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIV (1942-1943), pp. 81-183. CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fuero Viejo de Castilla*, *op.cit.*, pp. 359-360. *Ibid.*, *Fueros municipales*, *op.cit.*, pp. 436-437.

³⁰ *Fuero Viejo de Castilla*, Libro III, tít. II, ley VI. Vid., asimismo, Libro III, tít. IV, ley VI y Libro III, tít. IV, ley XII.

prendas hasta que traixa tal fiador; e para traer este fiador que aya espacio de dos horas. E si non le recudiere fasta las dos horas con el fiador que vaya con sus prendas fasta el cavo de la ledanía. E así que sea tenido de tener aquellas prendas en aquella noche e otro día ante que parta, si non le recudiere con tal fiador que las liebe para su casa. E si el duenno de las prendas non le recudiere con tal fiador fasta terçero día, que dende adelante que las pueda vender en el primer domingo siguiente en la yglesia donde es perrochiano el duenno de las prendas. E los maravedís que valieren que los tenga en prendas de la demanda fasta que les cumpla de derecho. E si entendiere que non tiene cumplimiento torne por la manera e forma susodicha por otras prendas todavía que aya cumplimiento de la su demanda; enpero que no vaya a otras prendas fasta en tanto que las primeras prendas sean vendidas segun dicho es. E si recudiere a dar el fiador como deve a las segundas o a las terçeras prendas que en punto que aya dado el fiador, que el tal prendador que le torne la quantía de todas las otras prendas que así vendió, pues que el tal fiador reçive. E esto se entienda en cosa que no aya pasado juizio. E si el duenno de las tales prendas non recudiere fasta treinta días después del remate fecho de las prendas con su fiador, que le queden al tal prendador dende en adelante las tales prendas rematadas para en pago e enmienda de su demanda. En caso que después le de el fiador sobre otras prendas. Si por ventura fuere la demanda sobre heredad que pertenezca al demandador, e si non quisieren yr a sus prendas e apartaren el demandador al que tiene la heredad fiador que le desenbargue lo suyo o que le cumplirá de su derecho e el demandado non le tornare otro fiador que otro día siguiente. E dende en adelante quando quisiere que vaya con otro fiador, fasta la terçera vez e el tal terçero fiador, fasta nueve días siguientes non le tornare fiador el tal demandado, que dende en adelante el demandador pueda yr ante qualquier de los alcaldes de el Fuero e pedir e querellar como le está por su fuerça en su heredad sobre fiadores non le queriendo así cumplir derecho, [e] el alcalde sea tenido de dar mandamiento para el prestamero o merino para sacar de la tal heredad al demandado e poner en posesión al demandador, mostrando primero ante el alcalde con los fiadores que así apartó e después que puesto el demandador, e quando el demandador e sacando el demandado de la posesión, el que así fuere sacado demande al otro estando de fuera, e el otro estando en posesión. E por esta misma manera sea tenido de cumplir el que está en la posesión, si el que así saliere de la primera posesión le viniere a demandar; pero todavía se entienda que sea tenido el demandador de requerir al otro que le de buenamente las prendas o fiador de le complir de derecho sobre la tal demanda. E seiendo así requerido en la forma sobredicha, si no le quisiere dar buenamente las prendas, el demandador pueda llevar según susodicho es. E ningund demandador non tome prendas algunas sin primeramente fazer el dicho requerimiento, so pena de quarenta e ocho maravedís de moneda vieja para el duenno de las prendas e las çinco vacas al Sennor. E si el que así llevare las prendas sin darle fiador el tal deman-

dado le alcançare o tomare o feziere dexar las prendas por fuerça, que pague otros quarenta e ocho maravedís de la dicha moneda vieja a la otra parte e las çinco vacas al Sennor, etc.»³¹.

1.2. Prenda como garantía de una actuación obligacional o judicial

La prenda aparecía también como garantía para el cumplimiento de una obligación, tal y como se observa nítidamente en el *Fuero Viejo de Castilla*, donde Joaquín Cerdá sistematizó tres categorías:

a) Prenda al demandado para que compareciese ante el juez como, por ejemplo, aparece en la demanda de un hijodalgo a otro:

«Del fijodalgo que ha demanda contra otro, cómo lo ha de demandar e cómo le puede prender. Este es fuero de Castilla: Que si algund fijodalgo ha demanda contra otro, si la demanda es de mueble o de heredad, dével mandar primeramente por aquel lugar do ha fuero el demandado. E puédel prender vasallos o otra prenda que non sea de su cuerpo, porquel vengan fazer derecho ante el alcalde su fuero. E si el demandado diere fiador sobre su prenda de cumplir fuero, dévegelo rresçebir, e debe ir ante aquel alcalde a terçer día a complir de fueor, si se pagare de aquel juizio de aquel alcalde; si non, puédesse alçar al adelantado; e del adelantado, a casa del rrey»³².

b) Prenda a los testigos para que comparezcan ante el juez, tal y como aparece en la anteriormente reproducida Ley VI del Título II del Libro III.

c) Prenda por la restistencia del demandado a pagar su deuda. El *Fuero Viejo* planteó diferentes casos en varios capítulos, entre los que destacamos el siguiente relativo a la prenda de ganados:

«Cómo deven ser vendida la prenda que el alcalde mandó prender por deuda. Si un omne debe deuda a otro omne e es entrado en dos plazos ençerrados para pagar la deuda e non pagó e viene ante el alcalde, mande el alcalde al sayón que entergue como es fuero. E el sayón vaya a casa de aquel cuya es la deuda. E non falla y sinon bestias, bacas, bues o ganado mayor o menor u otro mueble qualquier, e en tomándolo, el sayón dize a su duenno

³¹ *Fuero Viejo de Bizkaia*, cap. 168. Editado en inglés por MONREAL ZIA, Gregorio, *The Old Law of Bizkaia (1452)*, Reno: Center for Basque Studies, University of Nevada, 2005, pp. 205-206. Aquí y en el resto del trabajo utilizamos la versión en romance —todavía inédita— de esta edición crítica, que cuando sea publicada en castellano, contará con el cotejado de todas las versiones existentes del *Fuero Viejo*.

³² *Fuero Viejo de Castilla*, Libro III, tít. I, ley IV.

que lo metan en mano del corredor que lo venda, e su dueño del ganado non quiere meterlo en mano del corredor e se asconde, por non lo dar, debe el alcalde mandarlo meter en mano de corredor que lo venda a quien más diere por ello. E si bestias o ganado mayor o menor u otro mueble cualquier vendiere el deudor, dé fiador de sanamiento e si non quisiere dar fiador de sanamiento nin otorgar la vendida, dévenle prender quanto le fallaren. E si por la prenda non lo quisiere fazer, préndanle el cuerpo, e non salga de la presión fasta que dé fiador o enfíe él mismo; e otorgue él mesmo la vendida aquel a quien la vendiere el corredor por mandado del alcalde»³³.

1.3. El sistema de publicidad

En los fueros locales encontramos numerosos actos de publicidad tendentes a testimoniar la *traditio* o entrega de la cosa. La publicidad era una característica peculiar en la transmisión de la propiedad inmueble, y los requisitos de la misma variaban de unos fueros a otros. Estos sistemas de publicidad buscaban asegurar el **tanteo y retracto familiar**, mediante los que se concedía a los familiares el derecho de primacía para adquirir los bienes pertenecientes a sus antecesores, con preferencia sobre cualquier otro comprador³⁴. Contra los principios romanos, los fueros municipales de los diferentes territorios históricos se opusieron a la clandestinidad de las transmisiones inmobiliarias y establecieron solemnidades muy variadas para los actos de transmisión³⁵, que lentamente fueron desapareciendo o adecuándose al sistema publicitario del *ius commune*³⁶. Veamos las más significativas, espigando algunos ejemplos legislativos:

a) La robración

La robración (*roboratio* o *robra*), una de las formas más singulares de publicidad, consistía en la ratificación o corroboración, pública y solemne, de

³³ *Fuero Viejo de Castilla*, Libro III, tít. IV, ley XIII. Vid., asimismo, Libro III, tít. IV, ley I y Libro III, tít. IV, ley VI. Ejemplo de esta prenda también aparece en el *Fuero General de Navarra*. El acreedor prendario no podía usar la prenda, respondiendo, si lo hacía, de los daños o menoscabos causados, incurriendo, además, en una multa de 60 sueldos, impuesta por el juez tras probar la parte contraria la acusación (Libro V, tít. VIII, cap. I).

³⁴ FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, *La compraventa*, *op.cit.*, p. 450.

³⁵ CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fueros municipales*, *op.cit.*, p. 427. HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Introducción al Derecho hipotecario*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, 2.ª edic., p. 55.

³⁶ PACHECO CABALLERO, Francisco Luis, *Ius proprium versus ius commune*. Un caso concreto: tanto y retracto (siglos XIII-XIX). En *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*. *Atti dell'incontro di studio Firenze-Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, tomo II, Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 34/35, Milano, 1990, 1990, pp. 923-967.

las ventas de inmuebles. Trataba, mediante la mayor publicitación posible de la venta ya efectuada, de asegurar los derechos del comprador, amparándose contra tardías o maliciosas reivindicaciones de terceros. Aparece en numerosos fueros municipales castellanos y la forma de realizarla variaba de unos a otros³⁷. Los fueros breves que la contemplaron no daban detalles sobre su realización, mientras que los extensos estipulaban cómo debía hacerse. Veámoslo en el ejemplo concreto del *fuero de Sepúlveda*: la redacción A del texto de 1076 no menciona expresamente la robración cuando el propio monarca concede el fuero:

[35] «Ego rex Adefonsus, et uxor [mea Agnes hanc carta]m mandauimis facere, et legere audiuimus, et condecimus»³⁸.

Sí que aparece, por el contrario, en la redacción B del mismo fuero, cuando ordena exhibirlo ante testigos para su robración:

[34] «Ego rex Adefonsus et uxor mea Agnes hanc cartulam mandauimis facere et legente audiuimus et testes tradimus ad roborandum».

Por su parte, en la redacción extensa del fuero de Sepúlveda, anterior al 29 de abril de 1300, la robración se celebraba ante el Concejo en días determinados (los domingos y los martes de la octava de Navidad, Pascua de Resurrección y de Pentecostés)³⁹.

En el *fuero de Cuenca* [s. XIII] y su amplia familia difundida por Castilla, León, Aragón y Portugal, establecía que el vendedor debía *robrar* la venta cuando quisiere el comprador⁴⁰. La escritura de robración debía realizarse después de que la heredad fuera ratificada. El comprador del bien raíz hacía una escritura y contemplaba en ella los nombres de cinco vecinos o más, o de hijos de vecinos de la misma colación. Cuando fuera necesario, debía afirmar

³⁷ FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, La compraventa, *op.cit.*, pp. 486-495. CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, Fueros municipales, *op.cit.*, pp. 426-427. HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Introducción al Derecho hipotecario*, *op.cit.*, p. 55-56.

³⁸ Aquí y en los siguientes, seguimos la edición de GAMBRA GUTIÉRREZ, Andrés, Alfonso VI y la repoblación de Sepúlveda. En Javier Alvarado Planas (coord.), *Los fueros de Sepúlveda*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces-Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2005, pp. 43-55.

³⁹ SÁEZ SÁNCHEZ, Emilio, *Los Fueros de Sepúlveda. Edición crítica y apéndice documental por E. Sáez. Estudio histórico jurídico por R. Gibert. Estudio lingüístico y vocabulario por M. Alvar*, Segovia, 1953, pp. 59-166.

⁴⁰ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo, *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho Civil*, I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1948, p. 56. HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Introducción al Derecho hipotecario*, *op.cit.*, p. 56. CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, Fueros municipales, *op.cit.*, p. 426.

con cinco de los que figurasen en la escritura que ya había transcurrido un año y un día desde su corroboración, por lo que vencería y sería creída la colación. Si los testigos figurantes en la escritura hubieran fallecido, el comprador debería jurar con dos vecinos autentificando la escritura y que aquellos testigos estuvieron presentes viendo y oyendo la ratificación⁴¹. Tras la *roboratio* el derecho conqués —como los fueros de Alba de Tormes y de Ledesma—, exigía carta y testigos idóneos:

«**Qvaliter emptor debeat mitti [in hereditate]**. Quicumque hereditatem uendiderit totam siue in urbe, sibe in aldea, mittat emptorem in quadam parte hereditatis in uoce tocuis. Talis autem missio rata habeatur, si coram testibus idoneis facta fuerit. Si forte aliquis unum tantum predium uendiderit, et unum uel plura sibi retinuerit, mittat emptorem in uno quoque predio desterminando coram testibus in circuitu; talis similiter missio rata habeatur»⁴².

En similares términos, el *fuero de Alcalá de Henares* [1210-1247] establecía la necesidad de la *roboratio* para quien comprase heredad y obligaba a que se hiciese en escritura y, además, que fuese confirmada en día de domingo en la colación (parroquia), a la salida de misa⁴³:

«Tot omne qui comprare hereditat in Alcala & carta fiziere, dia de domingo la robe en la colación, exida dela missa, & prestel; & si non fuere roburada dia de domingo, non preste. & si carta touiere roburada & otro omne le demandare la hereditat, de fiador alacarta que cumpla lo que iaçet enla carta & respondale; et si non diere fiador, nol responde; & sil diere fiador, ande per el fuero. & si dueno de hereditat que carta ouiere a firmar, firme con los testigos que fueren en la carta, si fueren biuos, & si fueren muertos tome dueno de hereditat la carta insu mano & iure que lo que la carta dize uerdad es, & prestel la carta et su hereditat; & si esto non pudiere firmar o iurar, nol preste. & si firmare o iurare, peche el otro los cotos quo mo es escrito en la carta de

⁴¹ «**De carta roborationis**. Postquam hereditas roborata fuerit, emptor radicis faciat inde cartam, et scribat in ea quinque uicinos, ac supra, aut filios uicinorum eiusdem collationis. Et cum necesse fuerit, firmet cum quinque de illis qui scripti fuerint, quod iam annus et dies sunt transacti, quod eam roboratam teneat; et uincat, adque collatio sit credita. Si firme scripte mortue fuerint, iuret comparator cum duobus uicinis, quod ille firme presentes erant uidentes et audientes illam roborationem, et quod carta sit uera». *Fuero de Cuenca*, cap. VII, 13. Aquí y en el conjunto del trabajo seguimos la edición de UREÑA Y SMENJAUD, Rafael de, *Fuero de Cuenca (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del fuero de Iznatoraf)*. Edición crítica con introducción, notas y apéndice, Madrid: Academia de la Historia, 1935. Nos valemus, asimismo, de la traducción al castellano realizada por VALMAÑA VICENTE, Alfredo, *El Fuero de Cuenca*, Cuenca: Tormo, 1978, 2.^a edic.

⁴² *Fuero de Cuenca*, cap. II, 29.

⁴³ En similares términos aparece contemplado en el *fuero de Molina* (HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Introducción al Derecho hipotecario*, op.cit., p. 55).

la robration, .c. morauidis, los medios a palacio & los medios al rencuroso & la heredad toda duplada»⁴⁴.

b) Prohibición de las transmisiones realizadas de noche o a puerta cerrada

La prohibición de la venta de inmuebles de noche o a puerta cerrada aparecía ya en el *fuero de Burgos*, norma que adquirió carácter territorial en el siglo XIII en el *Libro de los fueros* y en el *Fuero Viejo* de Castilla⁴⁵. Esta última fuente lo recogió en la Ley II del Título I del Libro IV:

«Que non vala la vendita que fuere fecha de heredad, de día nin de noche, a puerta çerrada. Ninguna heredad non se debe vender de noche nin de día a puertas çerradas. E la vendita que así se fiziere non puede toller su derecho al pariente a quien pertenesçe la heredad por rrazón de patrimonio o de abolengo, maguer que el cambio sea fecho»⁴⁶.

Estas prohibiciones buscaban facilitar al pariente que quisiera comparecer hacer uso de sus derechos de tanteo sobre los bienes de patrimonio o abolengo⁴⁷.

c) Difusión de las transmisiones por medio de pregones

El anuncio de las transmisiones inmobiliarias por medio de pregones fue general en diferentes fueros locales y generales castellanos y navarros, siendo diversas las modalidades en la forma de pregonar la transmisión. Con el fin de que los parientes del vendedor pudieran acudir en el momento de la venta a ejercitar el derecho de opción que los fueros le concedían sobre los bienes de sus antecesores, el que deseaba vender tales bienes tenía la obligación de comunicar públicamente la venta mediante pregón, con el fin de que tal noticia llegase a conocimiento de los parientes a quienes se concedía esta facultad. Existió una diferencia entre el Derecho castellano y el navarro y vizcaíno en relación al lugar y plazo de celebración del pregón. En el primer caso, debía realizarlo el pregonero —empleado municipal— por toda la villa o ciudad,

⁴⁴ *Fuero de Alcalá de Henares*, fols. 50v-51r., cap. 278. Seguimos la edición de TORRENS, M.^a Jesús, *Fuero de Alcalá de Henares*, Col. Fuentes Medievales Alcalaínas, 3. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, 1992. Añadimos nosotros las mayúsculas y los signos de puntuación. En cualquier caso, esta transcripción paleográfica obvia la sistematización por capítulos que estableció Galo SÁNCHEZ, a quien seguimos en la identificación de los textos: *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares. Edición y estudio*, Madrid: Junta para ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, Centro de estudios Históricas, 1919, pp. 277-324.

⁴⁵ CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fueros municipales*, *op.cit.*, p. 427. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo, *Estudios de Derecho hipotecario*, *op.cit.*, p. 56.

⁴⁶ *Fuero Viejo de Castilla*, IV, tít. I, ley II.

⁴⁷ FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, *La compraventa*, *op.cit.*, p. 448.

durante tres días, sin que los fueros especificasen si tenían que ser consecutivos o no, tal y como aparece, por ejemplo, en el *fuero de Cuenca* [s. XIII]⁴⁸:

«**De eo qui radicem uendere uoluerit.** Qui radicem aliquam uendere uoluerit, faciat eam preconeri per tres dies in urbe, et tunc si aliquis de illius parentela eam emere uoluerit, emat eam tanto, quanto ille qui carius eam emere uoluerit. Tribus diebus transactis, uendat eam cuicumque uoluerit»⁴⁹.

Otro ejemplo más desarrollado lo encontramos en el *fuero de Plasencia* (1290), donde se estipulaba que quien quisiera vender una finca debía hacerla pregonar por tres días en la ciudad:

«**De uender rayz.** Todo omne que alguna cosa uendiere o comprare o caminar, si quier sea rayz o mueble, sea estable, fueras de omnes de orden, que ninguno d'ellos non se pueden repentir. Todauia, quel que la rayz uender quisiere, fagala pregonar por tres dias en la çibdat, que si algun pariente d'aquel comprarla quisiere, conprela commo aquel que mays caramiente comprarla quisiere. Los tres dias passados uendala a quien quisier, et este uendimiento fecho, nadi non se puede repentir. Et si pregonar non la fiziere et la uendiere, los parientes del uendedor non pueden demandar nada al comprador; mas al uendedor que rayz uendio en ascondido, los parientes non sabiendolo de más açerca. Por tanto, deue él dar por fuero a tanto et tal rayz et por tanto quanto la otra uendio. Si pregonada fuere commo dicho es non responda a nadi por ella. Otrossi, que si fuero fuesse que nadi non pudiesse uender rayz si non a sus parientes, las heredades serien mucho auiltadas que non podrien uenir al precio d'ellas pora catiuo o pora omezilio»⁵⁰.

En la difusión de las transmisiones mediante pregones en el Derecho navarro y vizcaíno —al igual que ocurría en el aragonés de Teruel—, el pregon se hacía durante tres domingos. En el *Fuero General de Navarra* todo hidalgo que quisiera vender su heredad debería pregonarlo a son de campana en tres domingos, con requerimiento a los parientes tronqueros que pudieran ejercitar el retracto:

«**En coal manera debe pregonar fidalgo que quiere vender su heredat [...].** Todo fidalgo que quiera vender su heredat, dévela pregonar en tres domingos, tocadas campanas, et diziendo si algun parient ha qui la quiere comprar, si non que la vendrá á estranio; et si viniere el parient et quiere

⁴⁸ *Ibid.*, p. 450.

⁴⁹ *Fuero de Cuenca*, cap. XXXII, 4.

⁵⁰ *Fuero de Plasencia*, cap. 387. Aquí y en el conjunto del trabajo seguimos la edición de RAMÍREZ VAQUERO, Eloísa, *El Fuero de Plasencia. Estudio Histórico y Edición crítica del texto*, I, Mérida: Editora Regional de Extremadura, 1987.

dar quoanto el estranio dévela aver. Pero si ha rencura que li faz cubierta, jurando que tanto dá el estranio, debe ser creydo. Et si non quisiere dar tanto quoando aqueyll qui no es parient, puédela vender daylli adelant á qui quisiere. Empero de que oviere á iurar por lo que non crehe, debe ser la paga de la otra part. [...]»⁵¹.

Por su parte, el *Fuero Viejo de Bizkaia* (1452) establecía el sistema de pregones en la iglesia o anteiglesia, por regla general durante tres domingos, para las ventas voluntarias o forzosas de fincas:

«**Título de las vendidas.** Otrosí dixieron que avían de Fuero, uso e costumbre que quando algunos bienes en que fuere fecha entrega se ayan de vender que se vendan e rematen en esta manera. Si fuere fecha la tal entrega en bienes muebles e rayzes de el deudor sean llamados e apregonados los tales bienes en tres domingos en renque en l'anteyglesia donde los tales bienes fueren, ante el pueblo, a la hora de la misa mayor, publicamente. E al terçer domingo sean rematados los bienes muebles al que más por ellos diere. E los bienes raíces, seyendo así llamados, estén en entrega en anno e día. E después de anno e día pasados, sean llamados e apregonados en otros tres domingos, en la manera sobredicha, e al terçer domingo sean rematados contra aquél que más por ellos diere. Pero si algún pariente propinco que aya derecho de los comprar quisiere aver los tales bienes raíces a preçio de tres omes buenos, sean rematados al tal pariente, aunque aya otro comprador que más diere por ellos, etc.»⁵².

Este texto del *Fuero Viejo* vizcaíno sirvió de base a la hora de elaborar el *Fuero de las Encartaciones* (1503), aunque en este caso el sistema de publicidad se realizó mediante el anuncio público de la venta en la misa mayor, reunido todo el pueblo en la iglesia, también durante tres domingos⁵³.

⁵¹ *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XII, cap. 14.

⁵² *Fuero Viejo de Bizkaia*, cap. 79.

⁵³ «**Del descalonno de las heredades y como los propincos las pueden aber.** Iten, hemos de fuero, vso e costumbre que qualquier que quisiere vender heredad que la descalonne en tres domingos al tiempo que se faze la offrenda publicamente en la iglesia parrochial do estobiere sita la tal heredad diziendo publicamente ante todo el pueblo que ende estobiere como quiere vender tal heredad, e por la misma forma el segundo e terçero domingo, e al postrero diziendo como aquel es el postrimero llamamiento según fuero e costumbre de la tierra dentro de los dichos tres domingos quiaquier propinco que venga del tronco de aquella heredad pueda parar fiadores en ella con que sea el tal pariente dentro del quarto grado; e si la quisiere vender el tal duenno que ge la aya de vender al tal propinco dentro del quarto grado a vista de dos hombres buenos tomados por ambas las partes por cada vna el suio e otro del alcalde de su offiçio, e les tome juramento que bien e justamente e sin fraude, lo mas justo que Dios les diere a entender haran el apreçiamiento de la tal heredad; y lo que ansi todos tres o los dos dellos si los tres no fueren concordos apreçiaeren ayan de pagar por la tal heredad el tal pariente comprador, dentro de nueve dias despues que ansi se fiziere el tal apreçiamiento e fasta aquel esta fecho el pregon, no sea tenido el vendedor de el entregar

Una fórmula intermedia aparece consignada en el el fuero castellano-manchego de *Brihuega* [1239?], pues, sin indicar la fecha de los tres días, estipulaba que la dación en prenda u otros negocios había de hacerse en domingo, y con pregón previo⁵⁴.

d) Notificación a parientes

Con la misma finalidad que el pregón, en algunos fueros se impuso la obligación de notificar la venta de bienes de *abolengo* o *abalorio* a los parientes que podrían heredarlos. Fue el caso de la familia navarro-aragonesa de Jaca y, bajo su influencia, de lo establecido siglos después en el *Fuero General de Navarra*:

«A quoales deve requerir fidalgo que quiere vender su heredit, et quoales la pueden sacar. Quoando los hermanos et las hermanas han entre si partido las heredades que lis pertayneze de avolorio ó de patri-monio, et por aventura alguno deyllos quiere vender su part de heredit, por fuero primerament deve dizir á sus hermanos que la compren si quisieren. Mas si eyllos no la quisieren comprar despues menos de embargo la pueden vender á quien se querrá. Mas si non fiziere á saber á sus her-

la tal heredad al comprador, y el alcalde le apremie a que haga el tal pregon el comprador; e despues del terçero descalonno y apartados fiadores ninguna de las partes se pueda apartar de la tal venta, mas ante el vendedor sea obligado de la vender, y el que aparto fiadores a la comprar al preçio de los dichos hombres buenos, saluo si anbos a dos de concordia se quieren apartar dello; y a los tales aprecioadores pagueles su trabajo a vista del alcalde; e si dentro del dicho descalonno no pareçiere tronquero a apartar fiadores y la comprar como dicho es, que despues el tal vendedor que ansi la descalonno la pueda vender libremente a quien quisiere e valga la tal venta». *Fuero de las Encartaciones*, fol. 32 v.º. A falta de la edición crítica que está preparando el Prof. Gregorio MONREAL ZIA, seguimos la edición de ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, Javier et al., *Fuentes jurídicas medievales del Señorío de Vizcaya. Fueros de las Encartaciones, de la Meridndad de Durango y de las Ferrerías*. Col Fuentes documentales medievales del País Vasco, núm. 51, Donostia: Eusko Ikaskuntza, 1994. Cfr. FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, La compraventa, *op.cit.*, pp. 419 y 450-451.

⁵⁴ «**Per onme que uenda heredit.** Ted ome que heredit quisiere uender, paresca en conceio, dia domingo, a pregón ferido et con nombre aquella heredad que quisiere uender; et si estranno la comprare, después que la heredad fuere robrada, si uniere parient hasta IX días, aya poder de sacar heredit, dando recabo de cumplir las pagas, como el otro cumplimiento, o auie de cumplir el que la heredit auie comprado, et finque con ella, et el duenno de la heredit robrela como fuero es; et de los parientes saquela el más cercano de cuya part uiene la rayx; et si la heredit fuere de ganancia, ayan los parientes de la una part la mealtad, et los otros parientes la otra meatad, et el que fincare e en la heredit, de fiador que la tenga anno et dia, et que no la uenda, si no fuere por tal cuyta que no la pueda escusar et esta cuyta demuestrala al conceio, et iure que no la quiere por otri, si no por assi; et si sobresta heredit le traxiere a pleyto o a judizio, et lo uenziere, del dia que lo uenziere hasta IX días, paguel quanto auie pagado el comprador; et si paga non cumpliere, tengas la heredit el comprador». *Fuero de Brihuega*, cap. 152. Seguimos la edición de LUÑO PEÑA, Enrique, Legislación foral de Don Rodrigo Jiménez de Rada. En *Universidad*, 4 (1927), núm. 9, pp. 93-128 y 18-77.

manos, et á otros vende, quoyal se quiere de los hermanos que la querrán comprar por el precio que es vendida, dévela aver menos de embargo ninguno pora si. Et si la quisiere aver ante que ayno et dia passe, li conviene demandar»⁵⁵.

En los fueros leoneses no aparece la fórmula del pregón, pero en cambio hacían testigos a los parientes bajo pena de abonar el duplo de la heredad, tal y como aparece consignado en los fueros de *Ledesma* [s. XIII?] ⁵⁶ y Salamanca [s. XIII]. En concreto, este último establece *Qui quier uender heredade*:

«Todo omne que uendier heredade, faga afrentas asus pasrientes que an aheredar; esi testigos non fezier, doble el auer que tomar, si lo arrancaren. E elos parientes que ouieren rancura dela heredade, [si] asta .VI. anos nola demandaren, non le respondan con ela»⁵⁷.

2. Prenda e hipoteca en el *ius commune*

La Baja Edad Media conoció la paulatina decadencia de la prenda de usufructo. Contribuyeron a ello —tal y como afirma Aquilino Iglesia—, los medios arbitrados para evitar la aplicación de las prohibiciones papales y, sobre todo, las nuevas condiciones económicas que trajeron, finalmente, su desaparición. La prenda de usufructo estaba concebida para una sociedad agraria, y tenía un encaje limitado en una economía urbana, debido a las dificultades que suponía la obtención de unos beneficios, que, además, eran tasados. La nueva economía comercial modificó la prenda de usufructo a través del reconocimiento de la posibilidad de proceder a la venta de la prenda en caso de impago al vencimiento. A ello se unió la creación de un nuevo tipo de prenda que culminaría en la hipoteca, reaparecida tímida-

⁵⁵ *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XII, cap. XV.

⁵⁶ «**De uender hereditat.** Todo omne que heredade uendier, e faga testigos a los parientes que la an de heredar; e se testigos non fizier, doble el auer que prefer al que pierde e la heredade. E los parientes que ouieren rancura de la heredade e asta .VI. annos non la demandaren, non respondan por ella». *Fuero de Ledesma*, cap. 130. Seguimos la edición de CASTRO, Américo y DE ONÍS, Federico, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes. I. Textos*, Madrid: Junta para la ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, Centro de Estudios Históricos, 1916, pp. 215-286.

⁵⁷ *Fuero de Salamanca*, cap. 203. Seguimos la edición de CASTRO, Américo y DE ONÍS, Federico, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes. I. Textos*, Madrid: Junta para la ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, Centro de Estudios Históricos, 1916, pp. 77-207. Similares términos aparecen consignados en los fueros de Coria y Usagre. *Vid.* FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, *La compraventa*, *op.cit.*, pp. 454-455.

mente en la Cataluña de principios del siglo XIII y consolidada en las Cortes de Barcelona de 1228⁵⁸.

2.1. Castilla

En Castilla la hipoteca apareció más tardíamente que en Cataluña, pues ni el *Fuero Real* ni las *Partidas* distinguieron prenda e hipoteca, estableciéndose esa distinción como consecuencia fundamentalmente del establecimiento de un sistema de publicidad para las cargas reales: posesión (prenda), inscripción (hipoteca)⁵⁹. La hipoteca estaba comprendida dentro de la institución genérica del *peño*, que significaba tanto las cosas muebles como las inmuebles que se daban en seguridad de un crédito. Así, la Ley I del Título XIII de la *Partida V* definía *Qué cosa es peño e cuántas maneras son de él*:

«Peño es propiamente aquella cosa que un hombre empeña a otro apoderándole de ella e mayormente cuando es mueble. Mas según el largo entendimiento de la ley, toda cosa, quiera sea mueble o raíz que sea empeñada a otro, puede ser dicha peño, aunque no fuese entregado de ella aquél a quien la empeñase. E son tres maneras de peños. La primera es la que hacen los hombres entre sí de su voluntad, empeñando de sus bienes unos a otros por razón de alguna cosa que le deba dar o hacer. La segunda es cuando los juzgadores mandan entregar a alguna de las partes de los bienes de su contendor, por mengua de respuesta; o por razón de rebeldía; o por juicio que es dado entre ellos; o por cumplir mandamiento del Rey, pues tales peños o prendas como estas se hacen como por premia. E estas dos maneras de peños sobredichos se hacen por palabra. La tercera manera es de peños la que se hace calladamente, aunque no es ahí dicha ninguna cosa, así como se demuestra delante de los bienes del marido, como son obligados a la mujer que tome por peños por razón de la dote. [...]»⁶⁰.

a) La prenda

El *Fuero Real* preveía que cuando una persona empeñaba todos sus bienes se entenderían empeñados no sólo sus bienes presentes, sino también los que adquiriera a posteriori. Existían, por otra parte, cosas que no se podían tomar en prenda:

⁵⁸ IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, *Las garantías reales, op.cit.*, pp. 372-374.

⁵⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derechos Reales, op.cit.*, p. 137.

⁶⁰ *Partida V*, tít. XIII, ley I. Aquí y en el conjunto del trabajo seguimos la edición coordinada por SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Las Siete Partidas. El Libro del Fuero de las Leyes*, Madrid: Editorial Reus, 2004.

«Mandamos que ninguno non prende bues nin uacas con que aran nin otra bestia darar nin aradro nin trillo nin otra cosa ninguna que sea a seruicio de labrar e de coger pan, et qui lo fiziere torne lo quel prendere a ssu duenno con quanto danno den le uiniere, o por la osadía peche otro tanto quanto pendró: la meatat al rey e la metat al qui pendró»⁶¹.

La prenda apareció en *Partidas* también en su hechura romana, tal y como reflejó el Título XIII (*De los peños que toman los hombres muchas veces, por ser más seguros, que les sea más guardado o pagado lo que les prometen de hacer o de dar*), y dentro de éste, de manera significativa la Ley II denominada *Qué cosas pueden ser dadas en peños*, donde se recogía la posibilidad de pignorar derechos de crédito:

«**Qué cosas pueden ser dadas en peños.** Empeñar se puede toda cosa, quiera sea nacida o por nacer, así como el parto de la sierva; e el fruto de los ganados; e de los arboles; e de las heredades; e todas las otras rentas que los hombres han de cualquiera natura que sean, también los que son temporales como los que no lo son. Pero quien quiera que esquilme el fruto de estas cosas sobredichas, él que las tuviere a peños, tenido es de lo descontar de aquello que dio sobre la cosa empeñada o de lo dar al señor de la cosa. Otrosí decimos que todas las deudas que deban a un hombre, que las puede empeñar a otro con todos los derechos que han en ellas. E aquél que las recibe en peños puédelas demandar en juicio e fuera de juicio, bien así como haría aquél a quien las deben que se las empeñó»⁶².

De esta Ley se deduce la posibilidad de la prenda de créditos, pero con cesión de la *actio utilis*, pues sólo se permite al acreedor pignotaticio exigir al deudor el cumplimiento de la deuda y, por tanto, cobrar su importe, judicial o extrajudicialmente, como lo haría el deudor pignorante titular de la acción⁶³.

Aquel título decimotercero de la *Partida* quinta poseía una estructura expositiva que constituía una verdadera *dogmática jurídica* elaborada por los redactores salmantinos —profesores de Derecho formados en la escuela de Bolonia— para introducir una regulación que recogiera los beneficios de la Glosa⁶⁴,

⁶¹ *Fuero Real*, III, tít. XIX, ley 5. Aquí y en el conjunto del trabajo seguimos la edición de MARTÍNEZ DÍEZ, Alfonso, *Leyes de Alfonso X. II. Fuero Real*, Ávila: Fundación Sánchez Albornoz, 1988.

⁶² *Partida V*, tít. XIII, ley II.

⁶³ ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios, *La prenda de créditos*, Madrid: Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 1996, p. 39.

⁶⁴ RASCÓN, César, Sobre las garantías reales. En Armando Torrent Ruiz (dir.), *Actas del II Congreso Internacional y Iberoamericano de Derecho Romano. Los Derechos Reales*, Madrid: Edisofer, 2001, pp. 818-821.

tal y como advirtió ya el propio Gregorio López en su comentario a la Ley XI⁶⁵, poniendo de relieve su apoyatura en el CJ. 8,13(14)3 y CJ. 4,24,11 (*Glosa* lo pudiese)⁶⁶. En otros ejemplos de *Partidas* los modelos romanos parecen invocarse parcialmente, como ocurre con el D. 49,16,14,1; 42,1,6 y el CJ. 7,53,4, respecto del privilegio reconocido al caballero respecto de las prendas plasmado en la *Partida segunda*, título XXI, leyes XXI⁶⁷ y XXIII⁶⁸.

b) La “hipoteca”

En los ordenamientos generales castellanos a partir de las *Partidas* apareció la regulación romana de la hipoteca⁶⁹, si bien este nombre no figuró por

⁶⁵ «**Cómo no debe ninguno prender a otro sin mandado del juzgador.** Prendar no debe ninguno las cosas de otro sin mandado del juzgador o del merino de la tierra, salvo si hubiese puesto pleito con su deudor, que lo pudiese el hacer por si sin mandado del alcalde. E si alguno contra esto hiciese, tenemos por bien e mandamos que torne la prenda a su dueño; e que peche la valía de la deuda al rey, e además que pierda la demanda que había contra aquél que así prendó». *Partida V*, tít. XIII, ley XI.

⁶⁶ LÓPEZ, Gregorio, Glosas a la edición de *Las Siete Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio. Los códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, 1848. 3 vols. Vid. IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, Las Costums de Tortosa y los Fori/Furs de Valencia. En *Costums de Tortosa. Estudis*, Tortosa: Centre Associat de Tortosa, Universitat Nacional d'Educació a Distància, 1979, p. 239.

⁶⁷ «**Qué cosas son tenidos los caballeros de guardar.** Señaladas cosas ordenaron los antiguos que guardasen los caballeros, de manera que no errasen en ellas; e son aquéllas que dichas habemos, que juran cuando reciben orden de caballería, así como no se excusar de tomar muerte por su ley, si menester fuere, ni ser en consejo, por ninguna manera, para menguarla, mas para acrecentarla más que pudiesen. [...] E, sin todo esto, guardaban que caballos, ni armas, que son cosas que conviene mucho a los caballeros de las traer siempre consigo, que no las empañasen, ni las mal metiesen, sin mandado de sus señores, o por gran cuita manifiesta que hubiesen, a que ningún acorro no pudiesen haber; e, otrosí, que las no jugasen en ninguna manera. [...]». *Partida II*, tít. XXI, ley XXI.

⁶⁸ «**En qué manera deben honrar los caballeros.** Honrados deben mucho ser los caballeros. Esto por tres razones: la una, por nobleza de su linaje; la otra, por su bondad; la tercera, por el pro que de ellos viene. [...] Ni les deben, otrosí, prender los caballos, ni las armas, hallándoles alguna otra cosa mueble, o raíz, en que puedan hacer la prenda; e aunque no hallasen cosa en que la hiciesen, no les deben tomar los caballos de sus cuerpos, ni descenderlos de las otras bestias en que cabalgasen, ni entrar en las casas, a prender, estando allí ellos, o sus mujeres. Pero cosas hay, señaladas, sobre las que les pueden poner plazo a que salgan de las casas, porque puedan hacer la entrega en ellas, o en lo que allí fuere. E aún, los antiguos tanto encaecieron la honra de los caballeros, que no tan solamente dejaban de hacer la prenda donde estaban ellos, o sus mujeres, más aún donde hallaban sus mantos, o sus escudos. E, sin esto, les hacían otra honra, que donde quiera que los hombres se hallaban con ellos, se les humillaban. [...]». *Partida II*, tít. XXI, ley XXIII. Esa última prescripción no tenía un reflejo fiel en la regulación de la sentencia, tal y como se observa en la *Partida III*, tít. XXVII, ley III: «**En cuáles bienes debe ser cumplido el juicio.**». Vid. IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, Las Costums de Tortosa, *op.cit.*, p. 233.

⁶⁹ GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *La segunda hipoteca en el Derecho español*, Barcelona: Bosch, 1966, p. 39. ÁLVAREZ, Mirta Beatriz, Los derechos reales de garantía en el Derecho Romano y su recepción en el Código Civil argentino. En Armando José Torrent Ruiz (coord.), *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano. Los Derechos Reales*,

primera vez hasta la Ley 63 de Toro, aunque, ni en este caso, se estableció una clara diferenciación respecto del *peño*⁷⁰.

La labor del *ius commune* se atestiguó nítidamente en la **segunda hipoteca**. Nos encontramos ante un sistema represivo, el medieval, que castigó a los vendedores que callaban los gravámenes de la cosa vendida; sistema insuficiente, pues no impedía las perturbaciones económicas⁷¹. Ejemplo paradigmático de esta realidad la encontramos en la Ley VII del Título XVI de la *Partida séptima*:

«**De las maneras en que los hombres se hacen engaños los unos a los otros.** [...] Otrosí que sería engaño el que empeñase alguna cosa a algún hombre e después de eso empeñase aquella cosa misma a otro haciendo creer que aquella cosa no la había empeñada. O si se callase o no aperciese al postrimero cómo la había obligada al otro, si la cosa no valiese tanto que cumpliese a ambos lo que dieron sobre ella, pero si cumpliese no sería engaño»⁷².

Se posibilitaba, por lo tanto, el gravamen de una cosa por segunda vez, siendo necesario únicamente que la misma cubriera el importe del crédito de ambos acreedores. Por su parte, la Ley X del Título XIII consagró la posibilidad de gravar una misma cosa por segunda vez, si bien se sujetaba a la concurrencia de unas determinadas circunstancias:

«**Cómo puede hombre empeñar o no la cosa que dio a otro empeños.** Empeñando algún hombre su cosa a otro, si después de eso quisiere empeñar aquella cosa misma otra vez, no lo podría hacer sin sabiduría e sin mandado de aquél a quien la había empeñado primeramente, salvo si la cosa valiese tanto que cumpliese a pagar ambos los deudos. Pues entonces bien la podría empeñar sin su sabiduría, por tanto

Madrid: Edisofer, 2001, p. 847. VARELA MATEOS, Esteban, La prohibición de la segunda hipoteca en las Leyes de Partidas. Antecedentes históricos. En Alfonso Murillo Villar (coord.), *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M.ª Reimundo Yanes*, II, Burgos: Universidad de Burgos, 2000, pp. 553-560.

⁷⁰ *Ley de Toro*, 66. Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español*, op.cit., p. 425.

⁷¹ GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *La segunda hipoteca*, op.cit., pp. 39-40.

⁷² *Partida VII*, tít. XVI, ley VII. La prohibición de *empennar* la misma cosa más de una vez aparece también en el *Fuero Real*, donde se impone al infractor la pena del pago del doble del valor de la cosa a cada uno de los acreedores hipotecarios: «Defendemos que ningún omne non meta en pennos cosas agenas nin la suya non la enpenne en dos lugares nin la cosa que touiere empennada non la enpenne a otro por más nin en otra guisa si non cuemo la él touiere, et qui contra esto fiziere, peche lo que empennare a sso duenno doblado, et si la su cosa empennare en dos logares o más, peche a cada uno daquellos a qui la enpennare el doblo de lo que aquella cosa ualiere». *Fuero Real*, III, tít. XIX, ley 9. Cfr. sobre este aspecto VARELA MATEOS, Esteban, La prohibición de la segunda hipoteca, op.cit., pp. 555-556.

cuanto valiese además de aquello que él había sobre ella. Otrósí decimos que si algún hombre hubiese empeñado alguna cosa a algún hombre por tanto cuanto valía; e después de eso empeñase aquella cosa misma a otro sin sabiduría e sin mandado de aquél que la tenía en peños, que es tenido de dar otro peño alguno al segundo hombre a quien la había empeñada, que valga tanto cuanto había recibido de él. E aún además de esto, púedele poner pena el juzgador del lugar según su albedrío, por este engaño que hizo de empeñar una cosa a dos hombres, por más que no valía. Eso mismo decimos que debe ser guardado cuando alguno empeña cosa ajena, no lo sabiendo aquél que la recibe empeños»⁷³.

Nuevamente nos hallaríamos ante una ley que hunde sus raíces en la hipoteca romana⁷⁴, de la que acogería, por un lado, aspectos propios del instituto de sus primeros tiempos, como el hecho de que en principio únicamente pudiera constituirse una única hipoteca sobre la misma cosa; y, por otro, acogería caracteres propios de la hipoteca romana ya desarrollada como el *ius vendendi* del acreedor no satisfecho, tal y como ha demostrado Esteban Varela Mateos⁷⁵.

La consecuencia derivada de esta Ley, según apuntó Vicente Guilarte, era que al deudor se le permitía hipotecar sus bienes por segunda vez, siempre y cuando el primer acreedor diera su consentimiento, o cuando la cosa que se pretendía gravar tuviera un valor suficiente como para cubrir ambos créditos. En el último supuesto era innecesario el permiso del primer acreedor. La Ley X del Título XIII no favorecía, por lo tanto, la existencia de las hipotecas posteriores, pues con ellas se perjudicaría en la práctica el derecho del primer acreedor, de ahí que se le protegiera cuando el valor de la cosa no llegaba a cubrir el importe de ambos créditos, estableciéndose como necesario su consentimiento para la constitución del gravamen posterior. Por otra parte, el consentimiento del primer acreedor tendría escasa trascendencia, bien por la clandestinidad imperante, bien porque, según expresaba la propia Ley, el gravamen posterior afectaría exclusivamente a la cantidad excedente del valor de la primera deuda. La Ley parecía obedecer, en definitiva, a la necesidad de dar protección y estabilidad suficiente al titular del primer gravamen. Se otorgaba a su consentimiento la categoría de requisito indispensable para la cons-

⁷³ Partida V, tít. XIII, ley X.

⁷⁴ Cfr. MIQUEL, Juan, El rango hipotecario en el Derecho romano clásico, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 29 (1959), pp. 229-316. ROBLES VELASCO, Luis Mariano, La pluralidad hipotecaria en Roma: la aparición de la segunda hipoteca. En Armando Torrent Ruiz (dir.), *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano. Los Derechos Reales*, Madrid: Edisofer, 2001, pp. 879-892. *Ibid.*, La segunda hipoteca en el derecho romano, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, LXXVII, 668 (2001), pp. 2345-2368.

⁷⁵ VARELA MATEOS, Esteban, La prohibición de la segunda hipoteca, *op.cit.*, pp. 556-557.

titución del gravamen posterior, con el fin de que no se viera burlado por la clandestinidad reinante, siendo tal consentimiento manifestación de haber conocido la existencia de la hipoteca segunda ⁷⁶.

Así pues, la *Partida* VII supuso en la práctica que no se pudiera constituir una segunda hipoteca que supusiera una garantía insegura para el segundo acreedor, ni siquiera autorizándola éste y asumiendo el correspondiente riesgo. La autorización sólo podía comportar la renuncia a la propia garantía por parte del primer acreedor hipotecario, para así poder constituir válidamente la hipoteca en favor del segundo. Con ello, y siguiendo las conclusiones de Esteban Varela, se respetaba la prohibición de la constitución de la segunda hipoteca sobre la misma cosa, decisión que se avenía con la filosofía del Derecho bajomedieval castellano en materia de garantías hipotecarias, asegurando así la eficacia de tales garantías. Y sólo así puede interpretarse la Glosa que a esta Ley X realizó Gregorio López ⁷⁷:

«Cum quis duobus diversis temporibus rem obligat, nil agi sine mandato creditoris primi: teneturque secundo aliud pignus dare&pro commissa fraude punietur iudicis arbitrio, idem de eo qui pignorat rem alienam ignorante creditore, sed si pignus tantum valet sicut utrique debetur, vale &tenet pignoris obligatio h.d.» ⁷⁸.

Otro de los campos donde más nítidamente se atestigua la influencia romana es en el **sistema de publicidad**, pues la *traditio* espiritualizada de *Partidas* acabó con las anteriores manifestaciones altomedievales del fenómeno publicitario ⁷⁹. Por ejemplo, la anteriormente reproducida Ley XIV del Título III de la *Partida* V, regulaba una particular forma de prenda consistente en la entrega de la carta de *donadío* (heredad o herencia) o de compra del fundo o de la casa, con lo que, quien la recibía, se entendía poseedor del objeto. Como observa César Rascón, si el deudor, antes de vencer la deuda, vendía o entregaba a otro el inmueble, el acreedor sólo podía reclamar la cosa a quien la recibió después de intentar fallidamente el cobro al deudor pignorante mediante el ejercicio de la correspondiente acción procesal ⁸⁰.

⁷⁶ GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *La segunda hipoteca*, *op.cit.*, pp. 40-41.

⁷⁷ VARELA MATEOS, Esteban, La prohibición de la segunda hipoteca, *op.cit.*, pp. 558-560.

⁷⁸ Seguimos la edición de LÓPEZ, Gregorio, Glosas a la edición de *Las Siete Partidas*, *op.cit.*

⁷⁹ HERNÁNDEZ GIL, Francisco, *Introducción al Derecho hipotecario*, *op.cit.*, p. 57.

⁸⁰ RASCÓN, César, Sobre las garantías reales, *op.cit.*, p. 824.

2.2. Navarra, Álava y Bizkaia

Tanto los ordenamientos locales y generales navarros, así como el fuero alavés de Ayala y los fueros medievales territoriales vizcaínos poseen figuras de garantía reales enmarcables en el *ius propium*, tal y como hemos visto al abordar estos aspectos. La regulación romana de la prenda y la hipoteca en su hechura del *ius commune* se introdujo en **Navarra** avanzada la Edad Moderna como cuerpo de doctrina y, tras la promulgación del Código Civil, como Derecho supletorio⁸¹, aunque todavía se mantiene el derecho foral relativo a estas materias a través de los artículos 468, 469 y 470 del *Fuero Nuevo* de 1973.

En cuanto al Derecho **ayalés** relativo a las figuras de garantía se perdió, en 1487, con la renuncia de los de aquella comarca a su fuero antiguo de 1373. En adelante se les aplicó en estas materias lo dispuesto en el *Fuero Real*, las *Partidas* y los *Ordenamientos de Cortes de Castilla*. Caso distinto fue el derecho foral medieval **vizcaíno** que, como hemos visto, reguló la prenda, tanto en el *Fuero Viejo* (1452), como en el de las *Encartaciones* (1503) y, fuera ya de nuestro ámbito cronológico, en el *Fuero Nuevo* (1526), que trató de los *Empeños* en su título XIX⁸². Sin embargo, en este caso la regulación de la prenda era, en palabras de José Castán Tobeñas, *deficiente*⁸³. Es por esta razón que en los territorios sujetos al fuero de Bizkaia se utilizase para estas cuestiones, en algunos casos, el derecho supletorio castellano recibido bien de manera directa, bien, con mayor probabilidad, a través del Derecho real de Castilla vía *Partidas*⁸⁴. Y es por esa razón que, cuando se redactó la Compilación del Derecho civil foral de Bizkaia y de Álava (1959), en lo relativo a la prenda rigió el Derecho común español⁸⁵, lo mismo que en la Ley 3/1992, de 1 de junio, del Derecho civil foral del País Vasco⁸⁶.

⁸¹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, op.cit.*, p. 526. Prenda e hipoteca, por lo tanto, no son figuras de la Recepción bajomedieval navarra, más tardía que en el resto de territorios hispánicos aunque ello no suponía, como demostró José María LACARRA, que no se conociesen fuentes como las Partidas y que los juristas no se formasen en el derecho canónico de Graciano (Sobre la recepción del derecho romano en Navarra, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 11, 1934, pp. 457-467).

⁸² *Fuero Nuevo de Vizcaya*, Durango: Leopoldo Zugaza editor, 1976. Reproducción facsímil de la editada en 1865.

⁸³ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, op.cit.*, p. 529.

⁸⁴ SORIA SESÉ, Lourdes, La recepción en Vasconia Occidental de la normativa castellana sobre propiedad, *Iura Vasconiae*, 1 (2004), pp. 110-111.

⁸⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, op.cit.*, p. 529.

⁸⁶ CELAYA IBARRA, Adrián, *Curso de Derecho civil vasco*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1998.

3. Anticresis

El pacto anticrético fue, en su origen, una compensación de frutos por intereses. El acreedor recibía la posesión de un bien en garantía de la restitución de una deuda (*pignus*) y adquiría por el pacto anticrético el derecho a los frutos como compensación de los intereses del dinero prestado. En el Derecho romano, la anticresis otorgaba al acreedor un derecho similar al usufructo, y el acreedor anticrético podía arrendar el bien dado en garantía o administrarlo por sí mismo, según Marciano⁸⁷. En el *pignus* romano los frutos cobrados por el acreedor no podían sobrepasar la tasa de interés, y el exceso debía computarse al capital, de ahí que el pacto anticrético debería de verse limitado por la tasa de interés imputando el exceso al capital; sin embargo en las fuentes legislativas postclásicas se permitió el pacto anticrético compensatorio: compensar frutos por intereses sin rendición de cuentas⁸⁸. El régimen de la anticresis estuvo estrechamente ligado a las limitaciones y prohibiciones de cobrar intereses, de ahí que en la Edad Media apenas se hiciese presente, pues el Derecho canónico prohibió la usura derivada de la anticresis a través del Concilio de París (829)⁸⁹ y las *Decretales* del papa Alejandro III. La rúbrica del capítulo primero, Título XIX, Libro V de las *Decretales* proclamaba: *Usura est lucrifacere fructus rei pignoratæ*. Más adelante, en el capítulo IV, Título XXI, Libro III, se condenaba expresamente, y en el mismo libro y título, capítulo VI, rechazaba la percepción de los frutos *vicesurarum* y establecía la posibilidad de un *pignus* en que los frutos se destinasen a resarcir del capital, es decir, un *pignus* de amortización⁹⁰.

En las *Decretales* de Gregorio IX (capítulo *salubriter*, 16 *De usur.*) (1234), como excepción, se admitió el pacto anticrético en las garantías prestadas por dote prometida al marido⁹¹. La Recepción de las *Decretales* desde mediados del siglo XIII en **Castilla** hizo que se fuese imponiendo paulatinamente la prohibición canónica de la usura aunque, todavía, el *Fuero Real* recogió el préstamo reflejando la doctrina del *Digesto* justinianeo⁹². Hubo que esperar a finales del siglo XIII para que la *Partida V* prohibiese el interés del dinero (Ley II del Título XIII—anteriormente reproducida—), además de

⁸⁷ *Digesto*, XX, I, 11 y XIII, VII, 33. Vid. BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, Anticresis. En Carlos E. Mascareñas (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, II, Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1983, p. 697. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derechos Reales*, op.cit., p. 212.

⁸⁸ CJ, *De usur.*, 4, 32, 17. Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derechos Reales*, op.cit., pp. 212-213.

⁸⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derechos Reales*, op.cit., p. 213.

⁹⁰ Cit. BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, Anticresis, op.cit., p. 698.

⁹¹ Cit. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derechos Reales*, op.cit., p. 213.

⁹² *Fuero Real*, Libro III, tít. XVI, leyes 1 a 6.

obligar a descontar de la deuda los frutos percibidos. En concreto, señalaba que si se entregaba como fianza un huerto, ganado, árboles, heredades, etc., debía el prestamista descontar el valor del producto del que se había apropiado como consecuencia de la fianza, reduciendo el crédito en la correspondiente cantidad⁹³.

En la mayoría de las fuentes el pacto antecrético se reputaba de usuario, con la excepción de la anticresis por dote prometida, donde los frutos iban dirigidos al mantenimiento de la familia, que era la finalidad primordial de la dote (Ley 50 de Toro, según el comentario de Gómez, manteniendo la doctrina romanista)⁹⁴. En **Navarra** el pacto antecrético no aparecerá, también, hasta la Edad Moderna, en el no promulgado *Fuero Reducido*⁹⁵. En artículo 471 del actual *Fuero Nuevo* (1973) se recurrió, sobre todo, al principio inspirador del *Digesto* (20,1,11,1) y a los artículos 1881 a 1886 del *Código Civil*⁹⁶.

4. Alternativas a la hipoteca y la anticresis: la venta con pacto de retro

La práctica jurídica medieval muestra una escasa utilización de la garantía hipotecaria en cualquiera de sus modalidades —salvo en el caso catalán— y, por las razones expuestas, de la anticresis. Pero es natural que no se desarrollase el crédito territorial, pues, como afirmaba Vicente Guilarte, en la sociedad medieval no afluirían grandes capitales a la agricultura ni a la edificación urbana; y la misma inseguridad del dominio retraía al capital de operaciones por falta de base segura. Así pues, si el propietario necesitaba dinero vendía sus fincas con pacto de retro —disfraz archiconocido de la usura—, o cedía sus fincas en enfiteusis o en censo reservativo⁹⁷.

La prohibición canónica de cobrar intereses hizo que hubiera que buscar alternativas al pacto. La elusión de la prohibición debía de ser fácil y frecuente, especialmente a través de la venta con pacto de retro⁹⁸, tal y como lo expuso Vinnio:

⁹³ Vid. MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *La prestación de intereses*, Madrid: McGraw Hill, 1999, p. 27.

⁹⁴ Cit. BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, *Anticresis*, *op.cit.*, p. 698. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derechos Reales*, *op.cit.*, p. 213.

⁹⁵ *Fuero Reducido*, Libro IV, tit. VII, cap. 12.

⁹⁶ SALINAS QUIJADA, Francisco, *Instituciones de Derecho Civil Foral*, *op.cit.*, p. 107. DE PABLO CONTRERAS, Pedro et al., *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra. Derecho histórico, concordancias, jurisprudencia*, Pamplona: Gobierno de Navarra, 1988, pp. 559-560.

⁹⁷ GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *La segunda hipoteca*, *op.cit.*, p. 41.

⁹⁸ BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, *Anticresis*, *op.cit.*, p. 698. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derechos Reales*, *op.cit.*, p. 213.

«Sed hoc pactum adiectum ideo molestum est creditori, quia tenebitur ad rationes reddendas fructusque restituendos, quos ultra usuras legitimas percepit, ne usuraria pravitas admittatur. Hinc suadent quidam, potius dominium cum pacto retrovenditionis in creditorem esse transferendum⁹⁹».

El mecanismo del pacto de retroventa era sencillo, y lo encontramos regulado de manera directa en **Castilla** a través de la Ley XLII del Título V de la *Partida V*¹⁰⁰:

«De los que venden por cierto precio a otros alguna cosa con condición que el vendedor o sus herederos la puedan cobrar tornando el precio. Por cierto precio vendiendo un hombre a otro alguna cosa poniendo tal pleito entre sí en la vendida que cuando quiera que el vendedor o sus herederos tornasen el precio al comprador o a los suyos, que fuesen tenidos de tornarle aquella cosa que así vendiese, decimos que si tal pleito fuere puesto en la vendida, que debe ser guardado. E si el comprador o sus herederos no quisieren guardar el pleito ni tornar la cosa, así como es sobredicho, si pena fuere puesta en el pleito débela pechar. E si el vendedor o sus herederos quisieren recibir la pena, débense pechar e si el vendedor o sus herederos quisieren recibir la pena, débese partir de la cosa vendida, salvo si el pleito fue puesto que tornase la cosa e pechase la pena. E si pena no fue puesta en el pleito, entonces el comprador es tenido de tornar la cosa en todas guisas si es en su poder, e si en su poder no es, debe pechar al vendedor todos los daños e los menoscabos que le vinieron porque no cobró aquella cosa que así había vendida»¹⁰¹.

II. GARANTÍA PERSONAL: LA FIANZA

1. Del Derecho romano al Derecho germánico: bases de la fianza medieval

La fianza romana —de la que es heredera tras su adopción a través del *ius commune* la institución actual—, suponía que el fiador intervenía o respondía en el caso de incumplimiento del deudor. En el Derecho romano la fianza supuso un tipo especial de solidaridad pasiva, por virtud de la cual un acreedor, con posterioridad, estipulaba de un fiador, que prometía lo mismo que le debía el deudor principal, sin que se produjera novación y sin que existiera una estipulación única que tuviera varios deudores. Se trataba de un deudor

⁹⁹ VINNIO, *Institutionum imperialium*, Valencia, 1790, III, § DCCCIII.

¹⁰⁰ RUBIO TORRANO, Enrique, *El pacto de retroventa*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 60.

¹⁰¹ *Partida V*, tít. XIII, ley X.

que sobrevénia en concepto de deudor solidario y en virtud de un acto posterior. Solían distinguirse dos formas de fianza: las más primitivas eran la *adpromissio* —que podía hacerse en forma de *sponsio* o en forma de *fidepromissio*—, y la *fidepromissio*. La primera se reservaba exclusivamente para los ciudadanos romanos, mientras que la segunda se permitía también a los peregrinos. La forma más moderna de garantía personal era la *fideiussio*, que acabó eliminando las otras dos, siendo la única que quedó contemplada en el Derecho justinianeo ¹⁰².

Más adelante, en el Derecho germánico el fiador aparecía como mediador en la obligación. Ésta no se establecía directamente entre el acreedor y el deudor, sino a través de un fiador, por lo que la fianza era un elemento fundamental para la obligación. La forma germánica influyó en la fianza alto-medieval de los territorios hispánicos ¹⁰³.

2. Capacidad para ser fiador

Durante los siglos medievales los diferentes ordenamientos jurídicos establecieron las condiciones para ser fiador. Ante todo, el fiador debía ser *rraygado*, es decir, poseer bienes raíces, algo lógico, pues tenía que garantizar el pago. Este aspecto aparece tanto en los fueros locales como en los generales ¹⁰⁴. En **Castilla**, por ejemplo, el *fuero de Soria* [s. XIV] establecía lo siguiente:

«Qvi quier que ouiere a dar fiador por uendida o por debda o por otra cosa qual quier, de lo atal que ssea rraygado, de guisa que pueda bien

¹⁰² Entre la bibliografía sobre el particular destacamos, por orden cronológico, los siguientes trabajos: PETIT, Carlos, *Fiadores y fianzas en derecho romanovisigodo*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1983. REYES LÓPEZ, María José y BUIGUES OLIVER, Gabriel, Notas para un estudio histórico-crítico de la fianza, *Anuario de Derecho Civil*, 49-4 (1996), pp. 1451-1508. OLIVER SOLA, María Cruz, “La garantía personal de la fianza” en Roma, en el Código Civil Español y en el Fuero Nuevo de Navarra (estudio comparativo), *Anales de Derecho. Colección Huarte de San Juan*, 3 (2002), pp. 59-89.

¹⁰³ En palabras de Remedios Morán, en el seno de las reuniones de la comunidad en sentido amplio (*Sippe*) un miembro de ella actuaba como mediador entre un acreedor y un deudor de su *Sippe*, asegurando que el acreedor reciba su prestación o la persona del deudor. Esta labor la realizaba tanto en las obligaciones surgidas del acuerdo como las surgidas del delito, y tenía la ventaja de garantía para el acreedor y protección provisional del deudor que permanecía libre, mientras el fiador recibía los derechos adquiridos por el acreedor como *manu fidelis* y, en su caso, la *Wadia* que el deudor había entregado en su momento al acreedor. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado*, *op.cit.*, p. 304. *Vid.*, asimismo, PÉREZ-PRENDES, José Manuel, *Historia del Derecho español*, I, Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1999, pp. 422-428.

¹⁰⁴ CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, Fueros municipales, *op.cit.*, p. 434.

pagar et con que pueda auer derecho libera mjentre a aquel que lo deue auer, et que non ssea daquellos que deffiende el ffuero que non pueden seer ffiadores; et si tal ffuere el ffiador, el que lo a de tomar non lo pueda desechar. [...]»¹⁰⁵.

La figura del fiador variaba dependiendo de la condición social del sujeto. Así, el texto soriano no contemplaba como fiadores a religiosos ni abades, ni aquellos que no pudieran mandar ni enajenar sus cosas¹⁰⁶ que eran, como observó Joaquín Cerdá, los menores de edad, los hijos emparentados, las mujeres, y los locos, entre otros¹⁰⁷. Por su parte, según el *Fuero Viejo de Castilla* el labrador solariego no podía hacer fiadura sobre sí ni sobres sus bienes, contra ningún hombre, salvo contra judíos y, si lo hiciera, no sería válido si no contase con el otorgamiento de su señor. En cuanto al labrador de behetría podía *enfiar a quien quisiere* y valía su fianza¹⁰⁸.

En cuanto al espacio **navarro**, el *fuero de Viguera* y *Val de Funes* [s. XIII] indicaba cómo el fiador debía ser tal como la heredad:

«Et si toda heredit, jnfancona o villana, fuere fecha firmança o algun pleyto, tal deue ser el fiador quoyal es la heredit; por complir fuero, o de saluo o de riedra; e el fiador deue haber peynos de albarda u otro peynno complido, e propria casa en la villa, e tenga fuego, e salga e entre cada día el peynno en su casa»¹⁰⁹.

En el mismo sentido, el *Fuero General de Navarra* regulaba la forma en la que los hidalgos y los hombres de religión podían comprar para sí mismos o para otros heredades o collazos, y qué fiadores debían presentar:

«Todo fidalgo puede embiar su parient en logar de sí, si eyll mismo non puede ir, ó su ombre si es fidalgo, que prenga fermes dalguna heredit ó dalgun coyllazo, sil dan ó si compra. Esto es por lo que á las vezes los synores non pueden yr por enfermedades ó por enemiztades; et debe ser el ferme de la villa, et el fiador si ser puede et los testigos, et deven ser todos estos tales

¹⁰⁵ *Fuero de Soria*, cap. 398. Aquí y en el conjunto del trabajo seguimos la edición de Galo SÁNCHEZ, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares. Edición y estudio*, Madrid: Junta para ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, Centro de estudios Históricos, 1919.

¹⁰⁶ «Ningun omne de religion ni abbat ni otro de qual quier orden ni ninguno daquellos que manda el ffuero que non puedan mandar ni enagenar sus cosas, non pueda ffazer ffiadura ninguna; et si la fiziere, non vala». *Fuero de Soria*, cap. 402.

¹⁰⁷ CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fueros municipales*, *op.cit.*, p. 434.

¹⁰⁸ *Fuero Viejo de Castilla*, III, tít. VI, ley IV.

¹⁰⁹ *Fuero de Viguera y Val de Funes*, cap. 225. Aquí y en el conjunto del texto seguimos la edición de RAMOS Y LOSCERTALES, José María, *Fuero de Viguera y Val de Funes. Edición crítica*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1956.

quoal la heredad es. Ningun ombre dórden non puede prender fermes ni fiadores pora legos con hábito, que non valdrá, mas puede prender sin hábito con mandamiento de su obispo, ó de prior, ó de su mayor, et deve valer el fecho: et si ombre dórden prende fermes et fiadores pora si dalguno por heredad ó coyllazo con hábito, la órden puede demandar aqueylla heredad pora sí; et si prende sin hábito, pueden demandar los parientes: mas pora la órden puede prender con mandamiento et sin mandamiento, et deve valer. Et puede mueble prender pora qui quiere el hombre dórden. Et si dán á fidalgo ó coyllazo ninguno, ó compra asi, prenga recaudos como de heredad yfanzona, et fermes, et fiadores et testigos; et aqueyllos qui prenden fermes et fiadores en logar dotro, deven prender en voz daqueyllos por qui vienen, et valdrá el fecho por fuero á los synnors»¹¹⁰.

Esta misma fuente estipulaba que los constituidos como fiadores debían tener más de siete años y prestarse a hacerlo voluntariamente y sin condición¹¹¹. Sin embargo, José Alonso consideró que esta disposición quedó corregida por el Amejoramiento del Fuero de Felipe III de Evreux (1330), que amplió la edad para contratar a los catorce años para los varones y a doce para las mujeres¹¹²:

«Como segunt fuero antigo los fidalgos oviendo VII aynos podiesen fazer testament, contracto, ayllenar sus bienes; Nos entendiendo que es contra dreyto et razon, establezemos et ordenamos que daqui adelant ninguno fidalgo ni otro ninguno de nuestro Regno que aya poder de fazer testament, ni ningun contracto, ni ayllenacion de sus bienes ata tanto que aya hedat de XIII aynos conplidos si varon es, et si muger es ata que aya XII aynnos conplidos, ni ser en iuyzio sin tutor ó curador dado á eyll por auctoritat de Cort»¹¹³.

¹¹⁰ *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XII, cap. I.

¹¹¹ También se exigía explícitamente el consentimiento y la ausencia de condición en la fianza, *non diciendo de no, nin plorando, nin por fuerza, car fermes et fiadores debenser dados plazeramente*. Vid. ROVIRA MOLA, Alberto de, Fianza. En Carlos E. Mascareñas (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IX, Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1982, p. 713.

¹¹² ALONSO, José, *Recopilación y comentarios de los fueros y leyes del antiguo Reino de Navarra, que han quedado vigentes después de la modificación hecha por la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841*, II, Madrid: Establecimiento Literario-Tipográfico de D. Saavedra y Compañía, 1848, p. 204. Vid., asimismo, ROVIRA MOLA, Alberto de, Fianza, *op.cit.*, p. 713. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado*, *op.cit.*, p. 306.

¹¹³ *Amejoramiento del Fuero General de Navarra, del rey Felipe de Evreux*, cap. 1. Sigo la edición de ILARREGUI, Pablo y LAPUERTA, Segundo, *Fuero General de Navarra. Amejoramiento del rey don Phelipe. Amejoramiento de Carlos III*, Pamplona: Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana-Editorial Aranzadi, 1964. (Edición realizada conforme a la original de 1869).

3. Las formas de fianza del *ius propium*

En el Derecho previo a la Recepción afloraron complicadas figuras afianzadoras¹¹⁴, principalmente englobadas en el Derecho de obligaciones relativo a las ventas, que podemos considerarlas como un sistema general de garantías para el cumplimiento de las mismas. Joaquín Cerdá estableció una tipología de la institución de la fianza, que seguimos en lo sustancial¹¹⁵:

3.1. Fianza de la propia persona

La fianza era una institución reforzadora de la obligación por intervención de una tercera persona. Ésta entraba en la obligación surgida entre el acreedor y el deudor. Sin embargo, el Derecho altomedieval más primitivo conoció la obligación de la propia persona en sí misma, es decir, incluido su propio cuerpo. Era, como afirma Remedios Morán, como si su misma persona se *cosificara* en su vinculación con la obligación. De ahí que la fianza abarcase tanto el patrimonio como su persona, por lo que en caso de incumplimiento se aplicaría la prisión por deudas¹¹⁶. Se trataba de una prisión temporal, una especie de autofianza consistente en una promesa de darse el propio deudor en rehén como forma de garantía para el cumplimiento de una obligación, y la conocemos con los nombres de *fianza de pie* o de *mano*. La también denominada *obstagium* ('encerramiento') suponía, en los fueros locales breves, que la persona asegurada por su obligación no podía ser molestada con otro tipo de garantía o acción, mientras que en los extensos únicamente aparecía en último lugar. Los fueros municipales regularon esta forma de prisión como una institución a la que se recurría cuando faltaban bienes inmuebles, fianza, otor o ferme¹¹⁷. Así, el *fuero de Fresno* (Zamora) establecía:

«Qui fecerit calupniam et non habuerit hereditatem det fidiator per foro de Zamora et homo qui eum levet super se, et si non habuerit mitat se in presione»¹¹⁸.

¹¹⁴ Cfr. ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando de, Las fianzas de cuantía determinada en el Derecho altomedieval, *Anuario de Historia del Derecho Español*, L (1980), pp. 513-530.

¹¹⁵ CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, Fuero Viejo de Castilla, *op.cit.*, pp. 361-362. *Ibid.*, Fueros municipales, *op.cit.*, pp. 432-434.

¹¹⁶ MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado*, *op.cit.*, p. 301.

¹¹⁷ MAYER, Ernesto, *El antiguo Derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales*, Barcelona: Analecta Ediciones y Libros, 1926, pp. 147-151. CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, Fueros municipales, *op.cit.*, pp. 435-436.

¹¹⁸ *Fuero de Fresno*, cap. 253.

La prisión se eludía cuando se poseían bienes con los que pagar la deuda, tal y como se contempla en el *fuero de Brihuega* [1239 ?] ¹¹⁹, o, cuando de no haberlos, se presentase fiador, tal y como lo encontramos en fueros breves tanto en Aragón-Navarra (*Jaca* [1076-1077] ¹²⁰), Navarra (*Marañón*, [1127 ?] ¹²¹), como en Castilla. En el caso del *fuero de Nájera* (1076) —supuestamente otorgado por Alfonso VI confirmando los que regían en época de Sancho el Mayor y García VI— aparece este precepto más desarrollado, cuando alude a que si daba fiadores y no podía cumplir la sentencia, y los fiadores nada podían dar por ello sino sólo buscar el pie del malhechor, éste debía poner su pie en el cepo y herirlo por tres veces con la clavija; y si los fiadores no pudiesen tener el pie del malhechor y este fuese infanzón, darían 250 sueldos como multa, siendo de 100 sueldos en el caso de tratarse de villano ¹²².

En los fueros extensos de Cuenca ¹²³ y su familia —como de manera elocuente el de Soria [s. XIV]—, este tipo de fianza se limitaba a los casos que no poseían bienes que poder prender:

«Si alguno ouiere querella de otro que non ssea rraygado em pleyto de calonna que aya contra el o por la cosa qual quier, demandel sobreleuador; et si luego auer non lo pudiere, nombre tres collaciones, quales el quisiere, et uaya con el; et si sobreleuador non diere, prendalo sin calonna, et lieue lo al juez, et el juez tomelo y pongalo en la prision del conçejo fata que ssea yudgado. [...]» ¹²⁴.

Este tipo de autofianza también es muy frecuente en el derecho navarro. En los fueros locales la encontramos en el de *Viguera* y *Val de Funes* [s. XIII]

¹¹⁹ MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado*, *op.cit.*, p. 301.

¹²⁰ «Et quod nullus ex uobis sedeat captus dando fidanzas de uestro pede». Seguimos la edición de LACARRA, José María y MARTÍN DUQUE, Ángel J., *Fueros de Navarra-1. Fueros derivados de Jaca*, 2. Pamplona, Pamplona: Diputación Foral de Navarra, 1975, núm. 1, pp. 106.

¹²¹ «[...] et si noluerit dare fidanza et non inuenerit ei pignus prendando a cabezones». Seguimos la edición de FORTÚN, Luis Javier, Colección de ‘fueros menores’ de Navarra y otros privilegios locales, *Príncipe de Viana*, XLIII, 166-167 (1982), núm. 17.

¹²² «Et si dederit fideiussores, et non putouerit iudicium complere ipsi fideiussores nichil aliud debent dare, nisi tantum suum pedem de illo malefatore, et ipsemet malefactor debet mittere suum pedem in cepo, et ferire tribus uicibus in clavilla. Et si fideiussores non poterunt habere pedem de illo malefatore, et malefactor fuerit infancion, nichil aliud dent nisi .C.C.L.^a. solidos sine saonia, et de uillano .C. solidos sine saonia». JIMENO ARANGUREN, Roldán y PESCADOR MEDRANO, Aitor, *Colección documental de Sancho Garcés III, el Mayor, rey de Pamplona (1004-1035)*, Pamplona: Pamiela, 2003, núm. 85, p. 290. *Vid.* CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fueros municipales*, *op.cit.*, p. 436.

¹²³ «[**De eo qui pignora dare noluerit**]. [Quicumque pignus habendo pedem in manu iudicis,] siue alcaldum mittere uoluerit, non recipiatur, set potius iudex uel alcaldes cogant eum pignora dare. Si pignora non habuerit, iuret se pignora non habere, et mittat pedem suum». *Fuero de Cuenca*, cap. XX, 3.

¹²⁴ *Fuero de Soria*, cap. XLIII, § 405.

al hablar de la fianza de pie¹²⁵, y en los de la *Novenera* al aludir a la de mano¹²⁶. Estos textos, al igual que los fueros extensos castellanos, recurrían a esta figura ante la falta de fiadores y de bienes que preñar¹²⁷. En el *Fuero General de Navarra* aparece en el caso de no poder presentar fiador, referida a los hidalgos (cadena al pie) y villanos (soga al cuello)¹²⁸:

«**Cuándo un hombre embarga a otro por alguna razón, qué fiador le deberá dar; y si no pudiera dar fiador, de qué forma tendrá que cumplirse la fianza.** Si nuyll omne [acreedor] peyndrare á otro, el peyndrado [deudor] dével demandar por qué peyndra, el él mostrando los clamors, dével dar fianza de drecho de aqueylla villa dont el peyndrador es morador. Et si dent aver non puede, jurando que non puede aver, dél fiador de la ledania; et si de la ledania aver non puede, si fidalgo fuere, ytenli una cadena en el pied, et teniendo el pie en la cadena eyll, á otro cabo de la cadena pongan un fidalgo qui lo cate, et cumpla assi el fuero: et si villano fuere, ytenli una sogá en el pescuezo, et priso seyendo, cumpla dreyto»¹²⁹.

En este texto, como en otras fuentes navarro-aragonesas y castellanas¹³⁰, la fianza de pie aparece rodeada de expresivos simbolismos que tienden a indicar cómo el deudor se considera atado al acreedor, o el malhechor a su víctima¹³¹.

3.2. *La fiaduría o fianza*

Nos referimos en este epígrafe a los *simplemente fiadores*, tratando, en los siguientes, del resto de figuras.

¹²⁵ «**De fianca.** Et si algun omne fuere fianca por otro e non podiere fayllar de su ganado del otro ponga su pie; et si fuere enfermo trávalo en su escayno e mévalo en casa del otro e salga de la fiaduja sin ninguna calonja». *Fuero de Viguera y Val de Funes*, cap. 33. *Vid.*, asimismo, el cap. 45: «**De fianza e non de hereditat.** Otrosí, todo hombre que entrare fiador por pan o por vino o por buey o por mueble alguno meta su pie con su jura que no ha nada».

¹²⁶ *Fueros de la Novenera*, cap. 249. Edición de TILANDER, Gunnar, *Los Fueros de la Novenera*, Col. Leges Hispanicae Medii Aevi 2, Stockholm-Uppsala: Almqvist & Wiksells boktr., 1951.

¹²⁷ CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fueros municipales*, *op.cit.*, p. 436.

¹²⁸ *Vid.* MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado*, *op.cit.*, p. 301.

¹²⁹ *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XV, cap. 3.

¹³⁰ *Vid.*, como ejemplo significativo, el *fuero de Cuenca* —con su consiguiente reflejo en su familia—, cap. XXIII, 27: «**Quod nemo se a captione excuset signum captionis [ostendendo].** Nemini dicenti ualeat *non intrabo in captionem, captus enim sum ostendendo armillam in manu uel in pede.* Similiter nemo possit extra domum defendere debitorem ab alijs creditoribus dicendo *captus meus est, quamuis captionis ostendat signum*».

¹³¹ CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fueros municipales*, p. 436.

a) Fianza de comparecencia procesal

Numerosos fueros municipales breves y extensos castellanos, así como el *Fuero Viejo de Castilla*, contemplaban un tipo de fianza referida a la comparecencia procesal. En los fueros breves se obligaba al citado, bajo multa, a prestar una promesa de comparecer en juicio protegido por una fianza. Uno de los ejemplos ilustrativos lo constituye el *fuero de Logroño* [1095-1148] —con diversas soluciones dentro de su familia—, donde encontramos el siguiente precepto:

«Et si illo senior habuerit rancura de alicuius homine istius uille demandet eis fidanza et si non potuerit habere fidanza, leuet eum de uno capud uille usque ad alio, et postea fidanza si non inuenerit, mittat eum in carcere, et quando exierit de illa carcere donet de carceratogo .III. medallas»¹³².

En los fueros extensos creció la complejidad y organización del sistema de comparecencias y rebeldías en relación con la fianza. Ésta se señalaba en la iniciación del proceso cuando el demandado no poseía bienes raíces¹³³, aunque también se otorgan fiadores en el transcurso del proceso. Destaca por su minuciosidad en el tratamiento de esta figura y por su influencia en otros textos locales el *fuero de Cuenca* [s. XIII], que muestra a un fiador —denominado *sobrelevador*— que aseguraba la comparecencia en juicio ante el tribunal de un demandado por homicidio¹³⁴, aunque si los sobrelevadores no pudieran traer al homicida al plazo según fuero, deberían pagar todas las caloñas por las que sobrelevaron; en el caso de no poderlas pagar, ingresarían en prisión del juez hasta que las pagasen¹³⁵. En otros casos el sobrelevador se comprometía a entregar el deudor al demandante que había obtenido una sentencia favorable en el proceso¹³⁶.

¹³² *Fuero de Logroño*, 24. Seguimos la edición de GARCÍA TURZA, Javier, El fuero de Logroño. Transcripción. En Juan Baró Pazos y Margarita Serna Vallejo (eds.), *El Fuero de Laredo en el octavo centenario de su concesión*, Santander: Universidad de Cantabria-Ayuntamiento de Laredo, 2001, pp. 21-30.

¹³³ Como, por ejemplo, en el *fuero de Fresno* (Zamora): «Qui fecerit calupniam et non habuerit hereditatem det fidiator per foro de Zamora et homo qui eum leuet super se, et si non habuerit mitat se in presione». Editado por LACARRA, José María y VÁZQUEZ DE PARGA, Luis, *Fueros leoneses inéditos, Anuario de Historia del Derecho Español*, 6 (1929), núm. 1, pp. 430-431.

¹³⁴ «**Quod iudex teneat homicidam**. Iudex teneat homicidam in captione, nisi dederit superleuatores pro supradicta calupnia». *Fuero de Cuenca*, cap. XIV, 43.

¹³⁵ «**De superleuatoribus qui homicidam habere nequierint**. Si superleuatores eum habere ad placitum, sicut forum est, non potuerint, pectent omnes calupnias quas superleuauerint. Si pectare non potuerint, intrent in captione iudicis, donec pectent». *Fuero de Cuenca*, cap. XIV, 44.

¹³⁶ «**De superleuatore qui ante captionem debitorem habere potuerit**. Si superleuator debitorem potuerit habere manifestum, debitor recipiatur in loco superleuatoris, et superleuator exeat a captione; debitor iaceat in captione, donec totum debitum persoluat. Si superleuator antequam capiatur, debitorem manifestum habere potuerit, et eum presentauerit ante querimoniosum,

En cuanto a los ordenamientos generales, el *Fuero Viejo de Castilla* (Libro III, Título VI, *De las fiaduras*), se refería al fiador para cumplimiento de obligaciones de carácter judicial, como en la Ley II, referente a *Que si alguno fía a otro pie por pie, mano por mano e non lo podiera aparescer antel alcalde, qué es la pena que debe pechar*:

«Esto es fuero de Castilla: Que si un omne fía a otro pie por pie o mano por mano, para cumplir quanto fuero mandare, si después le demanda la justicia este omne que enfió, si fuere fijodalgo, esté a quien demanda. E si este que le enfió dize quel non puede aver, mas que cumplirá quanto el fuero mandare, debe pechar por él quinientos sueldos el fiador, e non ha otra pena ninguna. E si enfiare alguno a labrador o a otro omne que non sea fijodalgo en esta guisa e nol puede aver para llevarle a derecho, debe pechar trezientos sueldos, e non aya más calonna»¹³⁷.

Por su parte, el *Fuero Viejo de Bizkaia* (1452), bajo el título *Que el fiador que no quisiere sortear alcalde que non vala*, establecía lo siguiente:

«Otro sí quando quier que alguno prometiere fiador a otro sobre qualquier demanda, e el otro le tornare otro fiador o fiadores, e qualquier de las partes demandare a la otra parte, estando los fiadores de la una e de la otra parte presentes, que los tales fiadores de la una parte e de la otra echen suertes e pongan plazo para ante los alcaldes de el Fuero, o el fiador del uno o del otro dieren que prendas tienen, o que le prenda si no quiere echar suertes ni aplazar a la parte ante el alcalde de el Fuero, luego, sin luenga alguna.

En tal caso dixieron que avían de Fuero e establecían por ley, que el tal fiador o fiadores que no quisieren echar suertes non valan, nin sean avidos por fiadores, ni puedan aprovechar al que los echó por fiador. E esto sea en los pleytos que non son comenzados primero; empero los fiadores sorteados, e si el pleito fuere primero comenzado e por los fiadores sorteado, vala la fiadoría, e por sus prendas sea constrennido el fiador a que faga a la parte seguir el pleyto o cumplir aquéll por que fue echado por fiador»¹³⁸.

et iudicem et alcaldes, penitus absoluatur a superleuatura [‘fiadura’]». *Fuero de Cuenca*, cap. XIX, 10. Vid. CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fueros municipales*, *op.cit.*, p. 433, en éste y en buena parte de los ejemplos siguientes.

¹³⁷ *Fuero Viejo de Castilla*, III, tít. VI, ley II.

¹³⁸ *Fuero Viejo de Bizkaia*, cap. 167. Vid., asimismo, cap. 169: «Otro sí en Vizcaya por quanto fasta agora era usado e acostunbrado que quando sobre qualesquier pleytos çeviles van las partes ante el alcalde, el demandador pida al alcalde que mande meter la heredad o cosa sobre que litigan, si fuere raíz, en afiamiento de seguir e cumplir de derecho sobre aquella heredad sobre que la una parte a la otra dieren fiador de cumplir de derecho, segund Fuero de la tierra. E el demandado pone excepciones dilatorias e otras qualesquier, porque no devan sobre aquella heredad ser dados tales fiadores de cumplir e seguir de derecho. E el alcalde manda que se enfién la una parte a la otra cada dos fiadores de seguir e cumplir de derecho. E de el tal mandamiento apelan para ante otro

En el Derecho navarro también encontramos intervención de fiadores en obligaciones procesales. Sirva como ejemplo lo estipulado en el *fuero de Viguera y Val de Funes* [s. XIII]:

«**Fiador por otro:** Otrosí, si alguno fuere fiador o deudor por otro omne faciendo'l testimonias que'l acorra e que'l pague el deudo que'l fizo e no qujsiere, el fiador deue'l pagar del suyo al creedor e después, si quisiere, puede cobrar el doble del deudor»¹³⁹.

Lo encontramos igualmente regulado por el *Fuero General de Navarra*, donde se establecía la manera en que el demandante o acreedor debería probar judicialmente a su fiador, en qué casos lo podía prender y en qué casos debería tener un plazo:

«**En qué manera debe provar su fiador, et qué caso lo puede prender, et en qual caso debe aver plazo.** Establimus, que qui quiere provar su fiador, deve dizir el fiador, anda, séguime que yo te lo mostraré, et en regno daquent la mar, et déveylo y seguir, et si seguir non quisiere, deve fer testimonias, et pues dévese entregar de lo suyo do quiere que fayllare por fuero. Et si no ha nada por vender, deve travar el cuerpo et levarlo delant el seynor, et el seynor dévelo tener preso por sus colonias et por sus deudas dest, plaziendo al clamant. Et si el clamant lo quiere tenir preso, déveli dar por fuero todos dias una meaylla de pan á comer, et uno vaso dagoa. Et si muere en aqueylla preson, non peytará homizidio el qui lo tiene preso, nin los parientes non lo y deven rencurar: et si lo y quiere seguir á demandar el marquero, et lo puede mostrar et provar daquent mar ó el reno, deve aver la fianza por fuero todos los daynos sobre scriptos. Et si provar non puede, nin mostrar nol puede, como dito es, déveli fer pagar, como dito es, todas las mesiones de ida et de venida, et debe aver la fianza sus espacios, como dicho es de suso, ó á menos de su daynno. Et si el qui lo puso fianza fuere ydo á sant Yaime [Santiago de Compostela] ó a sancta María de Recomador [en Francia], iurando la fianza, si provar non lo y puede que ayllá es ydo, deve aver tanto despacio quanto ombre podiere asmar, que pueda yr et venir»¹⁴⁰.

b) Fianza en las enajenaciones o transmisiones de inmuebles o de ganados

Resulta habitual encontrar en los fueros extensos fiadores en las compraventas de inmuebles. En el **espacio castellano**, el *fuero de Cuenca* regula que

alcalde, e así de alcalde en alcalde, por alongar los pleytos fasta que sean tornados otra vez ante aquel alcalde ante quien fuere prinçipiado. E aunque primero andan sobre una exçepción sola, después ponen otra e después otra, en manera que corren pleytos ante los çinco alcaldes, de alcalde en alcalde, sobre cada exçepción por no aver confiesa por donde nunca han fin los pleytos. [...]

¹³⁹ *Fuero de Viguera y Val de Funes*, cap. 224.

¹⁴⁰ *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XVI, cap. 2.

si alguno quisiere vender sus cosas, su comprador le debía recibir por fiador y deudor; y, si el vendedor temía que el comprador iba a incumplir yéndose o no pagando en el plazo, podía exigirle la fianza correspondiente ¹⁴¹. Asimismo, el derecho local de *Soria* señalaba que cuando alguien comprase una heredad u otra cosa, si el vendedor no poseyese bienes raíces o tuviese deudas sobre su posesión, o el propio comprador temiese que el deudor podía *huir* de la tierra, podía también exigir una fiaduría ¹⁴².

El Derecho ayalés (**Álava**) hacía referencia a la ejecución subsidiaria de los bienes del fiador cuando los del deudor principal no eran suficientes. El fiador podía proceder contra los bienes del deudor, vendiendo los bienes inmuebles en el plazo de sesenta días; si no llegaba el importe de estos bienes para pagar al acreedor, el fiador disponía de treinta días para cubrir la deuda ¹⁴³.

En el **territorio navarro** el *Fuero de Viguera y Val de Funes*, por ejemplo, incluía una serie de preceptos referentes a fiadores que intervenían en compras de heredades o ganados ¹⁴⁴. También el *Fuero General de Navarra* contemplaba la figura del *fiador de crédito*, que era quien, para no ser despoído, daba el tenedor de una finca o heredad ¹⁴⁵.

¹⁴¹ «**De foro uenditionis et emptionis et impignorationis.** Quicumque res suas uendere uoluerit, suum comparatorem recipiat pro fideiussore et debitore, quia si alium receperit, non ualeat ei. Tamen si uenditor timuerit comparatorem recedere, aut ad placitum non paccare, querat ei superleuatorem ad forum conche, qui persoluat debitum ad diem placiti, si comparator fugerit, uel non soluerit». *Fuero de Cuenca*, cap. XXXII, 1.

¹⁴² «Quando alguno comprare heredad o otra cosa, si el uendedor non fuere rraygado o sobre aquello que ouiere deuiere debdas algunas o el comprador se temiere que se yra de la tierra, demandel buen ffiador rraygado que gela faga sana quandol fuere demandada. El si a la sazón que la compra fuere fecha non gelo demandidiere, el uendedor non ssea tenido despues degelo dar, mas do quier quel fallare sea costrennido que lo uenga redrar et fazer gelo fano. Et si la heredad o la casa fuere embargada al comprador, fagalo saber al fiador de sanamiento de comol riedre et gela faga sana daquel que gela a embargada. [...]». *Fuero de Soria*, cap. 368.

¹⁴³ *Fuero de Ayala*, cap. XLVI. Vid. SALINAS QUIJADA, Francisco, *Estudio comparativo del Derecho ayalés y navarro*, Vitoria: Diputación Foral de Álava, 1983, pp. 118-119.

¹⁴⁴ «**Comprar heradat.** Otrossí, si algun omne comprare vinna o campo o otra heradat quolquiere o oujriere carta o prueua o fiador ualedero e otro omne demandare aquella heradat de sus herederos, peche a la potestat LX ss. et al dueyno de la heradat doblada la heradat e su linte mejorada». *Fuero de Viguera y Val de Funes*, cap. 366. Vid., asimismo, cap. 81: «**De bestia comprada.** Todo hombre que bestia o otra cosa comprada oujere, debe haber por saluarla fiador de salua o otor, e tenjéndola en faz de manifiesto deben saluar o defender la cosa».

¹⁴⁵ «**Quando el un hermano demanda á otro hermano heradat de patrimonio, en qué caso deven tomar fianza, et cómo deven ser ambos en la heradat.** Cosa que alguno demanda á sus hermanos ó á sus parientes part que li dén en las heredades que han et que vienen de lur abolorio, et part con eyillos en aqueylla heradat, sobre esto prometen *fiador de dreito*, contra esto dize el fuero: en las heredades que vienen de patrimonio, ó de avolorio, si el un hermano demanda al otro, ó el un pariente al otro, en tales logares fianzas non ha logar. Et si alguno deyillos promete fianza á los hermanos ó á los parientes, en tales casos por fuero la fianza non deve recibir sino es assi: que aqueyll qui tiene la heradat diga al demandador, sobre esto que á mi demandas de mi

c) Fianza en la compraventa de cosas muebles

La encontramos en diferentes fueros locales de tipo extenso. Uno de los más elocuentes es el de *Viguera y Val de Funes*, donde se señalaba el otorgamiento de fiador en venta de cosa mueble en mercado o plaza por un extraño, y también en el caso de que un vecino vendiese una cosa mueble a un comprador extraño¹⁴⁶. Asimismo, establecía que

«todo hombre que entrare fiador por pan o por vino o por buey o por mueble alguno meta su pie con su jura que no ha nada»¹⁴⁷.

Por su parte, el *fuero de Ayala*, en el capítulo XLVI aludido en el anterior apartado, estipulaba lo siguiente:

«Otrosi que cualquier que vendiere solar o heredad, e echare fiador al otro de lo vengar y el fiador obiere a pagar la debda o vengar el solar, que los bienes del debdor pueda vender el tal fiador el mueble e nueve dias; e la raiz a sesenta dias, pero que el fiador pague a treinta dias, jurando que non puede alcanzar los bienes muebles del que lo echo fiador. E si los bienes muebles pudieren alcanzar del que lo echo fiador pague a los nueve dias, e si con heredad a los sesenta dias»¹⁴⁸.

d) Fianza en instituciones del Derecho de familia

En diferentes fueros municipales aparece la figura del *fiador de arras*. Servía para que, en el caso de no entregar las arras en el momento de los esponsales, se prometiera una futura entrega. Centrando nuestra mirada en el espacio navarro, lo encontramos, nuevamente, en el *fuero de Viguera y Val de Funes*, al regular los desposorios de la hija¹⁴⁹ y la entrega de arras de los infanzones¹⁵⁰.

heredat dó fianza que te enseynaré que non has razon nin dreyto por aver part en aqueylla heredat que tu demandas. Mandamos por iuycio que si hermanos son lieven pleyto entrambos estando en la heredat, ó estando entrambos fuerra de la heredat. El tenedor de la heredat enseyne razon porqué non deva aver part, et aya la heredad: si non puede enseynar razon, déli su part entegrament». *Fuero General de Navarra*, Libro II, tít. IV, cap. IX.

¹⁴⁶ «**De venta de mueble dar fiador.** Todo omne que vendiere cosa mueble en mercado o en plaza, si estranio fuere dará fiador de saluo qual podiere auer; et si el vezino vendiere cosa mueble en su vezindat ad alguno estraynno dará fiador de su logar». *Fuero de Viguera y Val de Funes*, cap. 445.

¹⁴⁷ *Fuero de Viguera y Val de Funes*, cap. 45.

¹⁴⁸ *Fuero de Ayala*, cap. XLVI. Seguimos la edición de URIARTE LEBARIO, Luis María de, *El Fuero de Ayala*, Vitoria: Diputación Foral de Álava, 1974.

¹⁴⁹ «**Qui esposa su fija.** Et qui desposare fija con fiancas et su esposo viniere a muert dar l'a las medias de las arras. Et si dixiere la muger que l'ouo su esposo de'l todas las arras complidament». *Fuero de Viguera y Val de Funes*, cap. 53.

¹⁵⁰ «**De dar arras a su muger.** Todo omne jnfançon puede dar a su muger por arras tres de sus heredades o más si quisiere, e si no ouiere heredades, dé'l fiador que las primeras heredades

e) Fianza en materia de sucesiones

Los fiadores aparecían también en diferentes problemas de las herencias y particiones, tanto en los fueros locales como en los generales. Siguiendo con el texto navarro de *Viguera y Val de Funes*, se contempla, incluso, la regulación de la partición de heredades hecha sin carta o sin fiadores, pudiendo, por esta razón, *tornar hasta tres veces* ¹⁵¹.

Por su parte, el *Fuero Viejo de Bizkaia* reguló las *Deudas de defuntos no se paguen si no se declara por el testamento o scriptura pública o por fiadores*:

«Otrosí por quanto acaeçe que después de muerte de padre e madre se demandan los fijos e herederos de los tales finados por otros, diziendo que los tales finados les devían algunas quantías. E los tales fijos e herederos non son savidores e sobre esto acaeçen muchos pleytos e devates e questiones. Por ende dixieron que hordenavan e estableçían que si non pareçiere la tal deuda por testamento del tal finado, o por ynstrumento público, o por fiadores raygados e abonados e de buena fama, que el tal deudor finado al demandador oviese dado, los herederos de el tal deudor finado non sean tenidos de pagar la tal deuda, salvo de jurar en su yglesia juradera que no save ni es çierto de la tal deuda. E si los tales fijos e herederos del finado que así fueren demandados fueren menores de hedad, ellos nin sus guardadores non sean tenidos de responder a las tales demandas fasta que sean de hedad complida, aunque aya tutores e curadores pero por non demandar dentro de los diez annos a los tales menores si responder non quesieren seyendo demandados en juicio por pasamiento de tiempo al demandador fasta que los menores sean de hedad. Pero si pareçiere por testamento o por ynstrumento público e por tales fiadores non se puedan escusar de responder, aunque los demandados sean de menor edad e non aya logar otra probança alguna, por quanto así era Fuero e costunbre de Vizcaya» ¹⁵².

3.3. *Fiaduría de salvo, de saneamiento o de derecho*

Esta forma específica de fiaduría buscaba garantizar al comprador frente a una evicción. Así, tal y como afirma Remedios Morán, los corredores o sal-

que comprare que las aya por arras; e si non quiere dotar su muger en heredad puédelo dar en arras D ss. et más si quisiere; et todas las arras empués su muert de la muger, deben tornar a los herederos de la rayz». *Fuero de Viguera y Val de Funes*, cap. 384.

¹⁵¹ «**De qui parte sin carta o sin fiador.** Et quantos partieren sus heredades sin carta fecha o sin fiadores, si quisieren pueden se tornar de la partición fasta tres vezes». *Fuero de Viguera y Val de Funes*, cap. 342.

¹⁵² *Fuero Viejo de Bizkaia*, cap. 181.

vadores daban una seguridad jurídica en la compraventa, y su misión fundamental era la de dar fe de que en la venta realizada entre desconocidos el comprador se salvaba de la acusación de adquisición de cosas procedentes de robo. Inicialmente buscaban garantizar el cumplimiento de una tregua o paz especialmente pactada entre particulares —generalmente hidalgos— mientras duraba la enemistad y se establecía un plazo para resolver determinados temas que terminaran con el desacuerdo o, finalizada la tregua sin buen resultado, ir a la venganza de sangre, la expulsión, u otra solución¹⁵³. Respecto a los requisitos que había de reunir el fiador de salvo eran, según Ramón Fernández Espinar, los siguientes: debía ser de la villa y de la misma condición de la heredad garantizada. Debía, a su vez, tener bienes que valieran, por lo menos, el doble de la heredad afianzada. El fiador no tenía que responder después de que hubiera pasado año y día, y era su obligación sanear de evicción la heredad al que la compró¹⁵⁴.

En **Castilla** se le conoce con el nombre de *fiaduría de salvo* o de *saneamiento*. Entre los fueros locales destaca del de *Cuenca*, donde esta figura aparece monográficamente regulada en su capítulo XV (*De fideiussoribus de saluo*), con preceptos referidos al que matare a un hombre sobre fianza de salvo, saludado o garantizado; al fuero de los fiadores de salvo; a los fiadores de salvo que puedan tener al acusado; al homicida que niegue fianza; al tiempo en que deben renovarse los fiadores; a la manera en que deben darse fiadores de salvo; al que no quiera dar fiadores de salvo; al enemigo confeso que regrese a la ciudad antes de ser saludado, y se atestigüe su presencia en alguna casa; al herido con armas prohibidas que hiera o mate al que le hirió; a que todos los bienes, tanto del homicida como de su mujer, sean incautados por el delito del marido; a que los parientes del castigado con la pena capital tengan derecho a sus bienes; al que encuentre un tesoro antiguo; y al otro fuero sobre el portazguero¹⁵⁵.

Dentro de la familia de *Cuenca*, el *fuero de Soria* se expresaba en los siguientes términos:

«Quando alguno comprare hereditat o otra cosa, si el uendedor non fuere rraygado osobre aquello que oujere deuiere debdas algunas o el comprador se temiere que se yra de la tierra, demandel buen ffiador rraygado que gela faga sana quandol fuere demandada. Et si a la sazón que la compra fuere fecha non gelo demandidiere, el uendedor non ssea tenjdo depues degelo dar,

¹⁵³ MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado*, *op.cit.*, pp. 304-305 y 307-308.

¹⁵⁴ FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, *La compraventa*, *op.cit.*, pp. 509-510.

¹⁵⁵ *Fuero de Cuenca*, cap. XV.

mas do quier quel fallare sea costrennjdo que lo uenga redrar et fazer gelo sano. Et si la heredad o la casa fuere embargada al comprador, fagalo saber al fiador de sanamiento de comol riedre et gela faga sana daquel que gela a embargada. Et si redrar non quisiere et fazer sano aquello por que fue fiador, quel peche otro tanto et tan bueno con las misiones que fizo et con todo quanto por ello pecho. [...]»¹⁵⁶.

La fiaduría de salvo también la encontramos en los fueros leoneses de *Ledesma*¹⁵⁷ y *Salamanca*¹⁵⁸.

Esta figura aparece en el *Fuero Viejo de Castilla* denominada *fiadores de saneamiento*, disponiendo que el hidalgo que vendiera heredad a otro debía dar un fiador con este nombre:

«Si algund fidalgo vende heredad a otro, quel debe dar dos fiadores de sanamiento e otro fiador de anno e día; e que todo fiador debe aver vasallos solariegos, porquel pueda preñar fasta que faga sana aquella heredad. Esto es fuero de Castilla: Que quando un fijodalgo vende a otro heredad, debe dar dos fiadores de sanamiento e otro fiador de anno e día. Si alguno le demandare quel sane aquella heredad que enfió, non es tenuto el que enfió de anno e día a la fiadura más de fasta anno e día; e los otros dos fiadores son tenudos de sanar aquella heredad que enfiaren en todo tiempo, ellos e sus herederos, si alguno ge lo demandare. E todo fiador, para ser derecho, debe aver vasallos solariegos en el lugar do son deviseros amos a dos o en otros logares, por quél pueda preñar a aquel quel rresçibió por fiador, para aver derecho dél»¹⁵⁹.

Aunque no aparece singularizado con nombre alguno, esta figura también la encontramos en el *Fuero Viejo de Bizkaia* (1452):

«Que si el demandador dexare de seguir anno e día, el fiador de demanda sea quito de la fiança. Otrosí por quanto acaçe que seyendo dado fiador o fiadores uno a otro de cumplir de derecho ante los alcaldes de el Fuero, e el demandador dexa de seguir su demanda a tan largo tiempo que el fiador non se acuerda de la tal fiança, e aunque se acordase, pues dexa de seguir

¹⁵⁶ *Fuero de Soria*, cap. 368.

¹⁵⁷ **«De los que sse xaman auctor.** Por todo auer que ator se xamar por dar, iure lo que aquel otor aquesse xama, quelle lo uendio o dono. E se fiador de sanamiento ouier, e dixier: *non puedo auer el otor*, iure que aquel fue fiador de aquel auer; otorgue el fiador e lo que otorgaria el uendedor». *Fuero de Ledesma*, cap. 92. *Vid.*, asimismo, caps. 233 y 377.

¹⁵⁸ **«De dar octor.** Por todo auer, quien se xamare por dar octor, iure que aquel octor a quien se camo, que esse lelo uendio o dio. E si fiador de sanamie[n]to ouier, e dixier: *non puedo auer el octor*, iure que aquel fue fiador de sanamiento daquel auer; e otorgue el fiador lo que otorgare el uendedor». *Fuero de Salamanca*, cap. 145.

¹⁵⁹ *Fuero Viejo de Castilla*, IV, tít. I, ley IX.

su demanda en tiempo que el fiador podría fazer sacar de la tal fiaduría al demandado, non está en razón que el fiador sea en cargo. Por ende dixieron que avían de Fuero e hordenavan por ley, que qualquier que el tal fiador o fiadores reçiviere sobre las tales demanda o demandas, e dexare de demandar e seguir su pleyto en anno e día, que dende en adelante non sea tenido el fiador de responder sobre la tal demanda, salvo si fuere pleyto pendiente ante los alcaldes del Fuero siguiendo o ante el corregidor o ante qualquier de ellos o fuere dada sentencia»¹⁶⁰.

En el *fuero de Ayala* (**Álava**), esta institución aparecía recogida en el capítulo XLV¹⁶¹, según el cual, en caso de evicción, el vendedor debía reintegrar al comprador el precio de compra y, además, la mitad del mismo, o bien entregarle otra heredad de igual o mayor valor¹⁶². De forma muy parecida resolvió el saneamiento por evicción el **Derecho navarro** medieval, donde esta fianza era conocida con el nombre de *fiador de derecho*¹⁶³, una de las figuras más utilizadas por la legislación de aquel reino. En Navarra, como en Ayala, no sólo operaba la devolución del precio, sino la forma de indemnización de daños y perjuicios, tal y como observó Francisco Salinas Quijada¹⁶⁴. El *Fuero General de Navarra* determinaba que cuando la evicción consintiere en fiador de la seguridad de una venta, el comprador, antes de dar *fiador de derecho* al demandante que pusiere mala voz en su heredad, debía embargar al fiador de la evicción para que le hiciese buena la venta. De lo contrario perdería el derecho a la evicción:

«Qui vende buy et non toma fiador del precio, á que ensayo lo dever dar. Nuyll omne que buy vende et fiador non prende del precio, et faz el convinent que bono es el buy et non yse bono, liévenlo á provar á la sied del Rey, et con el iuvero del Rey vayan á la serna del Rey, et el comprador et el vendedor paguen de peynos al iuvero del Rey, et iunguan al buy con el buy del Rey. Et si convinent faz por aradro, con el buy del aradro; si convinent faz pora en cuytre, con el buy del cuytre. Et passen III vegadas á la una part et tres vegadas á la otra part; et si bien passaren, dénli su precio et retienga el buy, et si non podiere bien passar, déli fermes del precio, et el vendedor lieve su buy; et por lo que la labor del Rey será estorbado, el qui

¹⁶⁰ *Fuero Viejo de Bizkaia*, cap. 165.

¹⁶¹ «Otrosi, cualquier hombre que vendiere solar ajeno é alguno lo sacare por suyo, por fuero que el vendedor y sus fiadores sean tenidos de enmendar al comprador el tanto y mdeio en que él vendió, o le dé otro que sea tal o mejor». *Fuero de Ayala*, cap. XLV.

¹⁶² SALINAS QUIJADA, Francisco, *Estudio comparativo*, op.cit. p. 115.

¹⁶³ Vid. YANGUAS Y MIRANDA, José, *Diccionario de los Fueros del Reino de Navarra, y de las leyes vigentes promulgadas hasta las Córtes de los años 1817 y 18 inclusive*, San Sebastián: Imprenta de Ignacio Ramón Baroja, 1828, pp. 22-25 y 33-34.

¹⁶⁴ SALINAS QUIJADA, Francisco, *Estudio comparativo*, op.cit., pp. 115-116.

conpró non deve nada, mas el vencido dé un rovo de trigo pora al Rey, et saque los peynnos ¹⁶⁵».

Esta misma fuente establecía, así mismo, quién podía constituirse como fiador de derecho (todo hombre que poseyera doce ovejas, un asno o cinco puercos de más de un año, excepto si fuese villano encartado, el cual no podía ser fiador; los fiadores debían ser de la vecindad de los demandantes y, jurando que no los encontraban, podían serlo de los pueblos inmediatos) ¹⁶⁶ y a qué estaban obligados los hijos del fiador de derecho a la muerte de aquél ¹⁶⁷. Al que no pudiese dar fiador, siendo hidalgo, debía ponérsele una cadena al pie; y siendo villano, una cuerda al cuello ¹⁶⁸. Por su trascendencia posterior habremos de mencionar también el capítulo 378 del *fuero de Viguera y Val de Funes*, que disponía que si alguien compraba heredad de otro no podía venderla, privándole al comprador de la heredad adquirida —evicción idéntica a la anteriormente descrita en el Derecho ayalés— por decisión judicial, el fiador respondía de la devolución del precio de compra satisfecho al comprador ¹⁶⁹. Este capítulo fue copiado en su literalidad en el *Fuero Reducido* del primer tercio del siglo XVI ¹⁷⁰, en los que se inspiraron, a su vez, a la hora de redactar las leyes 567 y 570 del *Fuero Nuevo* de 1973 ¹⁷¹.

3.4. El otor

Cuando no había fiador de saneamiento y se entablaba litigio sobre una cosa se acudía al *otor*, pues éste solía ser el procedimiento habitual del que se valía el comprador para anular la pretensión del demandante. El también deno-

¹⁶⁵ *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XII, cap. XI.

¹⁶⁶ «**Quién puede ser fianza de dreyto.** Todo omne que ha XII oveyllas, ó un asno, ó V puercos trasaynados, es fianza de dreyto en toda cosa entre omnes semeyllables que cognoszen el dreyto de fuero seglar. Maguer esta fianza ha tantos peynnos como sobre scripto es. Si villano encartado es, non deve ser fianza». *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XVII, cap. IV.

¹⁶⁷ «**A qué son tenidos las creaturas de la fianza de dreyto si muere.** Qui que sea fianza de dreyto de quoando el alcalde mandare sobre demanda de heredad ó de mueble, entre tanto antes que el pleyto sea iurgado por iuyzio muere aqueylla fianza, por fuero sua muyllier nin suas creaturas sobre aqueylla fiaduria non son tenidos de responder». *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XVII, cap. V.

¹⁶⁸ *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XV, cap. III.

¹⁶⁹ «**De compra de hereditat.** Et si alguno comprare d' otro hereditat o otra cosa que non pudja vender e después pierda la hereditat por juyzio estando en faz el fiador suyo, cobrará todo su haber con todos sus mijoramjentos que en ella fizó, et habrá todos sus espleytes quitos». *Fuero de Viguera y Val de Funes*, cap. 378.

¹⁷⁰ *Fuero Reducido*, Libro VI, tít. IX, cap. XXV. Edición de OSTOLAZA, Isabel, *El Fuero Reducido de Navarra. Edición crítica y estudios*, II, Pamplona: Gobierno de Navarra, 1989.

¹⁷¹ SALINAS QUIJADA, Francisco, *Estudio comparativo, op.cit.*, pp. 116-117. Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pedro et al., *Fuero Nuevo, op.cit.*

minado *autor* o *auctor*, era un fiador que garantizaba al obligado en un contrato convencional o judicial de la comparecencia en juicio, o que respondía de la legítima posesión del transmitente, reforzando así la obligación ¹⁷².

Esta institución aparece profusamente en los fueros locales castellano-leoneses y navarro-aragoneses, tal y como analizó Luis García de Valdeavellano en su artículo “Escodriñamiento y otorificación. Contribución al estudio de la reivindicación mobiliaria en el derecho español medieval” ¹⁷³ y sistematizaron Ramón Fernández Espinar ¹⁷⁴ y Cerdá Ruiz-Funes ¹⁷⁵.

El principio general establecía que todo hombre que comprase una cosa le dieran otor, según plasma el *fuero de Plasencia* (1290):

«**Título de los otore.** Todo omne que dixiere que dara otor delo fasta tercer dia o los alcaldes iudgaren. Mas si dixiere que el otor fuera de termino es, iure que uerdad diz et estonce denle plazo de .XXX. dias; si adozir non pudiere sea uençido et peche la petiçion doblada. Et es a saber que todo omne que se prometierte por dar otor, luego deue connombrar, ca otro otor non ual nada. Aquel que el plazo de .XXX. dias ouiere por adozir (sea uencido) el otor, et a los .XXX. dias non lo pudiere adozir sea uencido et doble la petiçion commo es dicho de suso. Todauia, si dixiere el defendedor que el otor ido es a rey o en romeria o en recloua o en hueste o en requa o en fonsado o enfermo, espere al demandador assi commo dicho es de testigos que son a dar. Todauia, si la cosa testiguada a cada un plazo non la C aduxiere, sea uençido» ¹⁷⁶.

Y en el de *Cuenca* [s. XIII]:

«**De eo qui rem testificatam sibi datam esse dixerit.** Quicumque dixerit rem testificatam sibi datam, aut uenditam, aut depositam fuisse, det auctorem. Et ille auctor det superleuatorem, qui conpleat forum conche. Iste auctor similiter, si dixerit se dare alium auctorem, et eum dederit, ad forum conche recipiatur, si superleuatorem dederit, quod conpleat forum conche. Et in isto tercio auctore finiat iudicium» ¹⁷⁷.

¹⁷² FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, La compraventa, *op.cit.*, pp. 500-506. CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, Fuero Viejo de Castilla, *op.cit.*, p. 362.

¹⁷³ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis, *Estudios medievales de Derecho privado*, *op.cit.*, pp. 93-250.

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, La compraventa, *op.cit.*, pp. 500-506.

¹⁷⁵ CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, Fueros municipales, *op.cit.*, pp. 434-435.

¹⁷⁶ *Fuero de Plasencia*, cap. 453.

¹⁷⁷ *Fuero de Cuenca*, cap. XL, 7. *Vid.*, también, cap. XL, 8: «**Forum de auctoribus.** Forum est quod ultra tercium auctorem iudicium non procedat. Si aliquis auctorum dixerit seu defensor rem penes cum esse natam, et nutritam, siue factam, et rex ualuerit a uiginti menkalibus et supra, iuret hoc cum duobus uicinis et sit creditus. Si a uiginti et infra ualuerit, iuret cum quodam uicino et credatur similiter. Si quis istud conplere non potuerit soluat petitionem dupplatam».

En este caso observamos que el otor podía dar otro otor, y éste a su vez un tercer otor, pero con este último finalizaba el juicio, tal y como se recoge también en otros fueros castellano-leoneses como los de Brihuega, Zorita, Alba de Tormes y Usagre, o en el navarro de Estella¹⁷⁸. Esta casuística también se recogió en el *Fuero General de Navarra*:

«Quoando alguno comprare bestia de romero ó mercadero qué pruebas ha menester, et quoando del de la tierra que octro es, et si sel muere bestia emprestada, qué deve ser fecho. Si alguno conprare bestia de rumero, ó de mercadero, et non demanda auctor et aya testimonios que iuren, valer li deve. Otro si, lo que conpra de rumero que traya al pescuezo esportieylla et bordon, valer li deve. Mas si compra de otros ombres de la tierra, ha menester ferme. Et si alguno ficiere embargo en esta bestia, el primer octor ha mester á XV dias, et á IX dias ha mester el segundo, el terzero octor á tres dias: aquí fina el pleyto. Mas si la bestia ha en empiesto et muere en su poder, si el seynor de la bestia quisiere, bien li puede demandar»¹⁷⁹.

Tanto Hinojosa como Mayer consideraron que esta limitación de otorens tenía antecedentes germánicos. Este último autor —tal y como recogió Fernández Espinar—, indicó que se trataba de una acción real aplicada primeramente a la reivindicación de muebles para, posteriormente, ampliar su radio de acción a los inmuebles. El llegar a un tercer otor tenía como finalidad evitar la pérdida del pleito por el simple hecho de que el otor aducido en primer lugar no pudiera afirmar que el objeto demandado era de su propia producción. En los inmuebles habría que llegar a un otor que pudiera justificar la obtención del inmueble de un modo originario, o que pudiera subsanar la posesión de año y día. En cuanto a Ernesto Mayer, consideró que el tercer otor no podía declinar su responsabilidad en otro nuevo otor, de ahí que tuviera que sustanciar la cuestión acudiendo al juramento, según dispusieron los fueros. Cualquier otor podía liberarse mediante el juramento. Por lo general, éste se prestaba en presencia de cierto número de vecinos, y su contenido era haber adquirido la cosa por un procedimiento lícito. En este caso tenía que restituir la cosa demandada sin obligación de satisfacer caloña alguna. Por el contrario, si el otor era vencido, tenía que pagar al comprador el duplo del precio y una caloña, que variaba según los territorios, pero que solía ser la mitad aproximadamente de la que tendría que pagar en caso de negarse a salir otor, como ocurría en el *fuero de Cuenca*¹⁸⁰:

¹⁷⁸ FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, La compraventa, *op.cit.*, pp. 504-505. CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, Fueros municipales, *op.cit.*, p. 435.

¹⁷⁹ *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XII, cap. II.

¹⁸⁰ FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, La compraventa, *op.cit.*, p. 505.

«**De eo qui ante annum et diem [post roborationem pulsatus fuerit]**. Qui radicem roboratam tenuerit, et eum ante annum et diem quis pro ea pulsauerit, det auctorem, sicut forum est: auctore dato, habeat radicem liberam et immunem. Si auctorem non dederit, relinquat radicem cum calumpnia decem aureorum. Si auctorem dederit, et au[c]tor uictus fuerit, pectet tantam ac talem radicem duplatam, et decem aureos»¹⁸¹.

En otro orden de cosas, el otor debía pertenecer a la misma localidad que el fuero¹⁸² y se nombraba nominalmente. En el pleito, el demandado, tras dar el nombre de su otor, prometía la comparecencia del mismo para salvar la cosa objeto del litigio. En la regulación de la compra de heredades por parte de numerosos fueros locales aparecen como la misma persona tanto el otor como el vendedor, según podemos observar, por ejemplo, en el texto *conqués*:

«**De eo qui ante annum et diem [post roborationem pulsatus fuerit]**. Qui radicem roboratam tenuerit, et eum ante annum et diem quis pro ea pulsauerit, det auctorem, sicut forum est: auctore dato, habeat radicem liberam et immunem. Si auctorem non dederit, relinquat radicem cum calumpnia decem aureorum. Si auctorem dederit, et au[c]tor uictus fuerit, pectet tantam ac talem radicem duplatam, et decem aureos»¹⁸³.

En similares términos se manifiestan los fueros castellanos de *Béjar*, *Brihuega* y *Zorita de los Canes* y, fuera ya de nuestro espacio geográfico aunque vinculado a la familia conquesa, el aragonés de *Teruel*¹⁸⁴.

Además de la compraventa de heredades, los fueros locales también recurrieron al otor en el otorgamiento de donaciones, empeñamientos y otros negocios de inmuebles, así como en compras de vestidos, paños, bestias y

¹⁸¹ «**De uenditore uel emptore [qui post pactum penituerit]**. Siquis radicem uendiderit, et postea penituerit, pectet pecuniam quam recepit duplatam. Si emptor penituerit, perdat pecuniam quam dederit pro ipsa». *Fuero de Cuenca*, cap. VII, 16.

¹⁸² «**Aliud forum de auctoribus**. Quicumque auctorem dare debuerit ad forum conche, det eum [in] concha quod superius dictum est. Quamuis dictum sit auctorem non ualere nisi in concha datus fuerit, tamen sunt casus in quibus ualet ad concham non adductus. Quia si aliquis aliunde concham uenerit populare, et in suis partibus pro hereditate quam uendiderit, appreciaturam receperit, si appreciaturam illam hic aliquis testificatus fuerit in illo loco ubi ipse hereditatem uendidit, et appreciaturam recepit, debet auctorem dare hoc modo: scilicet petitor et defendens debent fidelem calciare. Et si ita res fuerit sicut defendens affirmat, pulsans soluat calciamentum et expensam fidelis, et cadat a causa. Si res ita se non habuerit sicut defendens dicebat, ipse soluat precium calciamenti et expensam fidelis, et cadat a causa». *Fuero de Cuenca*, cap. XL, 18.

¹⁸³ *Fuero de Cuenca*, cap. VII, 14. *Vid.*, asimismo, cap. VII, 18: «**De eo qui pro radice auctorem dare debuerit**. Siquis pro hereditate auctorem dare debuerit, det eum super hereditate auctore concedendo, quod ipse eam uendidit, uel inpignorauit, uel dedit; et complet. Si etiam dederit fideiussorem uicinum habentem domum habundantem cum pignoribus, quod compleat forum conche, id est, quod componat hereditatem duplatam, si uictus fuerit».

¹⁸⁴ CERDA RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fueros municipales*, *op.cit.*, p. 434.

otras cosas muebles¹⁸⁵, según recoge, de manera detallada, el *fuero de Alba de Tormes* [s. XIII]:

«**Fuero de otoricia.** Todo omne o muler de Alba o de su termino a quien dema[n]daren buy o uaca o caualo o yegua o afno o asna o mula o mulo o porca o porco o ouexas o cabras u otro auer qual que quier que fsea, el que ampara el auer uenga ante los alcalles, e de fiadores que faga quanto mandaren los alcaldes o el fuero o la real potestat; e hi diga por que lo ampara. E si dixere: *comprelo o fielo o prestaron melo*, de otor a .VIII. dias; e atal sea el otor que diga que gelo uendio o yelo fio o yelo presto; el otor iurelo que por esso lo otorga, porque lo uendio o por que lo fio o por que lo presto. E si a tal otor diere el que ampara, remanezca con su auer; e este sea otor primero. E si este otor se lamare a otro otor, delo a .VIII. dias; e a tal sea el otor que de fiador, e fiador uezino que faga quanto mandaren los alcalles o el foro o la real potestat. [...]»¹⁸⁶.

El vendedor o los vendedores tenían que comparecer en juicio y sustituir al demandado en la actuación procesal defensiva. Así, el *Fuero Viejo* contemplaba en un precepto el otor por la compra de una heredad por un hombre, que le era demandada por otro. Si al que compraba la heredad, otro se la demandaba como suya, y el juez le mandaba que respondiera, debía seguir el juicio con el demandante sin citar al vendedor ni su fiador¹⁸⁷. Esta fuente también posee otras dos leyes sobre el otor en casos de demanda por hurto. En la que llevaba por título *Del plazo a que debe dar octor qualquier a quien demandan alguna cosa por furto*, disponía que en demanda de cosa hurtada, debía el demandado traer otor hasta nueve días; si éste no viniere podía nom-

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 434.

¹⁸⁶ *Fuero de Alba de Tormes*, cap. 24. Seguimos la edición de CASTRO, Américo y DE ONÍS, Federico, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes. I. Textos*, Madrid: Junta para la ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, Centro de Estudios Históricos, 1916, pp. 291-339. *Vid.*, asimismo, con una casuística menos desarrollada, el *Fuero de Plasencia*, cap. 460: «Todo omne a quien uestido testiguado fuere et el qui lo touiere defendiere diziendo que cosida la conpro, et sobr' esto dixiere que dara otor, aduga'l a la çibdat commo fuero es. Si esto non fiziere cayasse. Si dixiere que aquella cosa de omne non connosçido la co[n]pro, iure el que defiende que la conpro de omne que non connosçe, et el pedidor iure otrossi que la [cosa] nunqua uendio o dio o comendo, mas que la perdio o la [furtaron et] el querelloso recombre su cosa. [...]».

¹⁸⁷ «**Cómo puede omne dar por octor aquel de quien compró la heredad, si otro ge la demanda.** Si algund omne vende a otro heredad, e viene otro e demándagela aquel que la compró e dize que aquella heredad es suya e el alcalde manda a aquel que la compró que rresponda aquella demanda. E si este que compró quisiere fazer voz con aquel que demanda, non lo faziendo saber ante aquel que ge la vendió o aquel fiador que tiene de saneamiento, puede fazer voz con él, si quisiere. Mas, si fuere vençido por la rrazón que él toviere, después non puede demandar aquel que ge la vendió nin al fiador que tiene de sanamiento, que ge lo sane. E ellos puédense defender, pues él entró en rrazón con el otro e es vençido ante que a ellos demandase». *Fuero Viejo de Castilla*, IV, tít. II, ley I.

bar otro otor y darlo a los nueve días; y si a los otros nueve no lo daba, debía dar la cosa demandada al demandante, con fianza de tenerla manifiesta año y día ¹⁸⁸.

Si el otor-vendedor se negaba a comparecer a pesar de haber sido requerido para ello y se le podía probar su negativa, tendría que pagar al comprador el doble del precio, más una caloña que oscilaba entre cinco y veinte maravedís, según los fueros ¹⁸⁹. Por ejemplo, en el de *Cuenca*, bajo el título *De venditore qui auctor non exierit*, se establecía lo siguiente:

«Si uenditor radicis auctor non exierit, et emptor firmis eum conuicerit, pectet auctor tantam ac talem radicem duplatam emptori cum calumpnia uiginti aureorum» ¹⁹⁰.

El demandante tenía un plazo impuesto por el juez para que llevase al otor, plazo que variaba en los fueros municipales (3, 9 o 10 días) ¹⁹¹. Si el demandado juraba que, tras buscar al otor, no lo había hallado, el juez abría un nuevo plazo de tres veces nueve días para que lo presentase. Esta presentación la debía hacer, si le era posible, en la primera novena; si no en la segunda y, como último recurso, en la tercera. En cada novena el demandado se presentaría a jurar con la cosa en litigio si era mueble y, si no comparecía, perdería el pleito. Si transcurría el plazo de las tres novenas sin llevar al juez, se daba entonces el pleito por perdido y tenía que pagar el doble del valor de la heredad, como en el delito de hurto ¹⁹².

Por otra parte, algunos fueros contemplaban excepciones a esta norma en el caso de que el otor se encontrase fuera de la ciudad o de su término por

¹⁸⁸ «Del plazo a que debe dar octor qualquier a quien demandan alguna cosa por furto. Este es fuero de Castilla: Que todo omne que demandare alguna cosa de furto debe traer octor a nueve días. E si non viniere aquel que nonbró por octor a los nueve días, puede nonbrar otro octor e darle a los nueve días con fiadores. E si a los tres nueve días non diere octor, debe dar la bestia o aquello que fuere a aquel que lo demanda. E aquel que lo demanda debe dar fiador que lo tenga magnifiesto fasta anno e día. E si entretanto podiere dar octor, debe rrazonar por el fuero». *Fuero Viejo de Castilla*, IV, tít. II, ley IV. La segunda ley dedicada al otor por una demanda por hurto en el Libro II, tít. III, ley II. Cfr. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada: Comares, 1988, p. 68.

¹⁸⁹ FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, *La compraventa*, *op.cit.*, p. 502.

¹⁹⁰ *Fuero de Cuenca*, cap. VII, 15.

¹⁹¹ En el *Fuero de Cuenca* (cap. XL, 9), por ejemplo, eran tres días: «Quicumque se autorem dare promiserit det eum ustque ad tertium diem ad portam iudicis ad placitorum preconium».

¹⁹² Así consignado en el cap. XL, 10 del *Fuero de Cuenca*: «**De eo qui dixerit auctorem extra terminum esse**. Si dixerit auctorem extra terminum fore, iuret se uerum dicere, et tunc detur et placitum trium nouem dierum, vt, si potuerit, adducat eum in prima nouena; sin autem, in secunda; et si in secunda non potuerit, saltim adducat eum in tercia. Si eum adducere non potuerit, cadat a causa, et pectet petitionem duplatam». *Vid.* FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, *La compraventa*, *op.cit.*, pp. 502-503. CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fueros municipales*, *op.cit.*, p. 435.

motivos justificados (peregrinar, estar al servicio del rey o en hueste, estar enfermo...) ¹⁹³. En tal caso, había que esperar a que regresase o sanase, y el demandado presentaría testimonios de ello, y cada nueve días se personaría ante el juez y juraría que el otor seguía fuera o continuaba enfermo, como ocurría, por ejemplo, en el *fuero de Medinaceli* [c. 1180] ¹⁹⁴:

«Qui oviere a dar octor connombrelo, si fuere en termino, de lo a nueve dias; et si non fuere en termino, iure que non lo fayla, et diga que fue en romaria, o en cavalgada, o en recua, et sea a su venida, et de sus conpaneros; et si enfermo fuere fata que sane, et de pues que vinivere, o sanere, del dia que ielo demandare a nueve dias, délo por auctor, et si non lo diera, cayas; et otro tal, fuere aya qui testigo connobrare» ¹⁹⁵.

4. Fianzas singulares navarras y/o alavesas

Además de las anteriores instituciones comunes con Castilla, en Navarra y Álava existieron algunas formas de fianza peculiares y privativas de sus territorios. También, la extinción de la fianza conoció vías singulares.

4.1. *El ferme*

Esta institución, propia del derecho navarro medieval, era una figura de fianza que surgió, incluso, al lado de otros fiadores. Joaquín Cerdá Ruiz-Funes, sintetizando las aportaciones de Ernesto Mayer ¹⁹⁶, José María Ots y Capdequí ¹⁹⁷, y Rafael Gibert ¹⁹⁸, afirmó que el ferme, como el otor, debía

¹⁹³ «**De placito auctorem adducendi.** Ille qui placitum trium nouem dierum habuerit adducendi auctorem, et in prima nouena, uel in secunda, eum adducere non potuerit, si in unaquaque nouena iurare non uenerit quod pro posse suo eum quesiuít, nec tamen reperire potuerit, cadat a causa petitionem duplet sicut dictum est. Verumptamen si dixerit defensor auctorem isse ad regem uel in peregrinatione, uel in arrecloua uel in expeditione, uel in arrea, uel in exploratione, aut esse infirmum, expectet eum pulsans sicut dictum est de testibus dandis Licet defensor in unaquaque nouena ueniat iurare, si ad unum quodque placitum rem testificatam non adduxerit, cadat a causa». *Fuero de Cuenca*, cap. XL, 12.

¹⁹⁴ Vid. FERNÁNDEZ ESPINAR, Ramón, La compraventa, *op.cit.*, p. 503. CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, Fueros municipales, *op.cit.*, p. 435.

¹⁹⁵ MUÑOZ Y ROMERO, Tomás, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Madrid: Imprenta de Don José María Alonso, 1847. Reed. Ediciones Atlas, 1972, pp. 435-443.

¹⁹⁶ MAYER, Ernesto, *El antiguo Derecho de obligaciones*, *op.cit.*

¹⁹⁷ OTS Y CAPDEQUÍ, José María, Recensión a E. Mayer (*El antiguo Derecho de obligaciones*), *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1 (1924), p. 424.

¹⁹⁸ GIBERT, Rafael, El Derecho medieval de la Novenera, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 21-22 (1951-1952), pp. 1169-1221.

intervenir siempre en la transmisión de la propiedad de una cosa. En las transmisiones de inmuebles con firme aparecían interviniendo simultáneamente y de forma independiente personas que eran designadas como testigos, otras que se denominaban firmes y otras que eran fiadores. También en las enajenaciones de bienes muebles —singularmente todo cuando se trataba de ganados— intervenían ciertos individuos denominados *firmes*. Primitivamente se podían distinguir dos grupos de personas que intervenían en la transmisión de inmuebles como mediadores: los firmes en sentido estricto y los fiadores. Los primeros hacían el papel de representantes de las comunidades familiares que recibían al adquirente en la comunidad familiar del enajenante y hacían valer la adquisición en su favor, contra toda posible impugnación, hasta que, transcurrido el plazo de año y día, se consolidaba el derecho del comprador; por el contrario, los fiadores eran verdaderamente los que respondían al adquirente de que la cosa adquirida real y jurídicamente pertenecía al vendedor o transmitente.

El término de *ferme* era una figura de fiadores que poseían finalidad específica de intervenir siempre en la transmisión de la propiedad de una cosa para garantizar la transmisión de la misma frente a la posible demanda de un tercero, tal y como aparece en los *fueros de la Novenera* [s. XIII]¹⁹⁹. Esta institución también la recoge el *Fuero General de Navarra*:

«En quoyal manera debe empeynar qui quiere la su heredit et en quoyal tiempo, et quoyales firmanzas deve dar, et en quoyal tiempo puede sacar, et en qué siesto deve dar, et en quoyal tiempo puede sacar, et en qué siesto deve tener el qui toma, et cómo deve apeaar el qui empeynna. Todo ynfanzon que quiera su heredit enpeynar entegrament todo lo que ha en la villa, deve empeynnar por fuero de ienero á ienero. Al qui prende la heredit en peynos deve dar ferme de la villa en voz de peynos onde la heredit es que sea vezino; la fianza de coto de bueies sea dont quiere. Si alguno li fiziere embargo, quel redre todo embargo, teniendo este ferme y esta fianza en voz de peynos. [...] Est que prende est peynal, quoando prende deve dar fianza ad aqueill qui lo enpeynó, que al dia quel diere su aver quel soltará toda su heredit si oviere mester ferme ó fianza que ielos trobe. [...]»²⁰⁰.

¹⁹⁹ *Fueros de la Novenera*, caps. 86, 117, 130, 131, 225. Vid. GIBERT, Rafael, *El Derecho medieval de la Novenera*, *op.cit.*, pp. 29-30. CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, *Fueros municipales*, *op.cit.*, p. 435.

²⁰⁰ *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XVI, cap. III. Vid. también Libro III, tit. XII, cap. IV.

4.2. Fiadores de riedra o rendida

Una de las fianzas especiales del Derecho navarro es la de *riedra* o *rendida*. En este caso, el fiador *riedra* o *rendida* garantizaba que si el demandante perdía el pleito, ni él ni otro de su familia volverían a pedir el bien litigioso²⁰¹. Según José Yanguas y Miranda, en ocasiones los acreedores consentían en entregar la prenda viva al deudor para que hiciese uso de ella, con la promesa de pagar su deuda a cierto plazo; en caso de incumplimiento debía volver la prenda al acreedor, *para lo cual daba un fiador llamado de “rendida”*²⁰². Estos fiadores aparecen en diferentes textos locales, como el de *Viguera y Val de Funes* [s. XIII], cuando aborda el caso de las *mandas de destín*:

«En toda manda de destín que fuere fecha de mueble o de rayz sin fiador de saluo o de riedra baldrá por fecho, si sus cauecaleros fueren poderados por mandamiento de destinador, o si consentieron a la cabecalejía los que podrian contradizir, o si prisioneron eyllos part de los bienes segunt que el destinador mandó. El marido, si fiziere en su destín mandamiento de hereditat o de mueble con otrogamiento de la muger, por sus almas o por su probecho d’eyllos, después de la muert del marido non puede la muger demandar en la partición entegras del mandamiento»²⁰³.

Por su parte, el *Fuero General de Navarra* contemplaba el caso de la persona que prendaba alguna bestia y cómo la podía dar a cambio de fiador de riedra. También establecía, entre otros aspectos, la manera en que este fiador tendría que devolverla (con su freno y su cabestro, o como la recibió), la forma en que tendría que albergarla (dándola de comer a la noche) y, si muriera la bestia prendada, cómo habría de restituirla con otra de igual valor y cómo el acreedor debería mandarla desollar y presentar la piel al dueño, con la cabeza, las orejas, el crin, la cola y los cuatro pies con las uñas²⁰⁴.

4.3. Fianza de abonimiento, de cognicio o manifiesto

Recogida en el *Fuero General de Navarra*, esta fianza estaba vinculada con la anterior de *riedra*, en tanto en la de *abonimiento* (“redención”) el

²⁰¹ UTRILLA UTRILLA, Juan Francisco, *El Fuero General de Navarra*, I, *op.cit.*, p. 298, nota 251.

²⁰² YANGUAS Y MIRANDA, *Diccionario de los Fueros del Reino de Navarra*, *op.cit.*, p. 27, nota 19.

²⁰³ *Fuero de Viguera y Val de Funes*, cap. 485. Vid., asimismo, en el mismo fuero el cap. 225, reproducido anteriormente.

²⁰⁴ *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XV, caps. XXI y XXII; tít. XVI, caps. VI y X; tít. XVII.

acreedor había tomado prendas al fiador, y el deudor principal había pagado la deuda. El acreedor pignotaticio debía presentarla a resultas de que la prenda no hubiera tenido daños ²⁰⁵. También se conocía con los nombres de *fiador de cognoscido* y *fiador de manifiesto*, llamado así este último porque —en palabras de José Yanguas— *le obligaba a reconocer y manifestar todos los daños que se originaban al ejecutado, para que pudiera acreditarlos, y repetir contra el principal deudor* ²⁰⁶.

Así, en el capítulo X del Título XVII del Libro III se establecía cuándo y cómo debería un hombre *abonir* o redimir a su fiador, y en el caso de *morir* las prendas, cómo se justificaría judicialmente y qué tenía que hacer el acreedor, así como quién debería restituir los daños que se le ocasionasen al fiador ²⁰⁷. El capítulo siguiente recogía cuándo el acreedor debía redimir al fiador ²⁰⁸; mientras que el XVIII establecía que todo fiador que quisiera pechar aquello de lo que respondía como fiador, podría pecharlo, mientras que la parte que recibió el haber le daría *fiador de abonimiento*, o, dicho en otras palabras, que el fiador había pagado para quedar libre de cargas. Así, el fiador podría repetir con el deudor que lo había constituido como fiador ²⁰⁹.

En el derecho alavés de Ayala lo denominaba *fiador de conocido* ²¹⁰, y alude a él al referirse a la prueba de la adquisición de un solar por compraventa:

«Otrosi, en razon de venta de algunos solaes, si los fiadores negaren que non le son tales fiadores, e gelo provase con dos fiadores de conocido que tales fiadores les son valale; e los fiadores faganle el solar bueno e sano. E si

²⁰⁵ ROVIRA MOLA, Alberto de, *Fianza*, *op.cit.*, p. 713. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado*, *op.cit.*, p. 308.

²⁰⁶ YANGUAS Y MIRANDA, *Diccionario de los Fueros del Reino de Navarra*, *op.cit.*, p. 23, nota 4.

²⁰⁷ «Aquí enseyna el fuero en qué manera deve abonir aqueill qui peydra su fianza. Nuyll omne non deve abonir su fianza entroa que faga pagar su deuda; mas quoando la fianza rendrá ó li fará render su aver, et le qui prende dará fianza á su fianza que peydró, que li abonezca et quel será manifiesto de todo quoanto peydró, et dévelo abonir. E si dize la fianza ad aqueill qui lo peydró, tu non matest mios peynos, porque non los tovist assi como fuero es, el abonidor deve iurar teniendo los pies ante el altar sobre los cueros de los peynos que son muertos, que assi como fuero es tovo los peynos, et que son muertos, et despues lo emendará todo el dayno que ha priso la fianza. Et si non quisiere abonir, emendar lo avrá toda perdida. Todo esto el otro que lo puso fianza lo avrá emendar de todo embargo». *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XVII, cap. X.

²⁰⁸ «Nuyll omne non deve abonir á su fianza ata quel fágala prender su presa; mas quoando li fará al creedor su aver render porque es fianza, el creedor abonézcal et faga render á la fianza todos sus peynos en manera que no aya ninguna pérdida por eyll». *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XVII, cap. XI.

²⁰⁹ *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XVII, cap. XVIII. *Vid.*, en este caso, la aclaración realizada por UTRILLA, I, *op.cit.*, p. 329.

²¹⁰ *Vid.* SALINAS QUIJADA, Francisco, *Estudio comparativo*, *op.cit.*, pp. 118 y 119-120.

fiadores de conocido non tobiere, o si los fiadores digeren que ellos no son tales fiadores, jurenle cada uno por su cabeza en Santistevan que non son tales fiadores e si jurar non quisieren o non pudieren venga en él el solar»²¹¹.

4.4. Fianza de suelta

La última de las fianzas especiales en el Derecho navarro se conoce como *de suelta*, y aparece en el capítulo XII del Título XVII del Libro III del *Fuero General de Navarra*²¹². En esta figura se habla del fiador *negado*, que era el que el acreedor no quería admitir, y al cual debía éste dar fianza *de suelta*, es decir, fianza de reconocerlo por libre de la obligación que había contraído al constituirse fiador, después de haber jurado *sobre la cabeza del rey bendito* que tenía justas causas para no admitirlo²¹³. Según José Yanguas y Miranda, se trataba de una *fianza de reconocerlo por libre de la obligación que había contraído al constituirse por fiador*²¹⁴.

4.5. Extinción de la fianza

En Navarra la fianza se extinguía por el pago o por la remisión de la deuda. Con la muerte del fiador no cesaba la obligación de la fianza, pues se transmitía a sus herederos con igual extensión y condiciones que la había contraído el difunto, si bien existía una excepción a este principio a favor de la mujer e hijos del fiador de derecho, quienes, si éste moría durante el juicio, no venían obligados a responder por tal fianza:

«**A qué son tenidos las creaturas de la fianza de dreyto si muere.** Qui que sea fianza de dreyto de quando el alcalde mandare sobre demanda de heredad ó de mueble, entre tanto antes que el pleyto sea iurgado por iuyzio muere aqueylla fianza, por fuero sua muyllier nin suas creaturas sobre aqueylla fiaduria non son tenidos de responder»²¹⁵.

²¹¹ *Fuero de Ayala*, cap. XXI. *Vid.*, asimismo, cap. XLI: «Otro si ninguno non pueda provar su demanda por testigos, salvo ende por dos fiadores de conocido. E ninguna conoscencia que fuere fecha fuera de juicio non vala, salbo si fuere fecha echandolo el que conosco fiadores de conocido».

²¹² «**Fianza negada á que es tenida.** Si algun fiador es negado, iurando eyll la cabeza del rey benedicto como fuero es, dével dar el qui niega fianza de suelta, que á la fianza non faga apear heredat». *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XVII, cap. XII.

²¹³ ROVIRA MOLA, Alberto de, *Fianza*, *op.cit.*, pp. 713 y 714.

²¹⁴ YANGUAS Y MIRANDA, *Diccionario de los Fueros del Reino de Navarra*, *op.cit.*, p. 37, nota 24.

²¹⁵ *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XVII, cap. V. *Vid.* ROVIRA MOLA, Alberto de, *Fianza*, *op.cit.*, p. 715.

Otra forma de extinción de la obligación del deudor era cuando el deudor principal era declarado ladrón y moría estando ausente, siempre que el fiador probara su muerte mediante señalamiento de su sepultura y juramento²¹⁶. Una última forma singular de extinción de la fianza era la que tenía lugar por la liberación del acreedor, como aparece, por ejemplo, en el caso de la fianza *negada*, es decir, cuando el acreedor no quería admitir com fiador a quien como tal se constituyere o le fuese presentado²¹⁷.

5. La fianza en el *ius commune*

5.1. Recepción castellana de la figura romana de la fianza

La figura romana de la fianza regresó de la mano del *ius commune* castellano fundamentalmente a través de la fianza contractual, donde el fiador era la persona garantizadora de la obligación de un deudor en virtud de su credibilidad, tal y como se pone de manifiesto en el *Fuero Real y Partidas*²¹⁸. La influencia del Derecho común también se fue introduciendo paulatinamente en el derecho municipal a partir del siglo XIII, pues se determinó, por ejem-

²¹⁶ «Cómo se deve salvar yfanzon por furto et cómo lavrador, et si niega el ladron cómo se deve abonir el acusador et ser so el fiador si el ladron muere so fiaduna, et si el acusador le diz que no es muerto el ladron, qué deve fazer el fiador. Agora vos contaremos de fuero de furto. Todo yfanzon al primer furto sálvese con su iura por furto si no ha iurado ó en hueyll de iglesia no ha seydo por iurar; et si por furto ha iurado, sálvese por bataylla. Todo villano sálvese con bataylla de candella et de buy con escudo et baston. Et si dixiere el qui es acusado por ladron, por malquerienza me apones, que nó as perdido ren, abonézcase el acusador con VI vecinos de la hereditat dont la anefaga solía imbiar á la cabayna. Ante que fiador de yuizio prenga, por lo que su aver li furtaron, fezo el reclamo en aqueilla hereditat dont solia imbiar á la anafega á la cabayna, et si nó los tres abonidores sean de al villa dont la anafega solia imbiar á la cabayna, et los otros III sean de la ledania. Pues que estos VI abonidores fueren dados, peyte toda la pérdida et finque por ladron, et sil nol podiere dar abonidores sea quitto. Si el ladron muere so fiaduria, el fiador que es, muerto el ladron, seguezca al fiador ayllá o iaze el cuerpo del ladron en quoanto el regno tiene, et si fuera del regno iaz el cuerpo, el fiador segúrelo, así que ombre nol faga, et que lo tornará en el regno de Dios enta qua sano et salvo; et seguezca ayllá o iaz el cuerpo, et enséyneli la fuessa, et el fiador con la ayssada fierga III vezes ayllá o el cuerpo iaze, et despues vaya á la iglesia mas cercana o las iuras suelen dar, et iúreli el fiador al dueyno que el ladron es muerto et iaze aylli o el ferió tres vezes con la ayssada; et con tanto debe ser quitto el fiador. Et si non podiere asegurar la fianza por yr á otro regno, de los peynos non faga plazto ata que faga prender dreyto; et esto feyto, si el ladron paresciere finque desperiurado el fiador que en testimonianza, ni en abonimiento, ni en prueba non sea recibido, et al dueyno del aver fágala prender dreyto peyte eyll mismo». *Fuero General de Navarra*, Libro V, tít. VII, cap. III. Vid. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado*, op.cit., p. 306.

²¹⁷ Remito a lo expuesto anteriormente al tratar la *fianza de suelta*. *Fuero General de Navarra*, Libro III, tít. XVII, cap. XII.

²¹⁸ MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado*, op.cit., p. 305.

plo, que el acreedor podía dirigirse indistintamente al fiador o al deudor, pues tanto uno como otro deben responderle ²¹⁹:

«[...] Si aquel que tomo fiador por alguna cofa quifiere demandar al [deudor], pueda lo fazer, et el debdor non fe pueda emparar por dezir que fiador tiene del; ca magera que dio fiador, non ef quito. Otrofi fi quifiere demandar al fiador, pueda lo fazer, ca pues que amos le fon tenjdos de rrefponder, en fu poder ef de demandar aqual dellos quifiere, fueraf fi la fiadura fuere fecha por alguna postura en otra manera» ²²⁰.

La doctrina jurídica en torno a las figuras de garantía, tanto personales como reales, presentó generalmente en Castilla una clara base conceptual romana, correspondiente en muchos de los casos con la codificación justinianea. En algunas ocasiones las semejanzas con el Derecho romano son amplias, prácticamente niméticas, aunque en otras se bebe fundamentalmente de las fuentes del Derecho canónico. Así pues, los redactores de los textos legales no acogieron única y exclusivamente las ideas romanas, sino que las reelaboraron ayudados de su conocimiento del *ius commune*.

En las leyes de *Partidas* se formularon las principales reglas del contrato de fianza en su hechura del Derecho común, cuyas doctrinas fundamentales afloraron en diversas leyes del Título XII de la *Partida* V. En la ley primera se definía la *fiadura* y quién podía y no podía ser fiador:

«Fiador tanto quiere decir, como hombre que da su fe e promete a otro de dar o de hacer alguna cosa; o por mandado; o por ruego de aquél que le mete en la fiadura. E tiene gran pro a aquél que le recibe, pues es por esto más seguro de aquello que le han de da o hacer, porque fincan ambos a dos obligados, también el fiador como el deudor principal. E decimos que puede ser fiador, todo hombre que puede hacer promisión para fincar obligado por ella. Otrosí pueden recibir fiadores, todos aquellos que pueden recibir promisiones, así como dicen en el título antes de éste, que habla de las promisiones» ²²¹.

Aunque las leyes de *Partidas* no definían la fianza ni como un contrato ni como una obligación, los investigadores que se han acercado al tema han entendido esta figura como un contrato, mediante el cual una o más personas se obligaban a pagar una deuda o a responder de la obligación de un tercero en caso de que éste no la cumpliera ²²². Una de las características de la fianza

²¹⁹ Sic. CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín, Fueros municipales, *op.cit.*, p. 434.

²²⁰ *Fuero Viejo de Castilla*, III, tít. VI, ley III.

²²¹ *Partida*, V, tít. XII, ley I.

²²² ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *La fianza*, *op.cit.*, p. 69.

en el momento de la Recepción fue, como observó Remedios Morán, la progresiva evolución desde la obligación solidaria que tenía inicialmente en el Derecho romano —de tal forma que el acreedor podía elegir entre deudor principal y fiador indistintamente—, hacia una obligación accesoria del fiador —que sólo respondía en caso de incumplimiento del deudor principal—. Así pues, en *Partidas*²²³, cuando el acreedor solicitaba el pago directamente al fiador, este último podía solicitar al juez plazo para presentar al deudor principal²²⁴.

También la denominada **cofianza** o fianza contractual plural se basó en el Derecho romano. Justiniano —recordemos— aseguró de manera general el derecho de regreso del fiador que pagó, pues establecía que el fiador disponía de la *actio mandati contraria* contra el deudor principal, acción que le correspondía incluso cuando omitió sin dolo una excepción o cuando pagó ignorando que la deuda había dejado de existir. Tal y como observó Ángel Cristóbal Montes, glosadores y comentaristas aceptaron el régimen justiniano, y a lo máximo que llegaron fue a aumentar la protección de los fiadores solventes, dotando a los mismos de una acción singular —la *provocatio ex lege si contendat*—. Se les permitió así poder instar del acreedor que éste actuase contra aquel de los cofiadores que maniobraba para resultar insolvente. Esta fianza realizada por varios fiadores podía constituirse como una mancomunidad simple —cuando cada fiador se obligaba por una parte de la deuda principal— o solidaria —cuando todos los cofiadores se obligaban por la totalidad de la deuda—. En el segundo caso, en el Derecho castellano debía ser pactada²²⁵.

Un campo donde se observa nítidamente la Recepción del Derecho común es el de la **fianza judicial**, pretada tanto en juicios civiles como criminales, analizada por Remedios Morán²²⁶. Por una parte, la tradición alto-medieval renovada de esta institución se atestigua en la denominada *fianza de*

²²³ «**Cómo la deuda debe ser demandada primeramente al principal deudor que el que fió.** En el lugar siendo aquél que fuese principal deudor, primeramente a él deben demandar que pague lo que debe e no a los que entraron fiadores por él. E si por ventura no hubiese él de que lo pagar, deben demandar a los fiadores. E si acaeciere que los fiadores fueren en el lugar e aquél por que fiaron no; e comenzándoles a demandar el deudo pidiesen plazo a que adujesen a aquél a quien fiaron, débenselo dar. E si al plazo no lo adujesen, entonces deben responder a la demanda e pagar cada uno de ellos su parte; o los ricos por los pobres; o el uno por todos, en la manera que dice en la ley antes de ésta. E este plazo les debe otorgar el juzgador ante quien demandaren el deudo según su albedrío, asignando toda una hasta quanto tiempo lo puedan aducir». *Partida*, V, tít. XII, ley IX.

²²⁴ MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado*, op.cit., p. 305. Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona: Aranzadi, 1985, p. 24.

²²⁵ CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La cofianza*, op.cit., p. 20.

²²⁶ MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado*, op.cit., p. 307.

estar a derecho, que garantizaba ante el juez que el reo o el demandado asistiría a juicio sin dolo, tal y como aparece en diferentes leyes de *Partidas*²²⁷. También con rememoranzas tradicionales —aunque de hechura totalmente novedosa— y relacionada con la anterior, estaría la *fianza carcelera*. Era ésta una fianza constituida ante el juez con el fin de que dejando éste al reo en libertad, garantizara que se presentaría ante el juez o volvería a la cárcel cuando fuera requerido²²⁸. Esta fianza de tipo procesal, en la que algunos autores han querido ver la primera manifestación de la fianza carcelaria o de libertad provisional, únicamente se aplicaba cuando el reo no había sido condenado a penas corporales. En esta figura al fiador se le conocía con el nombre de *carcelero comentariense*, pues tomaba a su cuidado la custodia del reo, comprometiéndose a presentarlo cuando fuera demandado.

En cambio, dentro de la fianza judicial encontramos formas inequívocamente enmarcables en la Recepción, como la *fianza de estar a results del juicio*, obligación contraída por el fiador ante el juez de asumir la obligación que resultare del juicio de un tercero, en defecto de pago por éste; afectaba sólo a las condenas pecuniarias, no a las corporales o de privación de libertad. Tiene su origen en la fianza romana *judicatum solvi*. Fruto del *ius commune* es también la denominada *fianza de depósito*, consistente en poner a disposición del tribunal determinados bienes que cubrían una obligación o deuda litigiosa.

²²⁷ «De la pena que promete un hombre a otro, de hacer estar algún hombre en juicio. En latín dicen: *pena judicialis*, a la pena que es puesta sobre promisión que es hecha en juicio. E esto sería como si un hombre fiase a otro en juicio ante el juzgador, prometiendo so cierta pena, que él ayudaría a estar e a cumplir de derecho al que hubiese querrela de él, al plazo que le pusieren. Pues aunque éste que lo fiase no lo adujese al plazo que le fuese puesto, si lo adujese a dos días; o a tres; o a cinco; o más, según a bien vista del juzgador, no caería por esto en pena. Pero por este alongamiento que le otorgamos, porque pueda haber además del plazo, mandamos que no pierda ni se menoscabe al otro ninguna cosa de su derecho, que ha en la demanda principal, mas que le finque en salvo para poderse lo, demandar bien así como haría al primer plazo que le fuese puesto. E esto decimos que ha lugar en todas las otras penas semejantes de estas, que ponen los hombres sobre las promisiones, que hacen los unos con los otros ante los juzgadores». *Partida*, V, tít. XI, ley XXXVI. *Vid.*, asimismo, V, tít. XI, ley XXXVII, V, tít. XII, leyes XVII-XIX y VII, tít. XXIX, ley X.

²²⁸ «Cuántos plazos debe haber aquél que fió a algún hombre de hacerle estar a derecho para aducirlo. Acusado siendo algún hombre sobre algún mal hecho, si entrase otro fiador por él, delante del rey o de alguno de los otros que juzgan por su mandado, obligándose so pena cierta a traerle a derecho a día señalado, débelo aducir aquel día, que cumpla de derecho a aquél que le acusa. E si por ventura acaeciese que lo no pudiese hallar, debe haber otro tanto de plazo antes para buscarle e aducirle ante del juzgador, cuanto fue el plazo primero a que lo hubo a aducir, si fue menor de seis meses. E si por ventura fue el plazo de seis meses, debe haber otro tanto para buscarle. E si no le pudiese hallar o no le trajere a derecho hasta el año cumplido, entonces es tenido de pechar la pena a que se obligó». *Partida*, V, tít. XII, ley XVII. *Vid.*, asimismo, V, tít. XII, leyes XVIII y XIX.

Las **fianzas personales** son, igualmente, fiel reflejo del espíritu receptor, aunque sin librarse del todo de las reminiscencias anteriores. Sería el caso de la *fianza de salvo*, que ya viéramos en el derecho altomedieval, mantenida ahora, en el Derecho común, de manera residual, tal y como se recoge en *Partidas*:

«**Qué pena merecen los que quebrantan treguas o seguranzas o fiadura de salvo.** Los quebrantadores de la tregua o de la seguranza, si fueren hijosdalgo, pueden ser reptados por esto e caer en la pena que dijimos en el título de los rieptos. E si fueren otros hombres de menor guisa el que hiriere o matare o prendiere a otro en tregua o en seguranza o sobre fiadura de salvo, muera por ello. E si le hiciere daño en sus cosas, pécheselo cuatro doblo. E si lo deshonnare, hágale enmienda a bien vista del rey. E los que hicieren la fiadura de salvo, caigan en aquella pena a que se obligaron cuando la hicieron²²⁹».

La institución de la *fianza de salvo* se ve desprovista aquí de la significación que le daba, por ejemplo, el *Fuero Viejo*, evolucionando ahora hacia su carácter público. Por otra parte, y como recuerda Remedios Morán, con el nombre de *salvo* se conocía la protección jurídica especial establecida por los monarcas para garantizar la la seguridad en el camino de quienes acudían a la Corte, imponiéndose penas especialmente agravadas a quienes lo infringiesen. Esta figura finalmente derivó en el salvoconducto²³⁰.

Finalmente en Castilla, como en el resto de territorios hispánicos, se difundió durante la Recepción del Derecho común la *fianza de los tutores, curadores y administradores judiciales*. Desde el sistema jurídico medieval se fue consolidando la exigencia de que los administradores, tutores y curadores prestaran fianzas para responder de la gestión de los bienes y personas de los que estaban bajo su tutela²³¹.

5.2. Diferencias entre el Fuero Real y Partidas

Partidas y *Fuero Real* prevén un régimen jurídico distinto en cuanto a las fianzas, fruto, en gran medida, de la Recepción o no del Derecho común. Veamos sus diferencias más significativas. Por un lado, ambas fuentes establecieron un régimen jurídico diverso en lo relativo al modo en que el acreedor podía hacer valer su derecho de crédito en sede de fianza. Como acaba-

²²⁹ *Partida*, VII, tít. XII, ley III.

²³⁰ MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del Derecho privado*, op.cit., pp. 307-308.

²³¹ *Ibid.*, p. 308.

mos de ver en el epígrafe anterior, las *Partidas* regularon por primera vez el modo en el que el acreedor podía hacer valer su derecho de crédito en el caso de que la deuda hubiera sido asumida por varios obligados a título principal; en concreto, la Ley IX del Título XII de la *Partida V* imponía al acreedor, como regla general, la demanda previa al deudor. En cambio, el *Fuero Real* otorgaba la facultad al acreedor para reclamar el débito bien del deudor, bien del fiador.

Una segunda diferencia aparece en los supuestos de concurrencia de varios fiadores asumiendo la obligación de garantía donde, aparentemente, todas las fuentes aceptaron el régimen justinianeo: al tenor de la Ley VIII del Título XII de la *Partida V*²³², deviene excepción la regla del *Fuero Real*, que posibilitaba al acreedor para reclamar íntegramente el débito de cualquier fiador²³³. Unido a ello, encontramos la determinación de la manera en que el acreedor había de reclamar la deuda para el caso de que fueran varios los obligados a título principal, aspecto regulado en la *Partida V* de la Ley X del Título XII²³⁴ (el acreedor no podía demandar a uno solo más de *quanto la cupiere de su parte*, debiendo responder los presentes por los ausentes y los solventes por los insolventes), y al que no se hace referencia en el *Fuero Real*²³⁵. Según tesis de Miguel Ángel Pérez Álvarez en contra de la opinión de Francisco Hernández Gil, aquí no cabría hablar de la existencia de una presunción de solidaridad. Aun cuando los obligados lo fuesen como *principales deudores*, y cada uno *por todo*, se prorrateaba la deuda entre ellos siem-

²³² «**Qué fuerza ha la fiadura que muchos hombres hacen en uno.** Muchos hombres entrando fiadores en uno e obligándose cada uno de ellos en todo, de dar o de hacer alguna cosa por otro, son tenidos de lo cumplir en aquella manera que lo prometieron. De guisa, que aquél que recibe la fiadura, puede demandar a todos o a cada uno por sí, toda la deuda que le fiaron; e pagando el uno son quitos los otros. Pero si los fiadores no se obligasen cada uno por todo, mas dijese simplemente: nos somos fiadores por fulano, de dar o de hacer tal cosa; entonces, si todos son valiosos para poder pagar la fiadura, a la sazón que se demanda la deuda, decimos que no puede demandar la cosa el señor de la deuda a cada uno de ellos, más de cuanto le cumpliere de su parte. E si por ventura algunos de los fiadores fuesen tan pobres que no hubiesen de que pagar aquella parte que les cabe, entonces los otros que hubiesen de que lo hacer, quiera fuesen uno o muchos, son tenidos de pagar toda la deuda principal o de cumplir aquella cosa que fiaron». *Partida*, V, tít. XII, ley VIII.

²³³ PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Solidaridad en la fianza*, *op.cit.*, p. 25.

²³⁴ «**Cómo cuando dos hombres se hacen fiadores principales por una deuda, la deben pagar.** Obligándose muchos hombres de so uno e cada uno por todo, haciéndose principales deudores de dar o de hacer alguna cosa a otro, si todos fueren en el lugar cuando el señor del deudo les quisiese hacer demanda, aunque cada uno de ellos entrase fiador e deudor por el otro, con todo eso no debe demandar todo el deudo al uno. Antes decimos que debe ser apremiado cada uno de dar su parte, si todos hubieren de qué pagar. E si por ventura todos no fuese en la tierra o alguno de ellos no fuese valioso, entonces los que fueren ahí e que hubieren la vaía, deben pagar todo el deudo cuantos quiera que sean uno o dos o más». *Partida*, V, tít. XII, ley X.

²³⁵ CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La cofianza*, *op.cit.*, p. 21. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona: Aranzadi, 1985, p. 26.

pre que fueren solventes y estuviesen presentes en el lugar. En caso contrario, la división subsistía entre los deudores presentes o, en su caso, solventes, pero se la hacía acompañar por una responsabilidad subsidiaria por la porción de la deuda concerniente a los no presentes o a los insolventes²³⁶. En cambio, el *Fuero Real* distinguía entre fiadores *pro toto* y fiadores *pro parte*. Como observó Ángel Cristóbal, esta distinción, a diferencia de lo que ocurría en el Código alfonso, resultaba irrelevante, ya que el acreedor podía reclamar la totalidad del crédito, bien al conjunto de los garantes, bien a uno solo de ellos, y en este último supuesto sin reparar que se tratase de fiador solidario o de fiador simple, según la Ley IV del Título XVIII del Libro III²³⁷. Así pues, parece evidente que en uno y otro supuesto el fiador demandado podía acogerse al *beneficium divisionis*²³⁸. Esta Ley, como la anterior, coinciden con los parágrafos 398 y 399 del *fuero de Soria*²³⁹.

Una tercera diferencia la encontramos en la Recepción del *ius commune* en *Partidas* en relación a la fianza de la propia persona. Esta fuente se limitaba a exigir una caución de continuar el pleito hasta el final²⁴⁰. En cambio, el *Fuero Real* exigió estas fianzas y estableció en su defecto la prisión del deudor a través de dos leyes²⁴¹. Aquella práctica pensada para el derecho

²³⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Solidaridad en la fianza*, *op.cit.*, p. 26.

²³⁷ «Quando alguno tomare dos fiadores o más por alguna cosa, quier diga cada uno o por todo quier non, en su uoluntad sea de demandar a todos de souno o a qualquier dellos; et si al uno demandare e lo él pagare, sea tenido de darle e de otorgarle la uoz que él auie contra los otros, e desí este que pagó pueda demandar a cada uno de los que con él fiaron quel entreguen su parte de quanto él pagó; et si cada uno fiare en su parte connoçuda non sea tenido de pagar más nin de responder por más». *Fuero Real*, Libro III, tit. XVIII, ley 4.

²³⁸ CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La cofianza*, *op.cit.*, p. 22.

²³⁹ Como se sabe, la relación existente entre el *fuero de Soria* y el *Fuero Real* posee dos tesis encontradas. Por una parte, desde Galo SÁNCHEZ (*Fueros castellanos de Soria*, *op.cit.*, pp. 153-154) la doctrina estableció que los redactores del *Fuero Real* habrían empleado como fuente el texto soriano, si bien Rafael GIBERT (*Historia General del Derecho Español*, Granada, 1968, p. 46) y Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ (*El Fuero Real y el Fuero de Soria*, *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXIX, 1969, pp. 545-562) no descartaron la posibilidad de que el *Fuero Real* hubiera servido de modelo al de Soria. *Cfr.* PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Solidaridad en la fianza*, *op.cit.*, p. 23, nota 2.

²⁴⁰ «Sobre qué cosa no ha menester de ser hecha la demanda en escrito. Escrita tuvieron los antiguos por bien que fuese hecha toda demanda que hubiesen a hacer de diez maravedís arriba o de cosa que lo valiese. Mas desde ayuso no ha el demandante porque la hacer en escrito si no quisiere, pues abúndale que diga por palabra ante el juez siendo ahí el demandado, qué es lo que demanda e por qué razón, así como de suso es dicho. E esto tuvieron por bien, porque los pleitos pequeños se puedan librar más pronto e sin gran costa. Otrosí decimos, que si aquél a quien hacen la demanda no es arraigado en la tierra, que puede aquél que se la quisiere hacer demandarle fiador que esté a derecho. E el demandado es tenido de lo dar pudiéndolo haber. Pero si no hallase quien lo quisiese fiar, débenle hacer jurar que esté a derecho hasta que el pleito sea acabado por juicio. E después que el juez hubiere oído la demanda del demandante, débela mostrar al demandado e poner plazo a que pueda aconsejar e responder a ella». *Partida* II, tit. II, ley XLI.

²⁴¹ «Quando el alcalde mandare peyndrar o assentar o iudgar o él mismo iudgare algún iudizio que non sea firmado, puédalo emendar si entendier que erró en lo que iudgó o que mandó, e

municipal se perfeccionó a través de las *Leyes de Toro* (1505), por la que nadie estaba obligado a dar fiador por demanda de dinero si no precedía información de testigos de la deuda o escritura auténtica²⁴².

5.3. Navarra, Álava y Bizkaia

Al igual que ocurría con las figuras de garantía reales, el *Fuero General de Navarra* no incorporó ninguna prescripción del Derecho común en la regulación de las personales. Respecto al *fuero de Ayala* y al Derecho vizcaíno, la fianza sigue la misma trayectoria anteriormente expuesta en relación a la prenda.

emiéndelo fata tercer día; o después del tercer día, ssi alguna de las partes se agrauiare e se alcare, puédalo emendar quandoquier, ante que el pleyto de alçada uenga ante aquel que lo deue iudgar». *Fuero Real*, Libro II, tít. III, ley 3. *Vid.*, asimismo, la ley 6 del título VIII del Libro II: «Si algún omne aduxiere sus prueuas e aquel contra qui las aduxiere las denostare ante el alcalde, peche C sueldos al alcalde nte quien las denostare e demás peche la calompnia que manda la ley de los denuestos; e si los menazare a todos o a algunos dellos e non dixiren todos o alguno dellos la testimonia sobre que las aduzen, peche CCC sueldos: la meatad al rey e la otra meatad al que las aduze; e ssi todas las prueuas dixieren la testimonia sobre que las aduzen, peche C e L sueldos e sean partidos así como sobredicho es e demás desto peche C sueldos al alcalde ante qui las amenazó; e si las firiere o fiera alguno dellos, peche la calompna de las feridas assí como manda el fuero e demás peche C sueldos al alcalde ante qui las firiere».

²⁴² *Ley de Toro*, 66. Esta ley, según J.L. Palacios Rubios, buscaba precaver que los deudores fueran detenidos en la cárcel, lo que sucedía en numerosas ocasiones. GIBERT, Rafael, *Leyes de Toro*. En Buenaventura Pellisé Prats (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XV, Barcelona: Editorial Francisco Seix, 1981, p. 262.

**A LA BÚSQUEDA DE LA COLOCACIÓN
JURÍDICA DE LAS QUEBRADOS
FRAUDULENTOS**

Emma Montanos Ferrín
Universidad de La Coruña

SUMARIO: I. DOS PAPAS Y DOS BULAS: PÍO V, GREGORIO XIV, LA “POSTQUAM EOSQUE” (1570) Y LA “CUM ALIAS” (1591).—II. INTERPRETACIÓN DE LA LITERATURA JURÍDICA EUROPEA DEL SIGLO XVII SOBRE EL CONTENIDO DE ESTAS DISPOSICIONES PAPALES: a) Posicionamiento uniforme de los juristas hispanos; b) Disparidad de argumentaciones de la literatura jurídica *extra* hispana.—III. CONCLUSIÓN.

I. DOS PAPAS Y DOS BULAS: PÍO V, GREGORIO XIV,
LA “POSTQUAM EOSQUE” (1570) Y LA “CUM ALIAS” (1591)

Pío V dedica el contenido de la constitución “Postquam eousque”¹ de 1 de noviembre de 1570, en parte, “contra fraudulentos, et dolosos decoctores” a los que considera merecedores de la pena capital por el crimen cometido. Desde el momento inicial, y hasta el final, concede un trato similar en calificación y en pena a los ladrones, a los que cometen actos de prodigalidad, dilapidan bienes y a los que, de forma dolosa, y en fraude de sus acreedores, quiebran. Interpreta este Papa que todos los que incurren en estos comportamientos delictivos por negligencia, prodigalidad, lujosos deseos y, de forma similar, aquéllos que “cessorum bonorum deludentes, decoctores, fallitos nuncupatos...”, vilipendian gravemente la autoridad apostólica, actúan en gravamen y detrimento de sus próximos y ponen en grave peligro su alma². Resulta sumamente explícito y claro este Papa al determinar que los *decoctores* son como los *fures*, “ut ab illis in nihilo differant”³, y que unos y otros son merecedores de las penas en sus más graves suplicios. Me parece singularmente interesante resaltar que Pío V incluso parece considerar que el

¹ El contenido completo de la “Postquam eousque” se puede leer en *Bullarum Privilegiorum ac Diplomatum Romanorum Pontificum, amplissima collectio* (Roma, 1746, reed. anast. Graz, 1965) IV, 3 const. 156, fols. 131-133.

² “Postquam eousque”, *Bullarum*, IV, 3, fol. 132.

³ “Postquam eousque”, *Bullarum*, IV, 3, fol. 132.

comportamiento de los quebrados fraudulentos es más ‘indigno’ que el de los ladrones porque los primeros, a diferencia de los *fures*, actúan de forma impune sin poner en peligro su vida y de manera voluntaria cometen su grave delito⁴.

Determina finalmente la *Postquam eousque* que, si bien todas las personas de cualquier condición y dignidad pueden gozar del foro eclesiástico, no se pueden beneficiar de éste los dilapidadores, ni los que satisfacen su voluntad con actos de prodigalidad y tampoco aquéllos que “in fraudem creditorum suorum occultant”⁵ y utilizan el dinero de éstos en su propia utilidad. La expresión que Pío V utiliza no deja lugar a dudas: los *decocti fraudulentum* no gozan del derecho de asilo eclesiástico. Y añade además que éstos deben de ser sometidos a los más graves castigos similares a los que se imponen a los mismos *fures*, tanto estén contemplados *de iure* como por costumbre, o en el contenido de los estatutos municipales⁶.

A mi modo de ver Pío V es sumamente claro, tanto cuando establece la denegación del asilo eclesiástico a los que quiebran de forma fraudulenta en detrimento de sus acreedores, como cuando establece similitudes entre esta clase de delincuentes y los *fures*, al menos en cuanto a las sanciones penales se refiere, y que han de ser en ambos casos las máximas. Esta similitud será seguramente el punto de arranque y el origen de las futuras interpretaciones doctrinales que determinarán disparidad de opiniones entre juristas de gran relieve en Europa.

El contenido del derecho de asilo eclesiástico fue objeto de reflexión y administración papal en varias ocasiones. Ahora, me interesa detenerme en la disposición que va a incidir de forma directa en el tema objeto de este estudio. Esta vez el autor es el Papa Gregorio XIV a través de la constitución

⁴ “... hos autem adeo furibus, et latronibus similes esse, ut tab illis in nihilo different, nisi ut quod eis, nisi cum vitae suae periculo agitur, hoc decoctoribus impune liceat, volentesque propterea, ut par, immo gravius delictum, parem etiam fortiatur poenam...”, “Postquam eousque”, *Bullarum*, IV, 3, fol. 132.

⁵ “... Motu proprio hac nostra perpetuo valitura Constitutione sancimus, statuimus et declaramus, quod deinceps perpetuis futuris temporibus quaecumque persona, tam secularis, quam ecclesiastica, etiam si clericali, et ecclesiastico foro gaudeat, cujuscumque status, gradus, ordinis et conditionis existat, et quacumque dignitate, tam mundane, etiam si domicellus, comes, aut aliter nobilis aliquando fuerit, quam ecclesiastica, non tamen episcopali, praefulgeat, qui omnem eorum substantiam non praemissis de casibus fortuitis, sed incuria, negligentia, prodigalitate, et luxu suis, proprias voluntates explendo, et cupiditatibus non medicocri intemperantia servientes subverterint et dilapidaverint, necnon qui se bona sua decoxisse simulantes, illa in fraudem creditorum suorum occultant et eorum pecuniam totam in eorum utilitatem forsitan converterint, ut eorum creditors ad secum componendum facilius alliciant...”, “Postquam eousque”, *Bullarum*, IV, 3, fol. 132.

⁶ “... ultimi supplicii, et ea qua fures ipsi, de iure, vel consuetudine, aut particulari, vel municipali statuto plecti solent, puniri debeant”, “Postquam eousque”, *Bullarum*, IV, 3, fol. 132.

“Cum alias” de 24 de mayo de 1591⁷ con la que pretende reducir a “unam tantum formam”⁸ todo su contenido con el fin de evitar los abusos y discrepancias que venían perpetrándose a la hora de poner en práctica y ejecutar el contenido de la inmunidad eclesiástica. Después de revocar las disposiciones de sus predecesores —entre los que de forma expresa se refiere a la de Pío V⁹— sobre la materia del derecho de asilo en sede eclesiástica determina, de forma muy detallada y concreta, los delincuentes que, por haber llevado a cabo específicos comportamientos delictivos, no pueden gozar del refugio de una sede eclesiástica o lugar sagrado. Son éstos: “publici latrones, viarumque grassatores, qui itinera frequentata, vel publicas stratas obsident, ac viatores, ex insidiis aggrediuntur, aut depopuladores agrorum, quive homicidia, et mutilaciones membrorum in ipsis Ecclesiis, earumve Caemeteriis committere non verentur, aut qui proditorie proximum suum occiderint, aut Assassini, vel haeresis, aut Laesae Maiestatis in pesonam ipsiusmet Principis rei”¹⁰. Todos los comprendidos en este taxativo elenco “inmunitas Eclesiástica non suffragetur”¹¹.

La situación que, según considero, va a ser aprovechada hábilmente por los juristas para interpretar los criterios de la inmunidad eclesiástica bajo sus concretos objetivos doctrinales, es la siguiente: Pío V a través de la constitución *Postquam eousque* (1570) había determinado —con cierta generalidad— las situaciones delictivas que, por su extrema gravedad, privaban del derecho de asilo a sus actores, y entre éstas había incluido las quiebras fraudulentas que privaban del mencionado beneficio eclesiástico a los *decocti fraudulententi*. Además, y al describir la actuación de éstos, insistió en su similitud con los *fures*, con respecto a los que había considerado que no se diferencian en nada. Por su parte, Gregorio XIV dispone el contenido de la constitución *Cum alias* (1591) en la que determina un elenco de delincuentes que han realizado actos delictivos por los que no se pueden amparar en sede eclesiástica, y no incluye a los quebrados fraudulentos, pero sí a determinados ladrones.

⁷ El contenido de la constitución “Cum alias” se puede leer en: *Bullarum Privilegiorum ac Diplomatum Romanorum Pontificum, amplissima collectio* (Roma, 1746, reed. anast. Graz, 1965) V.1 const. 17, fols. 271-273.

⁸ “... ad unam tantum formam reducimos, et moderamur...”, “Cum alias”, *Bullarum* V.1 const. 17, fol. 272.

⁹ “... Hac itaque nostra perpetuo valitura Constitutione, ovnis, et quaecumque privilegia, indulta et gratias, tam per predictum Sixtum, ac Pium Quintum, quam alios quoscumque nostros Praedecessores... super abducendis, vel extrahendis ab ecclesiis, monasterios, sacellis, domibus regularibus et secularibus, locisve Sacris, aut Religiosis, aliasque in casibus a iure permissis, hominibus certorum, tnc expressorum criminum reis, aut fraudulentis decoctoribus, etiam in odium certorum delictorum...”, “Cum alias”, *Bullarum* V.1 const. 17, fol. 272.

¹⁰ “Cum alias”, *Bullarum* V.1 const. 17, fol. 272.

¹¹ “Cum alias”, *Bullarum* V.1 const. 17, fol. 272.

Y en efecto, los juristas van a hacer girar sus criterios interpretativos en torno a la similitud o no de los *decocti fraudulententi* con los *fures*.

II. INTERPRETACIÓN DE LA LITERATURA JURÍDICA EUROPEA DEL SIGLO XVII SOBRE EL CONTENIDO DE ESTAS DISPOSICIONES PAPALES

a) Posicionamiento uniforme de los juristas hispanos

“Decoctus tripliciter contingit, vel ex fortune casu, vel ex vitio decocti, vel partim ob vitium, partim ob fortunam...”, es la clasificación que ofrecen los juristas hispanos consultados: Valeron¹², Covarrubias¹³, y Matienzo¹⁴ sobre las categorías jurídicas en que se pueden encuadrar los quebrados. Naturalmente, para cumplir el objetivo de esta investigación nos interesa solamente centrarnos en los que resultan quebrados *ex vitio* que, por esta razón, y para estos autores, van a merecer la consideración de infames e incluso de *famosi latrones*. Son los *decocti fraudulententi*, quebrados dolosos, los que son objeto de esta consideración jurídico-doctrinal.

Y dentro de esta categoría se fija Emmauele Valeron en los *decoctores* que, engañando a sus acreedores, se refugian en las iglesias y llevan consigo dinero o bienes, y considera este comportamiento como tan grave y detestable que debe de recibir la aplicación de las penas previstas en las leyes hispanas para los que merecen la consideración de infames¹⁵. Y, puesto que se trata de ladrones públicos deben de tener las mismas penas que éstos: “Nostro iure ut publici latrones habentur, eorumque poenis puniuntur...”¹⁶. Y como tales ladrones deben de ser privados de inmunidad eclesiástica.

En el mismo sentido Diego Covarrubias afirma: “Solent hujusmodi decoctores, ut omnem fidem fallant, fugam arripere, et ad Ecclesias confu-

¹² Eman. Roman Valeron, *Tractatus de transactionibus*, tit. IV, *quaest.* VIII, pp. 203-212 (Ludguni, 1665).

¹³ Diego Covarrubias, *Opera omnia*, t. 2, *Variarum resolutionum*, l. II, cap. 20, n. 14, pp. 180-181 (Antuerpiae, CI). I) C.X

¹⁴ Juan Matienzo, *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae* (Mantua Carpentanae, 1680).

¹⁵ Eman. Roman Valeron, *Tractatus de transactionibus*, tit. IV, *quaest.* VIII, (Ludguni, 1665) pp. 203-212. La *quaestio* VIII que se desarrolla en 41 puntos —vid. especialmente los puntos 7, 8, 9 y 10, p. 204— se titula: *Decoctor, vel decoctioni proximus an transigere possit cum creditoribus, remissionem debiti ab eis obtinendo, vel inducias quinquenales?. Et an in creditorum praejudicium possit ille cum debitoribus suis transigere*. En el punto 1 refiere: *Decoctus tripliciter contingit, vel ex fortune casu, vel ex vitio decocti, vel partim ob vitium, partim ob fortunam*.

¹⁶ Eman. Roman Valeron, *Tractatus de transactionibus*, tit. IV, *quaest.* VIII (Ludguni, 1665), fol. 204.

gere, saepe pecunias, aut bona secum asportantes, quod facinus quoam grave sit et detestabile, poenae hipane legibus statutae ostendunt. Et enim infames sunt”¹⁷.

Me interesa insistir en que, naturalmente, solo merecen esta consideración los *decoctores fraudulentum* y que éstos “poenas leges nostrae non evitabunt”¹⁸. Es decir, aquellos quebrados, insiste también Matienzo, que lo son *ex vitio absque culpa* (por su culpa, dolo o malicia: no devuelven el crédito y ocultan los bienes en fraude de acreedores¹⁹). Nuestro indianista deja muy claro que el *decoctor* o *fallitus* que “nullam fraudem commissit” no es por tanto fraudulento, y en consecuencia: “lex nostra non procedit”²⁰ y basa en este caso su argumentación en la l. (D. 48.7.8) que contiene una disposición de Modestino según la cual queda sujeto al contenido de la *lex Iulia de vi pri.*, se le confisca la tercera parte de los bienes y merece la condición de infame el acreedor que ocupa cosas del deudor sin intervención del juez²¹; y en la l. *debitoris* (C. 8.29.2)²².

Todavía resulta, si cabe, más explícito Juan de Matienzo (que de los juristas analizados es el que dedica mayor extensión a este tema) al afirmar que los quebrados que, de forma falsa, quebrasen deben de ser llamados públicos ladrones o *grasatores* (salteadores). Y, naturalmente se detiene y explica que no todos los *decoctores* pueden ser calificados como *grassatores* o ladrones públicos, sino solamente los que siendo solventes ocultan dinero y mercancías para caer en quiebra —fraudulenta— y son iniquísimos hombres y depredadores porque fingen no ser solventes²³. En efecto, no todos los *decocti* pueden ser denominados infames; por ejemplo, no lo son aquellos “debitores qui bonis cesserunt, liceo ex causa bona forum venierint”, respecto de los cuales advierte Matienzo: “infames non sunt”²⁴.

Sin embargo, a los *decocti fraudulentum*, una vez probada por los acreedores su situación fraudulenta, por tanto, se les deben de aplicar las penas

¹⁷ Diego Covarrubias, *Opera omnia*, t. 2, *Variarum resolutionum*, l. II, cap. 1, nr. 1; Matienzo, *in d. l. 1 glos.* 2. nr. 1,

¹⁸ Juan Matienzo, *Commentaria*, fol. 450, nr. 2.

¹⁹ Juan Matienzo, *Commentaria*, fol. 450, nr. 2.

²⁰ Juan Matienzo, *Commentaria*, fol. 450.

²¹ D. 48.7.8: “Si creditor sine autoritate iudicis res debitoris occupat, hac lege tenetur et tertia parte bonorum multatur et infamis sit”.

²² C. 8.29.2: “Debitoris denuntiatio, qui creditori suo, ne sibi rem pignori obligatam distrahat, vel his qui ab eo volunt comparare denuntiat, ita demum eficaz est, si universum tam sortis quam usurarum oferta debitum creditori eoque non accipiente idoneis fide probationis ita ut oportet depositum ostendat. Nam si vel modicum de sorte vel usuris in debito perseveret, distractio rei obligatae non potest impediri, neque ex ratione emptor, tametsi sciat interpositam a debitore creditori denuntiationem, mala fide possessor”.

²³ Juan Matienzo, *Commentaria*, fol. 450.

²⁴ Juan Matienzo, *Commentaria*, fol. 451, nr. 1.

correspondientes a los ladrones públicos y depredadores previstas tanto en *iure commune* como en *iure regio*. Será de aplicación, en consecuencia, la pena capital que es la prevista para los ladrones públicos: horca, destierro en isla, lanzamiento a bestias... También les corresponde a los quebrados fraudulentos, según este autor que a su vez se hace eco de una literatura jurídica que conoce muy bien, el contenido de la l. *Iulia de vi publica* —D.48.6.3²⁵— que incluye una serie de delincuentes que realizan determinados actos delictivos y que, según Marciano, deben de ser sujetos a esta ley. También para Covarrubias los quebrados fraudulentos deben de ser llamados *famosi latrones* y como tales deben de ser penados.

Partiendo de que: “poenas hic libet inferre decoctorum que plurime sunt tum iure communi, tum etiam regio statuta” elabora Juan de Matienzo²⁶ su argumentación que centra en este momento de su análisis en la pena que debe de ser impuesta a los *decocti fraudulentum* y que ha de ser la capital correspondiendo, por tanto, a la misma con que se penaliza a los *latrones famosi* puesto que aquéllos entran en esta categoría. El jurista indiano apela como máxima autoridad de derecho común en la materia a Baldo degli Ubaldi quien, de forma, califica a los *falliti fraudulentum* como “infames et infamissimi”²⁷, y Matienzo apostilla que, siguiendo el pensamiento del comentarista, se presume —en la penalización impuesta— que estos quebrados han cometido fraude²⁸ puesto que éste remite a su vez a la l. *de his qui infamia notatur*²⁹. En esta disposición la calificación es llevada a cabo por *Iulianus* quien, al determinar los que pueden ser tachados de infamia, incluye al que en su propio nombre hubiera sido condenado o hubiera pactado “dolo malo et fraude”³⁰.

²⁵ D.48.7.3: “In eadem causa sunt, qui turbare seditionem faciendae consilium inierint servosve aut liberos homines in armis habuerunt. 1. Eadem lege tenentur, qui pubes cum telo in publico fuerit. 2. In eadem causa sunt, qui pessimo exemplo convocatu seditione villas expugnaverint et cum telis et armis bona rapuerint. 3. Item tenentur, qui ex incendio rapuerint aliquid praeter materiam. 4. Preterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupaverit. 5. Sed et qui in incendio cum gladio aut dolo rapiendi causa fuit vel prohibendi dominum res suas servare, eadem poena tenentur. 6. eadem lege tenentur, qui hominibus armatis possessorem domo agroque suo est navi sua diecerint expugnaverint”.

²⁶ Juan Matienzo, *Commentaria*, fol. 451.

²⁷ Baldo degli Ubaldi, *Consilia*, V. *cons.* 400, nr. 3 (Venetiis 1575; ed. anast. Torino 1970) fol. 104ra: “... quia isti falliti... sunt infames et infamissimi, qui more antiquissime legis deberent tradi creditoribus laniandi...”.

²⁸ Juan Matienzo, *Commentaria*, fol. 450 fi: “Nec satis est ad poenas irrogandas praesumptio fraudes, quae semper adest in fallitis seu decoctoribus, fraudatores si quidem presumuntur, secundum Bal...”.

²⁹ D. 3.2.1 & fraude.

³⁰ D. 3.2. *De his qui notantur infamia*, l. & fraude: “... de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit...”.

Baldo degli Ubaldi insiste —y pone de relieve que su opinión es la de todos los que puedan ser interrogados sobre la materia³¹ a los que remite porque “*opinio mea non facit ius, remitto ad eos qui possunt ius facere*”³²— en que se puede presumir que todos los quebrados son “*deceptores et fraudatores*”, y que ni siquiera pueden ser excusados por causa de adversa fortuna³³ si tenemos en cuenta: por una parte, el contenido de la l. *epistolam*³⁴ a la que alude como manifestación de una situación jurídica similar y en la que Scaevola determina que el que recibe un fideicomiso está obligado a restituir la deuda en proporción a lo que por este concepto haya adquirido³⁵; por otra parte, la l. *continuus actus*³⁶ en la que Paulo dispone que las causas de dificultad en el promitente no deben de ser un impedimento para el estipulante³⁷, así como que la estipulación debe de estimarse conforme a la situación del momento en que se hace y no a la del futuro³⁸.

Juan de Matienzo no duda en afirmar que además: “*decoctores etiam non gaudent immunitate ecclesiarum, sed ab ecclesia debent extrahi tanquam publici latrones...*”³⁹. Y el razonamiento es muy congruente: los quebrados fraudulentos merecen la consideración de infames y deben de ser tratados, por tanto, como ladrones públicos dado que han actuado en fraude de acreedores. El jurista indiano saca a relucir a propósito el paralelismo que invoca Stracca en su *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus* con la l. *si hominem & quotiens* (D.16.3.7.2)⁴⁰, en que se mantiene que los acreedores

³¹ Baldo degli Ubaldi, *Consilia*, V. cons 382. nr. 20 (Venetiis 1575; reed. anast. Torino 1970) fol. 98vb: “... ut puto non solum a me quesitos, sed ómnibus de quibus possem interrogari in hac materia. Ex ómnibus concluditur...”.

³² Baldo degli Ubaldi, *Consilia*, V. cons 382. nr. 20, fol. 98vb. Además remite como ejemplo de pluralidad de juristas opinando sobre un tema al contenido de la l. *divi fratres* (D. 37.14.17).

³³ Baldo degli Ubaldi, *Consilia*, V. cons 382. nr. 20, fol. 98vb: “*Ita in proposito quia ... falliti sunt deceptores et fraudatores, praesumitur ómnibus ineste... nec excusantur ob adversam fortunam...*”.

³⁴ D. 36.1.77 (75).

³⁵ D. 36.1.77 (75) *in prin.*: “*Epstulam ad heredem suum in haec verba scripsit: ... Titius Cornelio heredi suo salutem a te peto Corneli, quoniam ad te devoluta est pars matris meae, ítem pars Sempronii curatoris quondam mei contraria fortuna usi et per hoc totus as meus apud te esse speratur, uti reddas restituas Gaio Seio uncias quattuor... quesitum est cum Sempronius in integrum restitutus sit ab imperatore... et adierit hereditatem, an is quoque rogatus sit, ut ex sua portione restituat hereditatem. Respondit Sempronium quidem non proponi rogatum, Cornelium autem heredem debere pro rata portione...*”.

³⁶ D. 45.1.137.

³⁷ D. 45.1.137& 4: “*Illud inspiciendum est... generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet...*”.

³⁸ D. 45.1.137& 6: “*Cum quis sub hac condicione stipulatus sit... non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulation*”.

³⁹ Juan Matienzo, *Commentaria*, fol. 450 nr. 2.

⁴⁰ D.16.3.7.2: “*Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio habere depositariorum, hoc est forum qui depositas pecunias hberunt, non quas faenore apud nummularios vel cum*

son los primeros que deben de ser satisfechos, de la misma forma que, como mantiene Ulpiano, siempre que los banqueros se declaran en quiebra se suele tener en cuenta ante todo a los depositantes y considerando todos los depósitos a la vez sin atender prioridad entre ellos (D.16.3.7.3)⁴¹. Matienzo determina esta situación como admitida en general por la jurisprudencia puesto que esta clase de *decoctor* es calificado como *fraudator* por los juristas y es contemplado de esta forma en muchas leyes como las contenidas en el título *Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur* del Digesto (D.42.8) que recoge diversas situaciones de comportamientos hechos en fraude de los acreedores. En efecto, son varias las disposiciones de este título que se pueden parangonar con el comportamiento de los *decocti fraudulentii*; entre ellas recoge Ulpiano una expresión que a mí me parece singularmente expresiva al caso en cuestión y que viene a decir que fraude es absolutamente toda enajenación y todo contrato fraudulentos⁴².

Una vez que se ha calificado al *decoctor fraudulentus* como infame, es merecedor, por esta consideración, de la pena capital porque su comportamiento delictivo es similar al del *grassator* o al del *fures publicus* o *fures famosus*. Y, en este caso, tanto Matienzo⁴³ como Stracca nos remiten al contenido de la l. *capitalium poenarum* (D. 48.19.28) que establece los distintos grados de penas capitales: horca, vivicombustión, trabajos forzados en minas, deportación a isla... Además, la disposición contenida en D. 48.19.28.7 determina la prohibición a estos delincuentes de acogerse al asilo de una estatua o busto de los príncipes.

Me interesa destacar este último aspecto porque tampoco los *decocti fraudulentii*, y según el pensamiento de los autores, pueden gozar del privilegio de la inmunidad eclesiástica. En definitiva, y por su consideración de fraude —que, naturalmente, hay que probar⁴⁴— no deben de gozar de inmunidad eclesiástica como, de forma tajante, considera Stracca: “decoctores beneficium ecclesiae non gaudent”⁴⁵.

nummulariis vel per pisos exercebant, et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo forum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiauerint deposito”.

⁴¹ D.16.3.7.3: “Item queritur, utrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur, et constat simul admittendos: hoc enim rescripto principali significatur”.

⁴² D.42.8.1.2: “Ait ergo praetor ‘quae fraudationis causa gesta erunt’. Haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino is fraudem factam vel alienationem vel quemcumque contractum, quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, quaecumque fuerit: nam iste ista verba patent, sive ergo rem alienavit sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit”.

⁴³ Juan Matienzo, *Commentaria*, fol. 450va Matienzo, fol. 451va.

⁴⁴ Juan Matienzo, *Commentaria*, fol. 450va, nr. 5.

⁴⁵ B. Stracca, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, Pars III, nr. 42 (ed. Ámsterdam, 1669) p. 440.

¿Qué penalidad establece el derecho regio hispano para estas situaciones delictivas que pueden asimilarse a las realizadas, por ejemplo, por “robadores” famosos o por salteadores de caminos...? Para Matienzo está claro que los *decoctores* “qui aufugiunt, et bona sua, vel creditorum abscondunt, vel bona tantum incurrere poenam mortis...”⁴⁶. Este jurista nos remite directamente a Partidas 7.14.18⁴⁷: “Que pena merecen los furtadores, e los robadores”. Y, precisamente al determinar las diferentes penas que deben de imponerse según la conducta criminal realizada, indica la pena de muerte para el que “fuesse ladrón conocido, que manifestamente tuviesse caminos” o incurriera en algunas de las situaciones especialmente graves que dicha disposición contempla⁴⁸. Por su parte, Gregorio López al glosar esta ley hace una extensa calificación de lo que debe entenderse por ladrón conocido que “manifestamente tuviesse caminos”⁴⁹ y su análisis coincide con el contenido de la l. *capitalium* a la que también alude que, como hemos visto, establece pena capital para determinadas conductas criminales como las de los *fures famosi, grassatores...* Es decir, “ladrones conocidos que manifestamente tuviessen caminos” son para el glosador de las Partidas aquéllos que “occulte sine armis hujusmodi delinquent; eos verò qui violenter aggrediuntur, auto cum armis, aut sine armis in domos, aut in itineribus, aut in mari...”; son, en definitiva los que perpetran actos de robo revestidos de una gravedad especial. Me parece interesante en este momento llamar la atención sobre la primera especificación de la glosa del jurista castellano: la que se refiere a aquellos ladrones “que sin armas delinquen” porque parece indicado y oportuno pensar ahora en los quebrados fraudulentos dado que éstos tampoco utilizan armas, pero roban a sus acreedores.

Y, además, como lo quebrados fraudulentos se asimilan a esta clase de delincuentes tampoco gozan del derecho de asilo eclesiástico y “ab ecclesia

⁴⁶ Juan Matienzo, fol. 451va, nr. 7.

⁴⁷ En realidad hace una remisión equivocada a Partidas 7.14.8; una vez comprobado sobre la fuente resulta ser Partidas 7.14.18.

⁴⁸ P. 7.14.18: “Los furtadores pueden ser escarmentados en dos maneras. La una es, con pena de pecho. E la otra es, con escarmiento que les fazen en los cuerpoa, por el furto, o por el mal que fazen. E porende dezimos, que si el furto es manifesto, que debe tornar el ladrón la cosa furta-da...Otrosi deven los Juzgadores, quando les fuere demandado en juicio, escarmentar los furtadores públicamente con feridas de açotes, o de otra guisa, de manera que sufran pena, e verguença. Mas por raxon de furto non deven matar, nin cortar miembro ninguno. Fuera ende, si fuesse ladrón conocido, que manifestamente tuviesse caminos, o que robasse otros en la mar con navios armados... o si fuesen ladrones que oviessen entrado por fuerça en las casas, o en lugares de otro, para robar con armas o sin armas; o ladrón que furtasse de la Egleſia ... o oficial del rey que tuviesse del algun tesoro en guarda, o que oviesses de recabdar sus pechos, o sus derechos...; o el juzgador que furtasse los maravedis del Rey, o de algun Concejo, mientras estuviere en el oficio. Qualquier destos sobredichos, a quien fuere provado que fizo furto en alguna destas maneras, debe morir porneee el e quantos dieren ayuda, o consejo a tales ladrones para fazer el furto, o los encubrieren ...”

⁴⁹ Gregorio López, *Glosa a Partidas* 7.14.18, punto 6.

debent extrahi tanquam publici latrones”⁵⁰ como, según hemos visto, tampoco se podían beneficiar del asilo de estatuas y príncipes aquellos delincuentes contemplados en la *l. capitalium*.

Para la literatura jurídica hispana consultada y para la legislación real castellana está por tanto clarísimo que los *decocti fraudulentum* deben de ser asimilados a los *fures publici* o a los *grassatores* y de la misma forma que a éstos se les debe de imponer la pena capital y deben de ser privados de *inmunitate ecclesiae* precisamente por su consideración de *infames* que había determinado al respecto ya, y entre otros comentaristas, Baldo degli Ubaldi.

Por otra parte, la denegación de asilo eclesiástico respecto de los ladrones manifiestos forma parte de la tradición jurídica hispana. No sólo tenemos que tener en cuenta la ley ya examinada contemplada en Partidas 7.14.18, sino que también Partidas 1.11.4: “Quales omes non se pueden en la Iglesia amparar” de forma expresa y muy detallada excluye de este “amparamiento” o “segurança” a los ladrones manifiestos⁵¹; situación que recoge el Fuero Real⁵² y que pasará a la Nueva Recopilación de leyes de Castilla⁵³, y posteriormente a la Novísima Recopilación. Además, me parece muy interesante señalar que en la Novísima Recopilación 1. 4. 4, “Cumplimiento del Concordato de 1737 con la Santa Sede sobre puntos de inmunidad local”, se indica que se recoge la disposición de la bula *In supremo Justitiae solio* de Clemente XII de 29 de enero de 1734 que confirma otras dos: la famosa *Cum alias* de Gregorio XIV y la *Ex quo Divina* de Benedicto XIII por las que se excluyeron del beneficio de la inmunidad eclesiástica determinados tipos de delincuentes y entre ellos: “los ladrones públicos y famosos”. Está claro que habiendo sido considerados como tales por los juristas españoles los *decocti fraudulentum* están también en esta disposición excluidos del beneficio de inmunidad eclesiástica.

⁵⁰ Juan Matienzo, *Commentaria*, fol. 452, nr. 9.

⁵¹ Partidas 1.11.4: “Quales omes non se pueden en la Iglesia amparar. Amparamiento, e segurança deven aver los que fuyeren a la Iglesia, segund dize en la ley ane desta: pero omes y a que non deven ser amparados en ella, ante los pueden sacar Della sin caloña alguna, assi como los ladrones manifiestos, que tienen los caminos e las carreras, e matan los omes, e los roban. Otrosi los que andan de noche, quemando o destruyendo de otra manera las mieses e las viñas, e los arboles, e los campos, e los que matan, o firieren en la Iglesia, o en el Cimiterio enfiuziandose de ampararse en ella, o a los que queman, o la quebrantan. A todos los otros defiende Santa Iglesia, que ninguno les faga mal, según que de suso es dicho...”.

⁵² Fuero Real 1.5.8: ““Qué personas son las que no defiende la Iglesia: La Iglesia no defiende robador conocido, ni home que de noche quemare mieses, o dereygare viñas, o arboles o arrancare mojonos de lsa heredades; ni home que quebrante la Iglesia, ni su Cimiterio, matando, o feriendo a otro: por cuidar que será defendido por la Iglesia; è si estos tales en la Iglesia se metieren, mandamos que los saquen dende...”.

⁵³ Nueva Recopilación 1.2.6.

Sin embargo, y como vamos a ver, para parte de la doctrina europea la situación de exclusión de la *immunitas* respecto de los quebrados fraudulentos no corresponde a la realidad jurídica determinada por el gobierno de la Iglesia⁵⁴.

b) Disparidad de argumentaciones de la literatura jurídica extra hispana

Prospero Farinacei (1544-1616) resulta clarísimo en el contenido de su *Consilium* 76 que elabora a propósito del argumento de *immunitate ecclesiastica* y en el que da respuesta y trata de resolver algunas dudas notables⁵⁵. Parte en su argumentación de la consideración de que Gregorio XIV cuando refirió y concretó los casos de exclusión del beneficio de inmunidad eclesiástica únicamente incluyó e hizo alusión al homicidio proditorio y al cometido en iglesia o cementerio y, por tanto: “non debet extendi ad alios casus”⁵⁶. El jurista italiano incluye estas conclusiones sobre una detalladísima elaboración jurídica en la que, en un determinado momento, se pregunta qué delitos son los que están comprendidos en la bula gregoriana y de forma inmediata contesta que la respuesta es fácil porque, según el contenido de la mencionada bula, solamente son dos las situaciones criminales que quedan fuera del derecho de asilo: los homicidios realizados “in ipsa ecclesia aut cimeterio” o los que tienen lugar *proditorie*⁵⁷. De tal manera que nuestro jurista no duda al afirmar que los otros casos no comprendidos en la referida disposición eclesiástica no están mínimamente contemplados en la misma si entendemos con propiedad las palabras de su contenido⁵⁸ y resalta, a mayor abundamiento y “pro conservazione ecclesiastice immunitatis”, el paralelismo con dos disposiciones recogidas en el Digesto: una, comprendida en el título *De exercitoria actione* (D.14.1.20) en que de forma clara Ulpiano había determinado que, en caso de duda, es mejor atenerse a las palabras del edicto que recoge

⁵⁴ Esta situación y el análisis general de la problemática es puesta de manifiesto por G. Speciale, *Fallimento tra dolo e sfortuna. L'azione revocatoria e il diritto d'asilo nei secoli XVI-XVIII* (Roma, 1996).

⁵⁵ Prospero Farinacei, *Consilia sive resposita atque decisiones causarum criminalium*, (Lugduni, 1679), lib. 1, cons. 76, pp. 374-376: *Argumentum*: “Agitar de immunitate ecclesiastica, in qua resolvuntur aliquae notabiles dubitationes specialiter expositae in principio responsi”.

⁵⁶ Prospero Farinacei, *Consilia sive resposita atque decisiones causarum criminalium*, lib. 1, cons. 76, p. 374.

⁵⁷ Prospero Farinacei, *Consilia sive resposita atque decisiones causarum criminalium*, lib. 1, cons. 76, nr. 8, p. 375.

⁵⁸ Prospero Farinacei, *Consilia sive resposita atque decisiones causarum criminalium*, lib. 1, cons. 76, nr. 8, p. 375: “... Ideo inter casus a bulla exceptos minime comprehenditur, cum etiam certis iuris sit constitutiones verba proprie, non autem improprie esse intelligenda.

su contenido⁵⁹; la otra, es la l. *non aliter* (D.32.1.69) en que Marcello había dispuesto —a propósito de legados y fideicomisos— que no se debe de abandonar el sentido ordinario de los términos más que cuando sea evidente que era otra la intención del testador⁶⁰.

Es contundente Prospero Farinacei cuando afirma que el contenido de la bula gregoriana no puede extenderse a otros casos ni a otros homicidios más que a los expresados en ella⁶¹ y que ésta, precisamente, sale al paso de las diversas interpretaciones y abusos que tenían lugar en perjuicio de la aplicación de la inmunidad eclesiástica. Por esta razón, insiste este jurista, la disposición eclesiástica de Gregorio XIV especifica los casos delictivos concretos y expresos —sin que quepa ningún tipo de excepción ni extensión— que quedan excluidos del beneficio de asilo y en que, en consecuencia, los que los han cometido pueden ser extraídos de las iglesias en que se hubieran refugiado⁶². Se reitera Farinacei en los supuestos delictivos que hemos visto —homicidio proditorio y homicidio realizado en sede sacra— y manifiesta, de nuevo, que la naturaleza de la constitución eclesiástica es impedir la extensión de su contenido a otros supuestos no contemplados en ella, a la vez que apela como paralelismo jurídico y *ab auctoritate* a una diversidad de disposiciones justinianas como: la l. *si cum uno* (D. 44.2.22)⁶³ en que Paulo expresa que no se puede oponer la excepción de cosa juzgada en el supuesto de que se demande al heredero por el dolo del difunto y luego por el dolo del demandado puesto que se trata de cosas distintas; o, la l. *properandum* (C. 3.1.13) en que Justiniano había determinado que el contenido de esta ley no podía ser restringido por ninguna circunstancia de lugar o de tiempo⁶⁴.

⁵⁹ D.14.1.20

⁶⁰ D. 32.1.69: “Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem. Titius codicillos suis ita cavit: “Publio Maevio omnes iuvenes, quos in ministerio habeo, dari volo: quaero, a qua aetate iuvenes et in quam intellegi debeant. Marcellus respondit, quos verbis quae propnerentur demonstrare voluerit testator, ad notionem eius, qui de ea re cogniturus esset, pretine; non enim in causa testamentum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ad vocabulis simper utantur, ceterum axistimari posset iuvenis, qui adulescentis excessit aetatem, quoad incipiat inter seniors numerari”.

⁶¹ Prospero Farinacei, *Consilia sive respoata atque decisiones causarum criminalium*, lib. 1, cons. 76, nr. 9, p. 375.

⁶² Prospero Farinacei, *Consilia sive respoata atque decisiones causarum criminalium*, lib. 1, cons. 76, nr. 13, p. 375.

⁶³ D.44.2.22: “Si cum uno herede deoposit actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agetur nec exceptio rei iudicatae eis proderit: nam etsi eadem quaestio in ómnibus iudiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit, et si actum sit cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis ageretur, exceptio rei iudicatae non nocebit, quia de alia re agitur”.

⁶⁴ C. 3.1.13: “Properandum nobis visum est, ne lites fiant paene inmortalis et vital hominum modum excedant, cum criminales quidem causas iam nostra lex bienio conclusit et pecuniariae causae frequentiores sunt et saepe hipase materiam criminiibus creare noscuntur, praesentem legem super his orbi terrarum ponendam, nullis locorum vel remporum angustiiis coartandam ponere...”.

Giovan Battista De Luca (1614-1685) expresa la situación de confusión doctrinal de forma que nos proporciona un escenario de las variadas interpretaciones entre las cuales podemos posicionarlo a él mismo. Por una parte, el cardenal en su *Theatrum veritatis et iustitiae*⁶⁵, disc. 29, *De congregatione visitationis carcerarum*, mantiene de una forma clara al hacer alusión y analizar la situación de los que están encarcelados por deudas, y basándose en el contenido de la constitución de Pío V, la equiparación entre *decoctores* y *aliosque perfidos homines*. Lleva a cabo esta asimilación entre quebrados fraudulentos y hombres pérfidos por el tipo de comportamiento que realizan al disponer de ingenio para perpetrar hurtos y rapiñas haciendo trampas, contrayendo deudas y, en definitiva, siendo ladrones tramposos⁶⁶. De manera que, partiendo de este planteamiento, y considerando similares a efectos penales a los *decocti* y a este tipo de ladrones —entre los que claramente se puede incluir a los ladrones públicos— llega a la conclusión de que a ambos tipos de delincuentes los había privado de la inmunidad eclesiástica la constitución *Postquam eosque*. Este planteamiento parece que no ofrece duda alguna si, a mayor abundamiento, tenemos también presente otra argumentación al respecto que el cardenal realiza en otro paso de su *Theatrum veritatis*; en concreto, en el disc. 204, *De dote*⁶⁷, es radical al afirmar que Pío V había estado muy claro en el desarrollo de su constitución, y que había determinado la exclusión del derecho de asilo con relación a los que incurren en bancarrota en fraude de sus acreedores. De Lucca entiende que los modernos moralistas y canonistas, al mantener lo contrario, pretenden con su interpretación dejar fuera de la privación del derecho de asilo —que constituye la regla general— a los quebrados fraudulentos y actúan movidos por un celo indiscreto, lo cual le parece al cardenal: “absurdus et detestabilius” y fruto de “irrationabilibus iuristarum formalitatibus introductis”.

Por otra parte, el mismo De Lucca en otra obra suya escrita en italiano y probablemente dirigida a un público genérico y no ilustrado, *Il dottor volgare*⁶⁸, mantiene un planteamiento claramente opuesto al señalado anteriormente. En definitiva, después de hacer alusión a la constitución de Gregorio XIV y señalar que, antes de su promulgación, la materia era confusa, afirma que ésta exceptúa algunos casos de la regla general mediante la cual

⁶⁵ Giovan Battista De Luca, *Theatrum veritatis ac iustitiae*: en el año 1669 se publican en Roma los cinco primeros volúmenes; en 1673 se publican también en Roma otros 10 volúmenes, entre los cuales incluso el libro 14 ya editado en Roma en año anterior, 1672, y el libro 15, en el cual se inserta la ‘Relatio Romanae Curiae forensis’, cuyo autor es el propio De Luca; la obra se completa en los años 1680-1681.

⁶⁶ Giovan Battista De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, lib. 15, disc. 29, nr. 7 y 8 (Roma, 1673), fols. 128-129.

⁶⁷ Giovan Battista De Luca, *Theatrum veritatis*, lib. lib. 6, disc. 24, fols. 487-488.

⁶⁸ Giovan Battista De Luca, *Il dottor volgare* (Roma, 1673).

se asiste a los delincuentes con el beneficio de la inmunidad eclesiástica, y que no cabe duda de que los “decotti, o falliti dolosamente, o fraudolentamente debbano godere questo beneficio”⁶⁹.

Se trata, por tanto, de dos planteamientos opuestos sobre el mismo tema y mantenidos por el mismo autor en dos obras de aparición coetánea: el *Theatrum veritatis* en la que se apoya en la disposición de Pío V y mantiene la exclusión del derecho de asilo a los quebrados fraudulentos por su asimilación con los *fures publici*; y el *Doctor volgare* en la que se ampara en la disposición de Gregorio XIV y sostiene la no exclusión del beneficio eclesiástico respecto de estos mismos *decotti fraudulenti*. Da la impresión de que De Luca está argumentando de forma diferente según el tipo de público al que parece ir destinada su obra: gente erudita, formada y culta en el caso del *Theatrum veritatis* y todo tipo de público, el vulgo, en el del *Doctor volgare* porque al ser obras de datación similar no se puede argumentar ningún tipo de evolución en el pensamiento del cardenal.

Todo parece indicar que este autor todavía mantiene sobre el tema la misma confusión que había apreciado el pensamiento de Nicolò Boerio y que éste muy gráficamente había expresado cuando había escrito en su *Decisionum aurearum*: “sunt canonistae a legistis et legistis inter se et pariter canonistae inter se discrepantes”⁷⁰. Pero, Boerio escribe esta obra en 1551 cuando todavía no se habían promulgado las disposiciones de los referidos Papas y la variedad de interpretaciones estaba justificada.

Prospero Fagnani (1588-1678) mantiene una postura absolutamente firme en contra de la extensión del derecho de asilo a otras situaciones delictivas y a otros delincuentes que no sean los expresamente declarados en la disposición gregoriana. En el contenido de sus *Comentaria*⁷¹ a las Decretales, y en los detenidos argumentos jurídicos que elabora a propósito de *immunitate ecclesiarum*, realiza contundentes afirmaciones que le llevan a declarar que:

⁶⁹ Giovan Battista De Luca, *Il dottor volgare*, libro XIV, cap. III, nr. 5, vol. III (Firenze, 1839) 671: “E quanto alle cause, ovvero ai casi, anticamente prima Della costituzione di Gregorio XIV, vi si scorgeva una gran varietà d’opinioni, sicchè si poteva dire che la materia fosse totalmente confusa: ma con la suddetta bolla, la quale eccetua alcuni casi, resta stabilita una regola generale in tutti gli altri non eccettuati; e però per coloro, i quali si ricoverano in chiesa per debiti, o per altre cause civili, non pare che oggi, stante la sudetta bolla con la quale si commina, vi cada più disputa, che i decotti, o falliti dolosamente, o fraudolentamente debbano godere questo beneficio”.

⁷⁰ Nicolò Boerio, *Decisionum aurearum in Sacro Burdegalensi Senatu olim discussarum ac promulgatarum pars prima* (Lyone, 1551) decis. 109, fol. 107vb-108va.

⁷¹ Prospero Fagnani, *Commentaria in Decretalium Libri (ad Liber Extra)*, fue compuesta y publicada entre los años 1655 y 1667.

“immunitate eclesiástica gaudent rei in ómnibus casibus non exceptis in bula Gregorii XIV”⁷². Para este autor está absolutamente claro (“hodie cessat omnis difficultas”⁷³) que, en consecuencia, los únicos delincuentes que no pueden gozar de esta inmunidad son los que cometen asesinato, o realizan heridas o mutilación de miembros a alguien en iglesias o en cementerios y los que matan a traición (“qui proditorie proximum suum occiderit”⁷⁴), los ladrones públicos y los *grassatores*.

Resulta muy enriquecedor seguir la trayectoria del discurso sumamente matizado de este autor por varias razones: por su absoluta rotundidad y claridad; por la elaboración de este Comentario “in terminis iuris communis”⁷⁵ y, por su precisión a la hora de concretar el contenido exacto de las figuras delictivas excluidas del beneficio de inmunidad eclesiástica, haciendo al respecto alusiones continuas a una importante y seleccionada literatura jurídica como, por ejemplo, al Hostiense o a Iovanni d’Andrea y no permitiendo extensiones o excepciones a estas situaciones porque en el contenido de la constitución gregoriana *non est licita extensio ad casus similes etiam ex paritate, vel identitate, aut majoritate rationis*⁷⁶.

En este mismo sentido podemos ubicar la interpretación —no tan rica desde el punto de vista argumentativo— de Alessandro Sperello⁷⁷ quien fundamenta sus argumentos en este tema “secundum terminos iuris communis” a los que, considera, el Papa Gregorio se ajusta⁷⁸ y de forma expresa se refiere al derecho común cuando, por ejemplo, invoca, en concreto, el pensamiento de Bartolo sobre la materia y afirma que la constitución gregoriana debe de considerarse de forma estricta y que cualquier interpretación extensa de la misma (ampliando la exclusión del asilo eclesiástico a tipos de delincuentes no indicados en la misma) “odiosa est”⁷⁹.

⁷² Prospero Fagnani, *Comentaría in secundum librum decretalium* (Venetiis, 1697), de *immunitate ecclesiarum*, cap. VI, nr. 51, fol. 637.

⁷³ Prospero Fagnani, *Comentaría, de immunitate ecclesiarum*, cap. VI, nr. 51, fol. 640.

⁷⁴ Prospero Fagnani, *Comentaría, de immunitate ecclesiarum*, cap. VI, nr. 51, fol. 640.

⁷⁵ En efecto, es la expresión que utiliza después de hacer su declaración sobre los casos únicamente excluidos del derecho de asilo, Prospero Fagnani, *Comentaría, de immunitate ecclesiarum*, cap. VI, nr. 51, fol. 637; repite la alocución citada en fol. 640.

⁷⁶ Prospero Fagnani, *Comentaría, de immunitate ecclesiarum*, cap. VI, nr. 51, fol. 640.

⁷⁷ Alessandro Sperello, *Decisiones fori ecclesiastici* (Venecia, 1651) I decis. 23, fols. 115-119.

⁷⁸ “... illa namque intellegenda est secundum terminos iuris communis... cum in ea Summum Pontifex nihil correxerit ex his quae ius commune super ecclesiarum immunitate disposuit...”, Alessandro Sperello, *Decisiones fori ecclesiastici*, I decis. 23, fol. 117.

⁷⁹ “... Unde sequitur in casu nostro omnino tenendam esse Bartola sententiam quia sicuti immunitas, sacrorumque reverentia favorabilis est, lateque interpretanda, sic illius exceptio et privatio odiosa est...”, *Decisiones fori ecclesiastici*, I decis. 23, fols. 115 *Decisiones fori ecclesiastici*, I decis. 23, fol. 117.

Me interesa resaltar en este momento y poner de relieve que Fagnani es un conocedor magnífico de la interpretación que al tema que examinamos da la doctrina jurídica española. En efecto, habíamos visto cómo la doctrina jurídica castellana del siglo xvii asimila de forma clara los quebrados fraudulentos a los ladrones públicos y que, por esta razón, los primeros quedan como estos últimos excluidos del derecho de asilo eclesiástico. También Prospero Fagnani se hace eco de la situación concreta hispana y afirma que los mercaderes que quiebran en fraude de acreedores son llamados en España ladrones públicos⁸⁰. Al desarrollar este punto concreto el mencionado autor hace una referencia concreta a Diego Covarrubias quien, según refiere Fagnani “acriter invehit”, y nos da traslado no solo del pensamiento de este castellano al respecto, sino incluso de la apoyatura que éste lleva a cabo sobre concretas alusiones a una sólida literatura de *ius commune*: a Iason del Mayno en su argumentación a la l. *vinum*. (D,12.1.22). En efecto, Fagnani señala que el jurista castellano sigue “argumentatio Iasonis” a esta disposición del Digesto⁸¹ que refiere la estimación de un mutuo sobre una cantidad de vino reclamada judicialmente y que se llevará a cabo sobre lo acordado en el momento y en el lugar en que se realizó el préstamo y, de no haberse previsto, se acudiría por extensión a la valoración judicial para elaborar la ‘extensión’ que afirma al negar la inmunidad eclesiástica a los quebrados en fraude. Por fin, el resumen final de la *argumentatio* llevada a cabo por Prospero Fagnani sobre la interpretación de la doctrina jurídica española al respecto del problema que nos ocupa recoge de modo real la situación: los mercaderes quebrados “opipare viventes” porque han recibido mutuos de los acreedores a los que ‘por quiebra’ no han satisfecho las deudas contraídas cometen un delito gravísimo y son llamados ladrones famosos entre los españoles por los juristas hispanos y, por lo tanto y por esta condición quedan excluidos del derecho de asilo, según el contenido de la constitución gregoriana⁸².

⁸⁰ “Mercatores et emptores, qui in fraudem decoquendo creditores fallunt, in Hispania publici latrones appellantur”, Prospero Fagnani. *Comentaría, de immunitate ecclesiarum*, cap. VI, nr. 58, fol. 637.

⁸¹ D.12.1.22: “Vinum, quod mutuuum datum erat, per iudicem petitum est, quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuiste an cum res indicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanta tunc fuiste, si dictum non esset, quanta tunc fuiste, cum petitum esset; interrogari, cuius loci petitum sequi oporteat. Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanta eo loco esset, si dictum non esset, quanta ubi esset petitos”.

⁸² Prospero Fagnani, *Comentaría, de immunitate ecclesiarum*, cap. VI, nr. 58, fol. 641: “... admitti posse apud Hispanos in mercatoribus et campsoribus, qui maximo Reipublicae dispendio ex pecuniis, et rebus alienis dum negotiationem quaestuariam exercent, operam usuris et foenoriibus strenue dantes, laute et opipare viventes, decocti tandem versuram faciunt, et ad ecclesiam fugientes creditores omnes misere fallunt, quod gravissimum crimen est, et ob id famosi latrones appellantur...”.

La poca claridad en esta materia, y por lo que se refiere a la interpretación llevada a cabo por juristas europeos, nos la demuestra, a mayor abundamiento, otro autor: Stefano Graziano. Este jurista refleja en el contenido de sus *Disceptationes forenses*⁸³ de forma transparente el ambiente en que se está desarrollando la escena de la doctrina jurídica sobre la materia y, a mi modo de ver, no se pronuncia de forma personalmente clara. Por una parte recoge el contenido de la bula de Pío V —a cuyo contenido y sentido dice que se suman algunos doctores— e indica que quedan dentro de los excluidos de la inmunidad eclesiástica, y siempre según el contenido de esta disposición papal, aquellos que quiebran “in fraudem suorum creditorum” y en esta situación de fraude ocultan sus bienes a sus acreedores “et eorum pecuniam totam in suam utilitatem convertunt”⁸⁴. Pero, por otra parte, el mismo Graziano reconoce que, “secundum variorem sententiam” —criterio al que parece también sumarse él mismo—, a los deudores les asiste el derecho de inmunidad eclesiástica y que, ni siquiera, quedan fuera de esta protección los que caen en bancarrota fraudulenta puesto que si éste hubiera sido el criterio de la Iglesia, Gregorio XIV los habría excluido de forma expresa en el contenido de la disposición en que queda regulada de forma taxativa el tema⁸⁵.

III. CONCLUSIÓN

Después de haber llevado a cabo el análisis jurídico-doctrinal del pensamiento de los juristas que he considerado más representativos en la materia me parece absolutamente correcta la interpretación de los juristas hispanos sobre el tema objeto de este análisis. En consecuencia, pienso que la colocación jurídica de los quebrados fraudulentos es similar a la de los ladrones públicos, al menos durante el siglo XVII. Está claro que cuando Pío V en la constitución *Postquam eosque* de 1 de noviembre del 1570 excluye del derecho de asilo al ladrón público está incluyendo al quebrado fraudulento. No hacía falta que lo indicara expresamente porque la consideración del *decoc-tus fraudulentus* como *fures manifestus* a efectos de imposición penal, a mi modo de ver, estaba clara tanto en parte de la literatura jurídica europea, y en general en la castellana, como en la legislación regia de Castilla, y dado que la equiparación entre esas dos situaciones delictivas lo es solamente en la consideración penal, no tendría ningún sentido una expresa nominación del quebrado en fraude de acreedores en posteriores disposiciones papales. Es

⁸³ Stefano Graziano, *Disceptationes forenses* (Venecia, 1699).

⁸⁴ Stefano Graziano, *Disceptationes forenses*, II, disc. 380, fol 647.

⁸⁵ Stefano Graziano, *Disceptationes forenses*, II, disc. 380, fol 646-647.

más, si el Papa hubiera querido dejar fuera de la exclusión del derecho de asilo a estos delincuentes (*decocti fraudulentum*) lo habría hecho de una forma específica puesto que del ambiente, en general, se interpreta lo contrario.

Finalmente, otra cuestión nos llevaría a preguntarnos por qué razón Juan de Matienzo dedica en su obra tan gran extensión al tema en cuestión de los quebrados en fraude y el derecho de asilo eclesiástico, y por qué motivo analiza con tantísimo rigor la asimilación que considera evidente entre el *fures manifestus* y el que individuo que está en bancarrota fraudulenta. Sabemos que se trata de un jurista que resulta muy prolijo en todos sus comentarios, pero además podríamos también pensar en este caso que quizás el tema de los mutuos, de los acreedores, de los deudores, de los insolventes, de los que defraudan y el general el mundo del crédito era una operación recurrente en las Indias, y precisamente por el tipo de empresas económicas que se llevaban a cabo de continuo en tierras de Ultramar.

**LA USURA EN LOS DOCTORES
SALMANTINOS**

Francisco Gómez Camacho
Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LAS MATEMÁTICAS: La “cuerda tensada” y el concepto de cantidad registrada; De la “cuerda tensada” como patrón de medida a la “anguila viva”; Métrica *interna* a la propiedad y métrica *externa*: coste y precio del dinero.—II. LA “CUERDA TENSADA” EN LOS DOCTORES SALMANTINOS: EL *PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD*: Dos modos de concebir la moneda como unidad de cuenta: nominal y real; El registro y definición legal del patrón unidad de cuenta; El dilema y los principios de causalidad y uniformidad de la naturaleza.—III. LA IMPORTANCIA DE UNA BUENA EDUCACIÓN HISTÓRICA SOBRE LA USURA.—2.^a PARTE: EL MUTUO COMO FORMA DE FINANCIACIÓN: “OTRO TANTO DE LA MISMA ESPECIE Y CALIDAD”: Dos “trozos” de historia superpuestos: los dos intervalos; Distribución y producción potencial; El dilema de la “cuerda tensada”: De la economía agrícola a la monetaria; De la Vieja causalidad a la Nueva causalidad: ahorrador e inversor.—3.^a PARTE: EL PENSAMIENTO ECONÓMICO ESCOLÁSTICO COMO CIENCIA MORAL.—APÉNDICE: LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA ESCOLÁSTICA A LAS OPERACIONES FINANCIERAS.—EL CONCEPTO DE TIEMPO EN LOS DOCTORES SALMANTINOS Y EN LA REVOLUCIÓN CIENTÍFICA.—UNIFORMIDAD DE LA NATURALEZA Y OPERACIONES FINANCIERAS.—CONCLUSIÓN: EL INTERÉS Y LA USURA COMO PROBLEMA JURÍDICO Y MORAL

INTRODUCCIÓN

En un encuentro organizado por el Colegio de Registradores de la propiedad he pensado que la mejor forma de introducir el problema de la usura tal y como lo entendieron los doctores salmantinos quizá pueda ser preguntar lo siguiente: ¿Qué registra un registrador de la propiedad? Y, dando por supuesto que existe la propiedad, ¿cuál es el procedimiento por el que se registra? ¿Cuáles son los medios y procesos que permiten registrar la propiedad? Sabemos que el registrador del tiempo se sirve del reloj para registrarlo, como el registrador del peso se sirve de la balanza o la báscula. En ambos casos el

registrador se asegura del buen funcionamiento del reloj y la balanza, del patrón de medida que usa para registrar el tiempo y el peso. ¿Es la propiedad una magnitud que, como el tiempo o el peso, requiere un patrón de medida para poder ser registrada? Dicho de otro modo, ¿son *cantidades* de propiedad lo que el registrador registra, o sólo registra *cualidades* de las cosas sin que para ello sea necesario conocer su cantidad? Porque parece evidente que todas las “cosas” que registramos nos llegan por los sentidos como cualidades o como cantidades, y que fuera de la cualidad o cantidad nada se puede registrar como propiedad¹. El *ser* que conocemos y cuya existencia registramos se nos da a conocer como conjunto de cualidades y cantidades, y sólo como cantidad y cualidad lo podemos registrar. Un ejemplo histórico quizá aclare el sentido y alcance de mi pregunta: el registro de la propiedad agraria.

I. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LAS MATEMÁTICAS

La historia de la matemática nos dice que, según Herodoto, la geometría se originó en Egipto, y que su nacimiento estuvo vinculado a la necesidad práctica de registrar las lindes de las tierras después de las inundaciones anuales del valle del Nilo. Nos enseña también que a los agrimensores egipcios se les conocía como “los tensadores de la cuerda”, lo que parece confirmar el origen egipcio de la matemática, aunque no todos los historiadores se muestran de acuerdo sobre este punto. Sea lo que fuere del origen de la matemática, lo que nos interesa observar es que los agrimensores egipcios registraban *cantidades* de tierra, no registraban sólo ni necesariamente cualidades. Les interesaba principalmente la cantidad, aunque las diferencias cualitativas entre unas tierras y otras también les pudiera interesar.

La “cuerda tensada” y el concepto de cantidad registrada

Fijémonos en el calificativo de “tensadores de la cuerda”, es evidente que hace referencia a la medida de la longitud como cantidad, pues una cuerda no tensada difícilmente podría presentar una longitud cierta; al aplicarla sucesivamente podría cambiar su longitud y no serviría como patrón de medida de la cantidad. El problema que plantea el tensar la cuerda para que su longitud se mantenga constante es matemáticamente significativo, y su análisis no es

¹ Prescindo del problema que plantea la propiedad intelectual, aunque podría discutirse, y merecería la pena, si no es una contradicción la propiedad privada de las ideas que recharacterizan por su dimensión pública, por ejemplo, el saber científico.

nada trivial, pues las lindes de la tierra no se podrían registrar correctamente si su longitud no fuera *siempre la misma*, si la cuerda no se pudiera tensar. El tensar la cuerda es una forma de asegurar empíricamente la necesidad de un patrón *rígido* de medida de la longitud, y lo mismo se podría decir de cualquier otro patrón de medida de la cantidad. Como Bertrand Russell observó:

“Un juicio de magnitud es esencialmente un juicio de comparación: en la magnitud no medible, la comparación es en cuanto al *más o menos*, pero en la medible, la comparación precisa en *cuántas veces* es mayor o menor. Por tanto, hablar de diferencias de magnitud cuando la comparación no las puede revelar es lógicamente absurdo”².

La comparación ha de poder revelar las diferencias cuantitativas, y la necesidad de una “cuerda tensada” como patrón constante de medida de la propiedad agraria puede ser una primera respuesta a nuestra pregunta inicial. Sea lo que fuere lo que registre el registrador, el método que utilice para registrar la propiedad ha de poder mostrar las diferencias cuantitativas de la propiedad que registra.

Pero no toda propiedad es agraria y, además, no todo el campo se puede medir aplicando una “cuerda tensada”, los valles, colinas y montañas, por ejemplo, requieren otros medios de medición, pues una cuerda tensada no se puede ajustar correctamente a las superficies curvas o quebradas. Para esta otra clase de superficie podrá recurrir el registrador a la triangulación geométrica, otra técnica matemática que también sirve para la métrica de la magnitud. El registrador ya no será un simple “tensador de la cuerda”, será un “conocedor de la matemática” y, más concretamente, de la geometría. En adelante, el buen registrador de la propiedad tendrá que ser un buen matemático, y de la métrica artesanal, basada en el uso de la cuerda tensada, se pasará a usar una métrica científica con base matemática.

Vemos así que al preguntar por lo que registra el registrador de la propiedad y cómo lo registra no estaba preguntando sólo por el “objeto” de su registro, también preguntaba por el procedimiento o método que utiliza para registrar ese objeto, pues no todo procedimiento o método ofrece la misma garantía de seguridad aplicado a los diferentes objetos. Sin un buen conocimiento de la matemática no se podrá registrar correctamente la propiedad de colinas, montañas y valles, esto es, la propiedad terrestre, pues sabemos que la tierra no es plana sino curva, aunque en pequeñas distancias nos aparezca como si fuera plana.

² Russell, B. (1965) *An Essay on the Foundations of Geometry*, New York, pp. 153-54. (Ensayo sobre los Fundamentos de la geometría, *Obras Completas*, t.II, Aguilar, Madrid).

De la “cuerda tensada” como patrón de medida a la “anguila viva”

Como es sabido, a mediados del siglo XIX formuló Reimann una métrica de las superficies curvas a partir de los descubrimientos de Gauss, según los cuales es posible caracterizar una superficie curva por la geometría interna a la propia superficie. Surgió así la *métrica interna* de las superficies curvas que más tarde habría de utilizar Einstein en su teoría de la relatividad, y se demostró que la métrica euclidiana de la cuerda tensada no es la única que permite medir la cantidad; que existe también la métrica riemanniana que se caracteriza porque la cuerda que se utiliza como patrón de medida puede no estar tensada, sino que puede cambiar su curvatura.. La diferencia entre la métrica riemanniana y la euclidiana la estudió B. Russell en sus *Fundamentalos de la geometría*, y señaló como condición necesaria para que la “cuerda tensada” se pudiera aplicar que se cumpliera el *axioma de libre movilidad*. Según este axioma, necesario para que la métrica euclidiana se pueda aplicar,

“Las magnitudes espaciales han de poder moverse de un lugar a otro sin que sufran distorsión; o, como también podemos decir, Las formas en modo alguno dependen de la posición absoluta en el espacio”³.

En la métrica riemanniana que se puede aplicar a las colinas y valles, a las superficies que no son planas, no se cumple el *axioma de libre movilidad*, y esta otra métrica es la que se utilizó Einstein en su teoría de la relatividad. Esto llevó a B. Russell a formular la siguiente observación:

“Estamos inclinados a pensar que, para mediciones realmente cuidadosas, es mejor usar un metro de acero que una anguila viva. Esto es un error; no porque la anguila diga lo que se cree dice el metro de acero, sino porque este último realmente no dice más que la anguila. La cuestión es, no que las anguilas son realmente rígidas, sino que los metros de acero realmente se estremecen. Para un observador en cierto estado de movimiento la anguila parecería rígida mientras que la barra de acero parecería estremecerse tanto como la anguila lo hace para nosotros. Para cualquier persona que se mueva en forma diferente a lo que lo hace nuestro observador, y a lo que lo hacemos nosotros, tanto la barra de acero como la anguila parecerían estremecerse. Y no hay por qué decir que un observador tiene razón y que el otro está equivocado. En estos asuntos, lo que se ve no depende solamente del proceso físico observado, sino también del punto de vista del observador. Las medidas de distancias y de tiempo no revelan directamente propiedades de las cosas

³ Russell, *op cit.*, p. 150.

medidas, sino relaciones de las cosas a medir. Lo que una observación puede decirnos sobre el mundo físico es por consiguiente más abstracto que lo que habíamos pensado hasta ahora”⁴.

El agrimensor egipcio era un matemático euclidiano, por eso necesitaba para su registro de la propiedad que la cuerda estuviera tensada como una barra de acero. El agrimensor relativista no necesita tensar la cuerda, puede utilizar un patrón de medida cuya magnitud cambie como cambia la longitud de una anguila viva. Evidentemente, el libro de registro de la propiedad que utilice el agrimensor relativista será distinto del que utilice el agrimensor euclidiano, y las anotaciones del primero no coincidirán necesariamente con las del segundo, aunque los dos presenten registros “instantáneos” de la propiedad. El registrador relativista ha de tener en cuenta cómo cambia el patrón de medida de un registro a otro, lo que no será necesario para el registrador euclidiano. En otras palabras, el registro relativista tendrá que sustituir la fotografía instantánea de la propiedad por la película o secuencia de fotogramas en la que se muestre cómo cambia esa propiedad, y sus técnicas y procedimientos de registro ya no podrán ser los del fotógrafo sino los del cineasta. Se comprende así que, como decía Russell, en los registros del relativista, más aún que en los del euclidiano, “lo que se ve no depende solamente del proceso observado, sino también del observador”⁵.

Métrica *interna* a la propiedad y métrica *externa*: coste y precio del dinero

Si lo que se ve y puede registrar no depende sólo de la realidad registrada sino también del punto de vista del registrador, podremos preguntarnos qué confianza se puede tener en lo registrado por el registrador. ¿Podemos estar seguros de que la propiedad registrada no se ha visto alterada por el punto de vista del registrador? ¿Puede un registrador dar fe de que la realidad por él registrada es tal y como su registro se la muestra o, por el contrario, ha de reconocer que otro registrador podría tener otro punto de vista y obtener un registro distinto de la misma propiedad registrada? Si, como nos dice la métrica relativista, a un registrador que tiene una cierta visión dinámica de la realidad puede parecerle rígida la yarda o el metro que utiliza en su registro mientras a otro que no comparte la misma visión dinámica de la realidad puede parecerle que la yarda o el metro se estremece y cambia, ¿qué confianza pode-

⁴ Russell, (1951) *El ABC de la relatividad*, Ed. Imán, Buenos Aires, cap. 8.

⁵ Esto hace que la persona del observador no se pueda ignorar, lo que conduce a la *Vieja causalidad*. Ver p. 17.

mos depositar los ciudadanos en los registros practicados por el registrador y que sirven al legislador para legislar sobre la propiedad? ¿No ha minado la relatividad de Einstein la base científica o matemática que desde la física newtoniana habíamos depositado en la barra de acero o la “cuerda tensada”?

Evidentemente, ni los doctores salmantinos se formularon estas preguntas ni parece que sea éste el momento adecuado para responderlas, pero sí puede ser conveniente mantener en la memoria el hecho de que, según la relatividad, es posible defender que “lo que se ve y puede registrar no depende solamente del proceso observado, sino también del observador que lo registra”. Esta doble perspectiva volveremos a encontrarla explícitamente en la operación de mutuo, lo que nos permitirá hablar de dos métricas distintas del valor de la propiedad que se presta: la *interna* propia del prestamista y la *externa* que aplica el prestatario.

II. LA “CUERDA TENSADA” EN LOS DOCTORES SALMANTINOS: EL PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD

Sabemos ya por qué los agrimensores egipcios necesitaban “tensar la cuerda”, y cómo para medir colinas y valles era necesario recurrir a la triangulación matemática. Pues bien, el *principio de uniformidad de la naturaleza* se postuló por los doctores escolásticos para que la magnitud cuantitativa se pudiera aplicar al dinero como patrón de medida del valor⁶. Los doctores escolásticos no fueron artesanos de la medición del valor, fueron auténticos medidores científicos, y la geometría de la que se sirvieron fue la única que en su tiempo podían conocer, la geometría de Euclides⁷. Por eso exigieron que la unidad monetaria de medida del valor, la unidad de cuenta, tuviera un valor fijo y no cambiara con el paso del tiempo. Tomás de Mercado lo expuso con toda claridad:

“... entre muchas cosas sumamente necesarias al buen gobierno y tranquilidad del reino, una es que el valor y ley de la moneda, y aun su cuño y señal, sea durable y cuan invariable pudiere... La libra, la arroba y otras pesas desta jaez miden en ellas la cantidad, mas el dinero mide su valor y precio: oficio muy principal. Y es regla universal y necesaria que ha de ser cualquier medida fija, cierta y permanente”⁸.

⁶ Crombie, A. C. (1974), *Historia de la ciencia*, Alianza, Madrid, vol. II, p. 130.

⁷ Cfr. Gómez Camacho, F., (2004) *Espacio y tiempo en la Escuela de Salamanca, El tratado de Juan de Lugo S.J. “Sobre la composición del continuo”*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 26-28.

⁸ Mercado, Tomás de, (1571) *Summa de tratos y contratos*; ed. preparada por N. Sánchez Albornoz, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, p. 220.

Tomás de Mercado, como el resto de los escolásticos salmantinos, pensaban que la cuerda de medir debía estar tensada, no podía cambiar como si fuera una anguila viva, y esta necesidad es la que formularon formalmente recurriendo al *principio de uniformidad de la naturaleza*. Como dirá Keynes en el siglo xx en su *Tratado sobre la probabilidad*, lo que este principio afirma es la irrelevancia causal de los momentos de tiempo y los lugares del espacio, esto es, que tanto el tiempo como el espacio debían ser homogéneos para que fueran causalmente neutrales y no pudieran afectar al valor del patrón de medida, en nuestro caso, al dinero, pero también a la “triangulación” métrica. Si se cumplía el *principio de uniformidad*, la unidad de cuenta que se utilizaba como patrón de medida del valor no podría cambiar su valor al aplicarla a los demás bienes, sería un valor constante en el tiempo y en el espacio como lo era la cuerda tensada; en otras palabras, se podría mover libremente en el tiempo y por el espacio. El *principio de uniformidad* es fundamental como base racional sobre la que se edificó la doctrina de los doctores sobre el interés y la usura.

Evidentemente, los doctores escolásticos sabían que las circunstancias económicas podían cambiar con el paso del tiempo, y que las circunstancias no era las mismas en un país que en otro, por eso no dudaron en admitir que el *principio de uniformidad* no siempre y en todo lugar se podría cumplir y respetar. Así vemos que lo reconoció Luis de Molina, por ejemplo, cuando observó que

“... cuando las circunstancias varían con el correr del tiempo, y habiéndose sacado del reino aquellas monedas de oro purísimo o por utilizarse en dorar o decorar los objetos, el valor del metal de dichas monedas aumentó considerablemente, no podrá pensarse que los legisladores quieran que sigan vigentes las leyes que fijaron la tasa injusta; y aunque quisieran, no sería justo ni equitativo. [Y es que el valor del dinero] no es tan rígido que no pueda cambiar, subiendo o bajando igual que lo hace el de las demás mercancías que no tienen el precio fijado el la ley, es decir, según la abundancia o escasez de las mismas, o según la multitud de quienes las demandan”⁹.

Dos modos de concebir la moneda como unidad de cuenta: nominal y real

El cambio en las circunstancias podía obligar a cambiar el valor nominal o legal del dinero porque su valor natural habría cambiado de forma notable. Y es que para los doctores salmantinos, como para el economista actual,

⁹ Molina, Luis de, (1597) *De Iustitia et Iure*, Cuenca, t. II, *De contractibus*, col. 988, B; 983, C, D.

“... una moneda puede considerarse de dos modos: uno, como tal moneda; otro, como metal, es decir, como oro [plata, vellón, etc] de mayor o menor pureza, de mayor o menor peso”¹⁰.

Como tal moneda se considera sólo un concepto nominal abstracto; pero, como tal cantidad de metal de unas características determinadas, la moneda es algo real. Estos dos modos de ver el dinero metálico coincide con las dos clases de definición del patrón unidad que la filosofía de la ciencia reconoce en la actualidad. Reichenbach las expuso con toda claridad:

“De ordinario, definir significa explicar un concepto reduciéndolo a otros conceptos. En física, como en todos los otros campos de la investigación, este uso de la definición se emplea ampliamente. Sin embargo, existe una segunda forma de definir que también se emplea y que se debe a que contrariamente a lo que sucede con la matemática, la física [y las demás ciencias empíricas] se ocupan de objetos reales”¹¹.

La existencia de estas dos definiciones del dinero, nominal o abstracta y real o material, obligaba a plantearse el problema de la relación que podía existir entre ambas, y a esa relación es a lo que se llama en filosofía de la ciencia “definición correlativa”¹². Cuando una definición correlativa se aplica a la medición de magnitudes cuantitativas como la longitud del metro patrón o el valor de la unidad de cuenta, se llama “definición métrica correlativa”¹³. En el análisis del valor económico, la “liquidez” keynesiana no será otra cosa que una “definición correlativa” más o menos cierta y perfecta, pero una “definición correlativa” cuya expresión formal era un tipo de interés, lo que planteará una seria dificultad para la comprensión correcta de la *Teoría general*.

El registro y definición legal del patrón unidad de cuenta

Cuando éramos niños nos enseñaron que el metro como unidad de medir la longitud era la longitud de una barra de platino-iridio que se conservaba en el museo de pesas y medidas de París. Esa barra era como una “cuerda tensada” que siempre tendría la misma longitud, pues se evitaba que las circunstancias del entorno la pudieran cambiar. Evidentemente, la barra de platino-iridio podría cambiar como cualquier otra barra metálica si cambiaban las

¹⁰ Molina, *op. cit.*, Disp. 406, col. 986; 410, col. 1036, B, C, D.

¹¹ Reichenbach, H., (1958) *The Philosophy of Space and Time*, Dover Ed. New York, p. 14.

¹² *Ibidem*.

¹³ Carnap, *op. cit.*, cap. 24; Reichenbach, *op. cit.*, p. 15.

circunstancias de temperatura, humedad, etc., pero se evitaba que cambiara manteniendo constantes las circunstancias del entorno, por eso se guardaba en el museo de pesas y medidas de París. Las condiciones del museo servían así como garantes de la “objetividad” de la barra de platino en cuanto “definición correlativa” de la unidad de cuenta, como garantes de la constancia en su longitud a lo largo del tiempo. El carácter formal de esta “objetividad” de la unidad de medida lo expuso Russell con toda claridad cuando cuestionó que la barra de acero no pudiera variar o que la “triangulación” matemática se pudiera aplicar como criterio de congruencia métrica o igualdad.

Russell se refiere al *axioma de libre movilidad*, equivalente matemático del *principio de uniformidad de la naturaleza*, y reconoce que la “triangulación” métrica, como la barra de acero, no se podría aplicar, por ejemplo, si las condiciones espaciales o temporales cambiaran como puede cambiar la temperatura, la presión o la humedad. Pero advierte que

“De lo que nuestro axioma se ocupa no es de los cuerpos materiales reales, sino de las figuras geométricas, y afirma que una figura [como el triángulo] que es posible en un lugar del espacio [y momento del tiempo] es igualmente posible en cualquier otra posición y momento. Esto se verá más claro si vemos un caso en el que no se cumple, el espacio formado por la superficie de un huevo. Aquí, un triángulo dibujado cerca del ecuador del huevo no puede moverse hacia el extremo sin distorsión alguna, pues no se ajustaría a la mayor curvatura de la nueva posición; un triángulo dibujado en el extremo más agudo del huevo tampoco se ajustaría al extremo más plano, etc. Así, el método de superposición, tal y como lo utiliza Euclides en el Libro I, proposición IV de sus *Elementos*, en se puede aplicar; las figuras no se pueden mover libremente, pues, ciertamente, dada una figura cualquiera, podemos determinar una serie de posiciones posibles que podrá ocupar sobre el huevo, pero no fuera de ellas. Lo que afirmamos es, por tanto, que es filosóficamente absurdo suponer que el espacio [y el tiempo] son de esta naturaleza”¹⁴.

La unidad monetaria que sirve como patrón de medida del valor no se puede guardar ni se guardó nunca en un museo de pesas y medida; no se acuñaba para guardarla sino para que pudiera circular libremente. Inicialmente ni siquiera se guardó en la institución que hoy conocemos como Banco Central, circulaba por el mundo fomentando una primera “globalización” monetaria.. Esto puede explicar, al menos en parte, que las circunstancias que la rodeaban pudieran modificar su valor cuando las circunstancias cambiaban. Esto suponía un desafío al *principio de uniformidad* y a la *libre movilidad*, lo que planteaba el problema al que Molina se refería anteriormen-

¹⁴ Russell, *An Essay...*, p. 151.

te, cuando decía que la definición legal de la unidad de cuenta debía cambiar cuando cambiaban las circunstancias. A veces, hasta la misma autoridad que la había acuñado *adulteraba* la “definición correlativa” de la unidad de cuenta cambiando su contenido material, lo que sería impensable en la física o en cualquier otra ciencia natural, en las que se respeta la definición correlativa establecida y un cambio de congruencia métrica va acompañado de un cambio de la teoría científica.

Cuando se acepta que la definición correlativa y legal se puede cambiar en función de las circunstancias se plantea un dilema que no es fácil contestar. ¿Se debe cambiar la definición correlativa del patrón que sirve para registrar la propiedad o se debe conservar esa definición y registro? Supongamos que se derogara la definición legal inicial y se definiera un nuevo valor para la unidad de cuenta, la autoridad estaría faltando a la palabra dada cuando acuñó la moneda, y esto crearía desconfianza en la autoridad y en el sistema métrico monetario, pues no se podría confiar en la palabra dada por la autoridad al acuñar el patrón unidad. Pero si la definición inicial se mantenía para no faltar a la palabra dada se estaría alejando la autoridad de la vida real, lo que apartaría su definición legal de la unidad de la unidad “natural”. Se planteaba en los siglos XVI y XVII una problemática semejante a la que en el siglo XX, en los años de entreguerras, se planteó a propósito del sistema patrón oro, precisamente cuando Keynes defendió la conveniencia de romper con dicho sistema y patrón. En los siglos XVI y XVII, la respuesta de los doctores escolásticos trató de ser fiel al *principio de causalidad* en su relación con el *principio de uniformidad* y la *libre movilidad*, y entender esta fidelidad es lo que plantea cierta dificultad en el problema del interés y la usura. No creo, sin embargo, que esta dificultad sea mayor que la que supuso comprender las razones de Keynes para oponerse al patrón oro, pues en ambos casos se estaba cuestionando la conveniencia de mantener la “definición correlativa” en la que se había de fundamentar la congruencia métrica del valor económico de los bienes.

El dilema y los principios de causalidad y uniformidad de la naturaleza

Según el *principio de causalidad*, “las mismas causas han de producir los mismos efectos *siempre y en todo lugar*”, y esto equivale a afirmar que tanto el paso del tiempo como el cambio de lugar son causalmente neutrales, no pueden ser causa de nada, pues la naturaleza se ha de mantener siempre igual a sí misma, no puede cambiar. Esto es lo que afirmaba el *principio de uniformidad de la naturaleza* y su equivalente matemático, el *axioma de libre movilidad*, dos principios que, frente a la física aristotélica, Newton implantó en

la física moderna como base de la métrica euclidiana que en la física se debía aplicar. La neutralidad causal del tiempo y el espacio es la que permite afirmar que tanto el paso del tiempo como el cambio de lugar en el espacio son causalmente neutrales; que los sucesivos instantes de tiempo y diferentes lugares del espacio son irrelevantes, pues ni el transcurrir del tiempo ni el cambio de lugar afectan para nada a la realidad. Como veremos, esta homogeneidad o neutralidad causal es la que debía respetarse en el contrato de mutuo, en el que se producía un traspaso de la propiedad de un sujeto a otro, es decir, un cambio de lugar que, además, implicaba un transcurrir temporal.

Como veremos en la 2.^a parte, a esta interpretación del *principio de causalidad* en relación con la *uniformidad de la naturaleza* remitían los escolásticos cuando decían que el cobro de interés por *el mero paso del tiempo* se debía condenar por no ser racional. La irracionalidad estaba fundada en que se faltaba a los *principios de uniformidad y causalidad*, pues el mero paso del tiempo y el cambio de lugar no podían producir nada, eran homogéneos y afectaban a toda la realidad por igual. Para que hubiera una acción causal era necesario que existieran factores *extrínsecos* al mero transcurrir temporal y cambio de lugar. Era necesario, por tanto, probar “empíricamente” si existían esos títulos extrínsecos o se faltaba a los principios en que se fundamentaba la actuación racional, sólo entonces se podría emitir un juicio jurídico y moral.

III. LA IMPORTANCIA DE UNA BUENA EDUCACIÓN HISTÓRICA SOBRE LA USURA

Es posible que haya quien piense que lo hasta aquí expuesto son puras cuestiones filosóficas, peor aún, simples sofismas que poco o nada tiene que ver con el problema del interés y la usura. Si así fuera, lamentaría tener que discrepar de quien así piensa. Cuanto acabo de exponer sobre la métrica de la magnitud y su fundamentación empírica y matemática constituye el núcleo mismo del problema que la usura planteaba a los doctores salmantinos de los siglos XVI y XVII. No se trata de una mera muestra de erudición académica, pues no creo que se puede entender lo que significaron las controversias escolásticas sobre el interés y la usura si no se tienen presentes los problemas que plantea la métrica del valor del dinero como magnitud cuantitativa en la teoría monetaria. Es posible que muchos de ustedes recibieran una educación sobre los problemas del interés y la usura semejante a la que nos dice Keynes que él recibió. Keynes fue educado

“... en la creencia de que la actitud de la Iglesia medieval hacia el tipo de interés era intrínsecamente absurda y que las sutiles discusiones dirigidas a

distinguir el rendimiento de los préstamos en dinero y los rendimientos de los bienes de inversión eran simples manipulaciones jesuíticas para escapar a una teoría disparatada”¹⁵.

Si la educación que ustedes recibieron fue semejante a la recibida por Keynes en su juventud, me atrevería a afirmar que no sólo no han podido comprender el pensamiento de los doctores salmantinos sobre el interés y la usura sino que tampoco han podido comprender el pensamiento monetario desarrollado por Keynes en la *Teoría general*, la teoría económica que se dice haber inspirado la mayor parte de las políticas económicas de la segunda mitad del siglo XX¹⁶. En la *Teoría general*, las ideas que sobre el interés y la usura defiende Keynes son el fruto de su conversión al pensamiento monetario de los doctores escolásticos, y así lo reconoce él mismo cuando, ya en su madurez intelectual, ve en las discusiones escolásticas

“... un esfuerzo intelectual serio para tratar de separar lo que la teoría clásica ha mezclado de una forma intrínsecamente confusa; es decir, el tipo de interés con la eficacia marginal de capital; porque ahora es cuando veo que las discusiones de estos eruditos escolásticos tenían por objeto encontrar una fórmula que permitiera situar la curva de eficiencia marginal del capital a un nivel elevado al tiempo que las normas, la costumbre y la ley moral trataban de mantener bajo el tipo de interés”¹⁷.

Encontrar la forma de distinguir la eficiencia marginal del capital y el tipo de interés monetario es una tarea previa a cualquier actuación política y moral que pretenda estar fundada en la *Teoría general*, y fue al buscar la forma de justificar esta distinción cuando los doctores escolásticos sintieron la necesidad de acudir a la filosofía matemática y, más concretamente, al *principio de uniformidad de la naturaleza*, equivalente al que Russell llamaría después *axioma de libre movilidad*¹⁸.

¹⁵ *General Theory...*, p. 351.

¹⁶ Sobre la relación entre la teoría del interés y la usura en los escolásticos y en la *Teoría general*, Keynes organizó un Symposium cuyas ponencias se publicaron en *The Economic Journal*, vol. 42, N.º 165 (Mar., 1932), 123-41, y en el que participaron Edwin Cannan; B. P. Adarkar; B. K. Sandwell; J. M. Keynes; K. E. Boulding. Después de consultar las biografías de Keynes escritas por Harrod y Skildesky no he logrado encontrar referencia a este Symposium.

¹⁷ Keynes, J. M. (198) *Teoría general de la ocupación el interés y el dinero*, Ediciones Aosta, Madrid, p. 410.

¹⁸ Sobre el carácter científico de la doctrina escolástica del el interés y la usura, y la importancia que dieron al análisis del tiempo, puede consultarse la obra de J. A. Schumpeter (1967), *History of Economic Analysis*, Allen and Unwin, London, pp. 105, s.

2.^a PARTE: EL MUTUO COMO FORMA DE FINANCIACIÓN: “OTRO TANTO DE LA MISMA ESPECIE Y CALIDAD”

Como su nombre indica, la esencia del contrato de mutuo consiste en un traspaso temporal de la propiedad de un sujeto a otro, un traspaso por el que “lo mío pasa a ser tuyo” (*mu-tuum*) por un tiempo determinado. Así, por ejemplo, Luis de Molina, lo define como

“... la entrega de un bien para su uso de forma que inmediatamente pase a ser del que lo recibe, debiendo éste restituir después otro tanto de la misma especie y calidad. Por eso se llama con verdad Mutuo, pues de tal modo te lo entrego que de ser mío pasa a ser tuyo”¹⁹.

Existe, por tanto, un sujeto, el prestamista, que pierde temporalmente la propiedad del bien que entrega en préstamo, la propiedad *real* de un bien fungible que se sustituye por un derecho a recibir “otro tanto de la misma especie y calidad” en el momento acordado. No pierde el derecho a esta propiedad en un momento posterior, cambia la propiedad del bien por la propiedad del derecho al bien, se produce un intercambio de propiedades. Y existe otro sujeto, el prestatario, que pasa a ser propietario de ese mismo bien fungible a cambio de comprometerse a devolver “otro tanto de la misma especie y calidad” en el momento acordado. *Antes* del mutuo, el prestamista es propietario de un bien, no de un derecho, pero deja de serlo en el momento mismo de entregar el bien en mutuo para volver a serlo *después* de recuperar el bien en el momento acordado, cuando lo cambiará por el derecho guardado. El prestatario, por el contrario, es propietario del bien traspasado por el *intervalo* de tiempo que dura el mutuo, *ni antes ni después* del intervalo. Existen, pues, *dos* momentos en el contrato de mutuo que es necesario distinguir con claridad: el *antes* y el *después* del intervalo, los dos momentos que acotan y determinan el tiempo que ha de durar el contrato de mutuo. En esos dos momentos se produce un doble cambio de propiedad, y lo importante jurídica y moralmente es lo que los sujetos piensan hacer en ese intervalo, de sus expectativas económicas. De lo que pensaban hacer con el bien entregado en mutuo dependerá que el cobro de interés esté o no justificado.

Dos “trozos” de historia superpuestos: los dos intervalos

Los dos momentos señalados definen un “trozo” de historia, uno para el prestamista y otro para el prestatario, y lo interesante es notar que no existe

¹⁹ Molina, Luis de., 1597, *De Iustitia et Iure*, vol. II, *De contractibus*, Disp. 299.

simetría económica entre los dos trozos de historia. En efecto, el prestamista-ahorrador sí recupera su posición inicial al final del intervalo de tiempo, con independencia de lo que suceda a la propiedad que traspasó; sin embargo, el prestatario-inversor no volverá a su posición inicial, podrá mejorarla si la inversión de la propiedad invertida resulta positiva y también podrá empeorarla si su inversión resulta negativa. El riesgo y coste que suponga la inversión no lo asume el prestamista-ahorrador, pues legalmente ya no es dueño de la propiedad que se invierte, sólo es dueño de un derecho a recuperar su posición inicial mediante la devolución de “otro tanto de la misma especie y calidad” que entregó. El riesgo y coste de la inversión lo asume el prestatario-inversor que invierte su propiedad y podría fracasar en su inversión. Esta es la razón por la que los doctores salmantinos condenaban moral y jurídicamente que el prestamista-ahorrador cobrara un interés al prestatario-inversor por el contrato de mutuo. Al no existir para el prestamista-ahorrador un lucro cesante (*lucrum caesans*) ni un daño emergente (*damnum emergens*), el cobro de interés por encima de lo prestado sería injusto, pues perjudicaría al prestatario sin razón alguna al mismo tiempo que beneficiaría al prestamista también sin razón. El intervalo de tiempo que dura el contrato de mutuo no supone cambio alguno para el prestamista-ahorrador, que continúa su vida como la había programado, pues conserva su ahorro en forma de derecho legal al bien prestado. Sí supone cambio para el prestatario-inversor, pues podrá mejorar o empeorar su posición inicial con la inversión que de su propiedad realiza. El ahorro del prestamista es para el prestatario inversión, pero entre ahorro e inversión media un contrato de mutuo como medio de financiación.

Distribución y producción potencial

Como es fácil comprobar, el problema lo planteaba la distribución o reparto de la *posible* ganancia o pérdida que la inversión de lo prestado pudiera producir, y ese reparto remitía al *principio de causalidad*. Había que preguntarse de quién era la propiedad productora de la ganancia, la propiedad invertida en la producción; y esa propiedad era del prestatario en el intervalo productivo, no del prestamista; éste la recuperará al final del intervalo. Si se producía una ganancia supondría un *excedente* sobre lo recibido en mutuo, por lo que una vez devuelto “otro tanto de la misma especie y calidad” que lo prestado por el prestamista, el resto sería propiedad del prestatario, quien habrá mejorado su posición económica sin que el prestamista se haya visto perjudicado. Pero si se producía una pérdida tampoco el prestamista se vería perjudicado, pues conservaba el derecho legal a recuperar todo lo prestado, la sufriría el prestatario que tendría que cubrir la diferencia con su propio patrimonio o trabajo.

El contrato de mutuo era, pues, una forma de convertir el ahorro en inversión, una forma de financiar la inversión, pero era condición de posibilidad de esa forma de financiación que la propiedad traspasada pasara a ser del inversor con el compromiso legal de devolver “otro tanto de la misma especie y calidad” en el momento acordado. Por eso la existencia de este traspaso de propiedad obliga a no confundir el ahorro con la inversión, pues son actividades de sujetos diferentes. Sin prestatario, el ahorro no se convierte en inversión, pues el prestamista se considera sólo ahorrador y no inversor, pero sin traspaso de la propiedad ahorrada por el prestamista tampoco habrá inversión, pues el prestatario no tendrá financiación. El origen de la inversión no está en el ahorro del prestamista, que por sí mismo no pide ser invertido, sólo pide ser conservado. Para que el ahorro se convierta en financiación es necesario que exista inversor que se comprometa en mejorar su situación personal sin perjudicar al prestamista. Por eso podemos aplicar al mutuo las palabras que Russell aplicaba a la métrica de la magnitud: “En estos asuntos de ahorro e inversión, lo que se ve no depende solamente del proceso observado, sino también del punto de vista del sujeto observador”. Y es que el intervalo de tiempo al que se refiere el mutuo no revela directamente propiedades de las cosas que se poseen, sino de lo que con esas cosas se hace, y no es lo mismo ahorrarlas que invertirlas.

El dilema de la “cuerda tensada”: De la economía agrícola a la monetaria

(El *coste* del ahorro y el *precio* de la inversión)

Supongamos que el prestamista es un agricultor que por un contrato de mutuo se deshace de la propiedad de X fanegas de trigo que pensaba guardar almacenadas para consumir o sembrar en el futuro, es evidente que no las pensaba invertir o sembrar ese año, sólo las pensaba ahorrar para utilizarlas en un momento futuro. Si el prestatario que las recibe en propiedad decide invertirlas asumirá el riesgo de su inversión además de la obligación de devolver al agricultor prestamista “otro tanto de la misma especie y calidad”. En consecuencia, el fruto que obtenga de la siembra del trigo recibido en mutuo será exclusiva propiedad suya, no del agricultor prestamista, que no invierte su propiedad. Éste ha conservado el derecho a que se le restituyan después de un año las X fanegas que prestó, y el agricultor prestatario cumplirá con su obligación restituyendo esas X fanegas a cambio del derecho que entregó, ni más ni menos. Nos estamos refiriendo a una economía no monetaria, en la que el trigo es el objeto del mutuo, pero el razonamiento es semejante en la economía monetaria.

Supongamos que lo que se entrega en mutuo no es trigo sino dinero, la diferencia entre prestar el trigo que se pensaba ahorrar y prestar el dinero merece ser subrayada, pues en ambos casos se trata de bienes fungibles que se consumen con su uso, pero existe una diferencia importante que debe ser notada. El dinero se puede ahorrar y almacenar por el prestamista sin incurrir en grandes costes, pero el trigo que se ahorra y almacena siempre será costoso de conservar. La preferencia por almacenar el trigo hasta el próximo año supone unos costes de almacenamiento y conservación que el propietario deberá soportar, pues de no hacerlo podrá estropearse el trigo y perder su primera calidad y utilidad. Si el valor del trigo lo expresamos como dice Keynes que podemos expresar el valor de los bienes durables, como tasa de interés en términos del mismo bien, podremos decir que el trigo que se almacena y ahorra tendrá para el ahorrador un *interés negativo* equivalente al coste de conservarlo adecuadamente en el almacén²⁰. Supongamos que el dueño del trigo, en lugar de ahorrarlo, aceptara traspasar la propiedad del trigo a otro agricultor mediante contrato de mutuo, el agricultor prestatario evitaría al prestamista incurrir en los costes de almacenamiento, pues se compromete a devolverle “otro tanto de la misma especie y calidad” en el momento acordado. El prestatario asumiría los *costes* de mantenimiento del trigo, unos costes a los que Keynes en la *Teoría general* designa con la letra ‘*c*’²¹. Evidentemente, si los asume el prestatario es porque piensa poder compensar ese *interés negativo* con la producción positiva que obtendrá al invertir el trigo prestado, una producción a la que podremos llamar ‘*q*’, como la llama Keynes en la *Teoría general*. Por tanto, la diferencia entre la producción ‘*q*’ que el prestatario-inversor espera obtener y los costes de mantenimiento ‘*c*’ que ahorra al prestamista al devolverle “otro tanto de la misma especie y calidad” se podrá expresar como $(q-c)$, y será lo que podremos llamar producción obtenida por el prestatario. Esta diferencia $q-c$ es lo que para el prestatario-inversor representa la *eficiencia marginal* del capital que invirtió, del trigo cuya propiedad adquirió mediante el contrato de mutuo. ¿Con qué *tasa de interés* compara esta *eficiencia marginal* cuando decide realizar la inversión? Evidentemente, con la ‘*c*’ que representa el coste de mantener *constante* el ahorro del prestamista; ese tipo de interés es el que puede comparar con la *eficiencia marginal* del capital.

Evidentemente, el prestamista podrá dudar del éxito del prestatario, y podrá pedir legalmente una garantía de que al final del intervalo que dura el mutuo recuperará su posición inicial sin necesidad de asumir los costes de mantenimiento del trigo, pero esa garantía es la que se le concede al firmar el

²⁰ *General Theory*, p. 222:

²¹ *General Theory...*, p. 225-226.

contrato de mutuo, no se necesita añadir una nueva garantía. Podemos decir por eso que este contrato constituye para el prestamista una especie de *activo financiero* cuyo interés es el equivalente a los costes de almacenamiento en que incurriría de no conceder el mutuo, un interés positivo (+*c*) para el prestamista que lo cobra pero negativo (-*c*) para el prestatario que lo ha de pagar para obtener el mutuo. De nuevo nos encontramos con que la misma realidad significa cosas diferentes para los diferentes sujetos, y lo que para el prestamista puede ser un interés positivo para el prestatario puede ser un interés negativo. Los *costes* de mantenimiento del ahorro por el prestamista se convierten en *precio* a pagar por el prestatario por la inversión del capital recibido en mutuo.

Naturalmente, es más fácil y menos costoso conservar el contrato de mutuo como activo monetario que conservar el trigo como ahorro, y así como el interés que el activo monetario produce al prestamista está respaldado por la ley estatal no podemos decir lo mismo de la eficiencia marginal que del trigo espera obtener el prestatario. Por eso al comparar el tipo de interés con la eficiencia marginal del capital se estarán comparando dos magnitudes heterogéneas en cuanto a su realización material, esto es, en cuanto a su “definición correlativa”. El prestamista podrá realizar el activo que es el contrato de mutuo con mayor probabilidad y seguridad que el prestatario realizará el fruto de la propiedad que invierte, y esto nos lleva de nuevo al *principio de causalidad* en su interpretación por los doctores escolásticos y por los economistas clásicos.

De la Vieja causalidad a la Nueva causalidad: ahorrador e inversor

En todo el razonamiento anterior he mantenido la referencia a prestamista y prestatario como sujetos diferentes cuyas historias temporales pueden seguir rutas diferentes en el intervalo de tiempo que dura el mutuo. Para entender mejor la necesidad de esta distinción debemos recordar el cambio histórico que se produjo en el siglo xvii en el modo de entender la Causalidad. John Hicks se refirió a este cambio como paso de la Vieja causalidad escolástica a la Nueva causalidad newtoniana o moderna. Hicks expone así este cambio.

“Podemos distinguir un sistema o modo de pensar (al que podemos llamar la *Vieja causalidad*) en el que las causas se ven siempre como actos de alguien; siempre hay un agente, ya sea humano o sobrenatural.

Es fascinante observar en la literatura de los siglos xvii y xviii cómo [con la Ilustración] esta Vieja causalidad entró en quiebra...; la Nueva causalidad

fue una adquisición permanente. Fue la ‘Vieja’ asociación entre causalidad y responsabilidad lo que había de rechazarse. La causalidad es una cuestión de explicación; pero cuando explicamos no aprobamos ni condenamos necesariamente”²².

El pensamiento escolástico sobre el interés y la usura no se puede entender dentro de la Nueva causalidad, pues el escolástico necesita saber quién es el ahorrador-prestamista y quien el inversor-prestatario. Ahorro e inversión no son acciones mecánicas que se produzcan necesariamente, tienen una finalidad que remite a un agente causal intencional.

3.^a PARTE: EL PENSAMIENTO ECONÓMICO ESCOLÁSTICO COMO CIENCIA MORAL

Como la Nueva causalidad o causalidad newtoniana remitía a las causas eficientes necesarias, la Vieja causalidad escolástica remitía a causas finales contingentes, por eso el pensamiento jurídico y económico de los doctores salmantinos pertenece a la filosofía moral y no a la filosofía natural, como pertenece la física de Newton y la ciencia económica clásica. Keynes también razonó en función de la Vieja causalidad en el siglo xx, cuando criticó a los economistas clásicos por haber mezclado “de una manera intrínsecamente confusa el tipo de interés con la eficacia marginal del capital”, y así lo expuso con toda claridad en una carta que escribió a su amigo Harrod y en la que dice lo siguiente:

“También quiero subrayar fuertemente que la economía es una ciencia moral. Mencioné antes [en una carta anterior] que se ocupa de la introspección y los valores... Es como si la caída de la manzana al suelo dependiera de los motivos de la manzana, de que mereciera la pena caer al suelo, y de que el suelo quisiera que la manzana cayera, y de los errores de cálculo que la manzana cometiera al calcular su distancia al centro de la tierra”²³.

Si se acepta que la economía es una ciencia moral, la finalidad de los agentes económicos no se podrá ignorar, como no la ignoraban los doctores escolásticos en los siglos xvi y xvii ni la ignoró Keynes en el siglo xx. Es importante, sin embargo, observar que al remitir a los agentes económicos no se estaba atendiendo exclusivamente a la voluntad del sujeto, también se analizaba la racionalidad o irracionalidad de su comportamiento, pues de esa

²² Hicks, J., (1979) *Causality in Economics*, Basil Blackwell, Oxford, p. 6.

²³ Keynes, *Collected Writings*, vol. XIV: 300. Recuérdese el comentario de J. Caro Baroja sobre la casuística escolástica, Nota

racionalidad dependía el juicio moral y jurídico. Se planteaba así un triple problema en el contrato de mutuo: teórico, empírico y jurídico-moral, y los tres se analizaban y resolvían conjuntamente dentro de lo que podemos llamar el paradigma de la ley natural. Así lo supo ver J. A. Schumpeter al afirmar que, en los doctores salmantinos, “*la ley natural normativa presupone una ley natural explicativa*”²⁴.

Desde el punto de vista jurídico-moral, había que explicar *racionalmente* por qué lo que se ha de devolver por el prestatario debe ser igual en cantidad y calidad a lo que se recibió del prestamista, y éste era el problema teórico de la congruencia métrica del patrón elegido para medir el valor, al que me he referido en la primera parte de mi exposición. ¿Puede ser una anguila viva un patrón de medida congruente o ha de ser necesariamente un patrón rígido como una barra de acero? Desde el punto de vista empírico, el problema radicaba en probar si, en el caso que se analizaba y juzgaba, se había utilizado un patrón rígido, como exigía el *principio de uniformidad de la naturaleza* y el *axioma de libe movilidad*, o se había quebrantado este principio que la racionalidad euclidiana establecía. Si se había quebrantado se habría faltado a la racionalidad y, en consecuencia, a la moralidad, pues una naturaleza que se aceptaba como homogénea o uniforme en el tiempo y en el espacio se habría manejado como si fuera heterogénea y cambiante, y esto era contrario al *principio de causalidad* racional. En consecuencia, se habría cometido usura y el juicio jurídico-moral debía ser condenatorio, lo que constituía el problema jurídico moral. Y es que, entre el registro del hecho empírico que es la devolución de “otro tanto de igual cantidad y calidad” y el juicio jurídico-moral que sobre ese hecho empírico se pronunciaba, mediaba un análisis teórico y racional del criterio de igualdad que se debía aplicar; por eso el análisis escolástico de la usura se puede calificar de análisis interdisciplinar.

APÉNDICE: LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA ESCOLÁSTICA A LAS OPERACIONES FINANCIERAS

Lawrence Dennis se sintió impresionado por “La discusión del interés y la usura en la doctrina de los canonistas en los dos últimos números del *Economic Journal* (vol. 41, n.º 164, Dec. 1931 y vol. 42, n.º 165, Mar., 1932)” y la calificó del “choque de ideas más importante que había tenido lugar en el terreno económico desde hacía mucho tiempo”²⁵. Se mostró de acuerdo con

²⁴ Schumpeter, J. A. (1967) *History of Economic Analysis*, George Allen & Unwin, London, p. 111.

²⁵ *The Economic Journal*, vol. 42, n.º 166, (Jun., 1932) 312-323.

Keynes y Somerville en cuanto a que el el tipo de interés el “villain in the piece” y desarrolló un aspecto del problema que en la discusión no había recibido la atención debida: el crédito como institución. En este apéndice no me ocuparé de este aspecto institucional del problema, pero sí me fijaré en cómo las ideas anteriormente expuestas se aplican a las operaciones financieras tal y como se practican y enseñan en la sociedad actual.

EL CONCEPTO DE TIEMPO EN LOS DOCTORES SALMANTINOS Y EN LA REVOLUCIÓN CIENTÍFICA

B. W. Dempsey, en un artículo publicado en el *Quarterly Journal of Economics* el año 1935, se preguntaba por qué los doctores salmantinos insistían en que el paso del tiempo no puede ser causa de nada, razón por la que el cobro de interés por el mero transcurrir del tiempo debía considerarse usurario. Contestaba lo siguiente:

“La razón parece estar, no en la rudeza del concepto que los Escolásticos tuvieron del tiempo, sino todo lo contrario, en su perfección. Desde los comienzos de la filosofía y teología escolástica, incluso de su teología positiva, el problema de la eternidad o atemporalidad de Dios había obligado a los doctores a ocuparse del problema de la naturaleza del tiempo. Con un concepto tan refinado en su poder, y enfrentándose al problema del intercambio de valores sobre la base de la igualdad, pusieron todo su empeño en subrayar el hecho de que el factor tiempo, *en sí mismo y por sí mismo*, no altera los valores. Con el tiempo pueden presentarse circunstancias cambiantes, especialmente un mayor riesgo, que podrían alterar los valores. Estas circunstancias pueden ofrecer nuevos títulos o invalidar los viejos. Pero el doctor escolástico insistió de forma coherente y característica en que éste era un problema empírico, una cuestión de hecho que requería investigación y debía probarse en cada caso. La mera alusión indeterminada al transcurrir del tiempo no era suficiente”²⁶.

El camino que tuvieron que recorrer los doctores escolásticos hasta llegar a entender y defender que el mero transcurrir del tiempo es a-causal respecto de los fenómenos que ocurren en la naturaleza no fue fácil de recorrer, pues estaba cerrado por la filosofía aristotélica y, más aún, por la misma experiencia de los sentidos. ¿Acaso no envejecemos con el mero paso del tiempo? ¿No vemos que la vida de las plantas y los animales se renueva e incluso la

²⁶ Dempsey, B. W. (1935) “The Historical Emergence of Quantity Theory,” *Quarterly Journal of Economics* 50 (November 1935): 175-76.

geología nos muestra que la misma tierra o mundo inanimado cambia con el paso del tiempo? ¿Cómo, entonces, se puede defender que el mero paso del tiempo no afecta a los fenómenos naturales? Aristóteles se había basado en la experiencia de los sentidos para defender que las matemáticas no se podían aplicar al mundo de las realidades terrestres, pues al ser atemporales las matemáticas sólo se podían aplicar al mundo de los fenómenos celestes, al movimiento del sol, la tierra y los planetas que son movimientos regulares, sin comienzo ni final. Aristóteles estableció así en el universo creado una dicotomía análoga a la “dicotomía neoclásica”, pues separó la dinámica de los fenómenos celestes de la dinámica de las terrestres; la primera regida por las leyes matemáticas pero no la segunda. Galileo y Newton rompieron con esta dicotomía, pero lo hicieron postulando que también la naturaleza terrestre era uniforme, no sólo la naturaleza celeste lo era. De este modo, el principio de uniformidad de la naturaleza, al firmar la irrelevancia causal del intervalo de tiempo y de la separación en el espacio, sirvió para fundamentar en la métrica euclidiana de medición de las magnitudes físicas. A partir de David Ricardo, esta métrica se impuso también en la ciencia económica, y la medición del valor pasó a entender como medición euclidiana, fundada en un patrón invariable. Fue necesario que Einstein formulara su relatividad y que Keynes escribiera su *Teoría general* para que la métrica euclidiana fuera cuestionada en el mundo de la física y de la economía. Este, en mi opinión, es el contexto histórico en el que debemos entender la distinción que vemos que defiende Keynes en la *Teoría general* entre la teoría del interés y el dinero clásica y la suya propia.

UNIFORMIDAD DE LA NATURALEZA Y OPERACIONES FINANCIERAS

Si aplicamos el rigor matemático de los *axiomas de uniformidad y libre movilidad* habremos de concluir que el contrato de mutuo no puede existir en la matemática financiera actual como figura jurídica legal. Un contrato que supone expresamente que el mero paso del tiempo es causalmente irrelevante porque se cumple el *axioma de libre movilidad* o el *principio de uniformidad*, es contradictorio con la definición de las operaciones financieras que hoy se recogen y explican en la matemática financiera. Trataré de justificar esta afirmación.

Las operaciones financieras se suelen dividir en dichas matemáticas en puras y aleatorias, y se entiende por operación pura aquella en la que las modificaciones que puede experimentar el capital depende *solamente del transcurrir del factor tiempo*. La operación financiera aleatoria, por el con-

trario, se define como aquella otra en la que las modificaciones que experimenta el capital no dependen sólo del transcurrir del tiempo sino, además, de otros factores causales aleatorios. El cuadro adjunto reproduce esta clasificación, dividiendo las operaciones aleatorias en dos clases que la matemática financiera no suele distinguir: aquellas en las que el tiempo interviene junto con otros factores causales (aleatorias del tipo A) y aquellas otras en las que sólo actúan factores aleatorios sin que el mero transcurrir del tiempo sea causalmente relevante (operaciones aleatorias del tipo B). He señalado esta última posibilidad porque no se suele considerar en la matemática financiera moderna y, sin embargo, me parece fundamental para entender el pensamiento monetario y jurídico-moral de los doctores españoles y, más concretamente, sus ideas sobre el interés, el dinero y la usura.

Clases de operaciones financieras

Factor causal	Operación financiera pura	Operación financiera aleatoria	
		A	B
Tiempo	SI	SI	NO
Otros factores aleatorios	NO	SI	SI

Si se acepta el *principio de uniformidad de la naturaleza* o, su equivalente, el *axioma de libre movilidad*, las que hoy llamamos operaciones financieras puras no podrán existir legalmente en la sociedad, pues la causalidad del tiempo que las define es contradictoria con dichos principios. El mero transcurrir del tiempo no podrá modificar el valor del dinero capital porque las posiciones en el tiempo y en el espacio no son causalmente relevantes, son puras relaciones de *externalidad*, que diría Kant, siguiendo las enseñanzas de Newton al aceptar el *principio de uniformidad*. Sin embargo, sí podrán existir las operaciones aleatorias de tipo B, aunque no las de tipo A. El dinero capital podrá sufrir modificaciones debido a los factores aleatorios causales (riesgo, trabajo, creatividad, etc) pero no al mero transcurrir del tiempo, que sigue siendo causalmente irrelevante o neutral. ¿Qué sucede cuando en la operación no existen factores aleatorios que puedan actuar causalmente y sólo existe el mero transcurrir del tiempo? Sencillamente, que la operación es monetaria y no financiera; que el dinero actúa en su función monetaria (patrón de medida, reserva de valor y medio neutral de pago) y no en la financiera propia del capital productivo. Por eso es necesario distinguir el *dinero monetario* del *dinero capital*, una distinción que podemos representar gráficamente mediante el cuadro siguiente:

Causalidad y tipo de operaciones según los doctores

Causalidad	Operación	
	Monetaria financiera	
Tiempo	NO	NO
Factores aleatorios	NO	SI

En la operación monetaria no existe factor causal alguno, pertenece a una situación estacionaria en la que sólo puede existir el mero transcurrir del tiempo sin que suceda nada en el sistema total; podrá suceder en algunas de las partes como “causalidad local”. En la operación financiera sí existen factores causales y, en consecuencia, pueden darse modificaciones en el valor del dinero que, en este caso, actúa como capital. Estas modificaciones, sin embargo, no podrán atribuirse al transcurrir del tiempo, habrá de atribuirse a otros factores o circunstancias extrínsecas a la operación monetaria que, juntamente con el dinero, la hacen productiva, por lo que podrá hablarse de eficacia marginal del capital y no de tipo de interés. Esos factores extrínsecos son los que llamaba los escolásticos “causas extrínsecas” al mero transcurrir del tiempo estacionario.

CONCLUSIÓN: EL INTERÉS Y LA USURA COMO PROBLEMA JURÍDICO Y MORAL

La justicia y la moral escolásticas no eran *apriorísticas* o autoritarias sino en cuanto a los principios generales de la ley natural, no en cuanto al juicio moral y jurídico que se emitía sobre el caso particular, pues en este juicio se reconocía que se podían equivocar. Por eso los doctores salmantinos fueron defensores del probabilismo jurídico y moral, y la *recta razón* escolástica, la *recta ratio*, remitía siempre a un problema propio de teoría del conocimiento, lo que explica que se sirvieran de la Vieja causalidad y no de la Nueva. Y es que, como escribió Luis de Molina,

“La naturaleza no nos enseña las cosas que son de derecho natural de forma tan clara y distinta que no se pueda introducir el error fácilmente en la deducción de algunas consecuencias a partir de los principios, especialmente cuando las conclusiones se siguen de los principios de forma remota y oscura; lo cual hace que respecto de las cosas que son de derecho natural pueda a veces darse el error”²⁷.

²⁷ Molina, L. (1597) *De Iustitia et Iure*, t. I. col. 15, C.

Porque la naturaleza no enseña las cosas de forma “clara y distinta” es por lo que sólo se podía opinar sobre los casos jurídicos y morales que se plantaban los doctores salmantinos, y este fue el origen del probabilismo y el casuismo escolástico, una forma de aplicar a la conducta la recta razón que desaparecería en los economistas clásicos como consecuencia de la interpretación que hicieron de la Revolución científica²⁸.

El análisis del caso era lo que daba origen a la casuística escolástica, pues toda prueba empírica ha de ser concreta, referida a un caso singular. Por eso pienso que A. Smith se equivocaba cuando veía en la casuística escolástica un esfuerzo por “establecer reglas precisas y exactas capaces de dirigir nuestra conducta” sin dejar margen alguno para la individualidad. Más acertado es el juicio de J. Caro Baroja cuando escribe que podemos dudar si el uso que se hizo de la casuística fue más o menos acertado,

“... pero no cabe duda de que, aunque no llegaran a la meta que hubieran podido alcanzar, dentro del cristianismo, supone abrir los ojos, de un lado, a un mundo de oscurísimas realidades psicológicas y, de otro, a la enorme variedad de modos de comportarse los hombres en unas sociedades dadas. En esto también hay otra relación lejana entre ellos y los probabilistas precristianos”²⁹.

Naturalmente, a la opinión de Smith y a la de Caro Baroja se podrían añadir otras muchas, pero prefiero dejar a la opinión de ustedes mi última conclusión.

Muchas gracias.

²⁸ Puede verse sobre este punto F. Gómez Camacho, (1998) “El pensamiento económico de la Escolástica española a la Ilustración escocesa”, *El pensamiento económico en la Escuela de Salamanca: Una visión multidisciplinar*, F. Gómez Camacho, R. Roblado, (eds.), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 205-240.

²⁹ Caro Baroja, J., (1978) *Las formas complejas de la vida religiosa; religión, sociedad y carácter en la España de los siglos XVI y XVII*, Sarpe, Madrid, p. 525.

**COMERCIO TEXTIL, CRÉDITO
AL CONSUMO Y VENTAS AL FIADO
EN LAS FERIAS DE MEDINA DEL CAMPO
EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XVI**

Hilario Casado Alonso
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. LAS FERIAS DE MEDINA DEL CAMPO.—II. EL COMERCIO TEXTIL EN LAS FERIAS DE MEDINA DEL CAMPO.—III. EL CRÉDITO EN EL COMERCIO TEXTIL DE MEDINA DEL CAMPO.—IV. A MODO DE CONCLUSIONES

La historia de las Ferias de Medina del Campo como gran plaza financiera, centro de negociación de letras de cambio y lugar de pagos para la monarquía de los Habsburgos es bien conocido en la historia económica de Europa de los siglos xv y xvi. Los libros de R. Carande, F. Ruiz Martín, V. Vázquez de Prada, F. Braudel, H. Lapeyre, M. Ulloa, H. Kellenbenz y otros permiten conocer con bastante precisión los mecanismos financieros de las ferias de Medina del Campo y su relación con las otras grandes ferias de pagos de la época¹. Sin embargo, su función como centro de comercio al por menor y como agente de redistribución de mercancías procedentes de todas partes del mundo es apenas conocida. Sin duda, dicho estudio es de trascendental importancia para comprender algunas de las características del funcionamiento de la economía de España y de Europa en el mundo preindustrial, donde el conocimiento del comercio al detalle y las características de la redistribución a escala regional y local son muy poco conocidas².

¹ R. CARANDE, *Carlos V y sus banqueros*. 3 vol. Madrid, 1943, 1949, 1967. F. BRAUDEL, *La Méditerranée et le Monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*. 2 vols. París, 1967. H. LAPEYRE, *Simón Ruiz et les "asientos" de Philippe II*. París, 1953. H. LAPEYRE, *Une famille de marchands: les Ruiz*. París, 1955. F. RUIZ MARTIN, *Letres marchandes échangées entre Medina del Campo et Florence*. París, 1965. M. ULLOA, *La hacienda real de Castilla en el reinado de Felipe II*. Roma, 1963. V. VAZQUEZ DE PARGA, *Letres marchandes d'Anvers*. 4 vols. París, 1961. GENTIL DA SILVA, *Stratégie des affaires à Lisbonne entre 1595 et 1607. Letres marchandes des Rodrigues d'Evora et Viega*. París, 1956. J. GENTIL DA SILVA, *Marchandises et finances. Letres de Lisbonne, (1563-1578)*. 2 vols. París, 1959 y 1961. H. KELLENBENZ, *Los Függer en España y Portugal hasta 1560*. Valladolid, 2000.

² E. WELCH, *Shopping in the Renaissance. Consumers cultures in Italy, 1400-1600*. New Haven, 2005. B. BLONDÉ, P. STABEL, I. VAN DAMME y E. WELCH (eds.), *Buyers, Sellers and Salesmanship in Mediaeval and Early Modern Europe*. Turnhout, 2006.

De la misma manera, la utilización en estos intercambios mercantiles de diversos mecanismos e instituciones de crédito es otra de las grandes incógnitas a investigar y resolver, ya que la mayor parte de los estudios sobre el crédito mercantil se han centrado en el gran comercio internacional. Pero, por el contrario, la investigación sobre el crédito al consumo en el comercio minorista es la gran ausente en la historiografía económica, incluso de la época contemporánea. Carencia que es aún más grave, si como veremos en este trabajo, en las sociedades tradicionales, incluso en muchas del siglo xx, las ventas al fiado eran el modo de compraventa más empleado por todos los agentes económicos. Como ha estudiado C. Muldrew para la Inglaterra del siglo xvii, el crédito, mucho más que la moneda, era el mecanismo que se usaba en la mayoría de las transacciones y por todo tipo de grupos sociales. Todo ello generaba unas fuertes relaciones interpersonales, cuya comprensión es necesaria para entender el funcionamiento de dichas sociedades donde la reputación jugaba un gran papel, al mismo tiempo, creaba una economía del crédito que funcionaba con una enorme efectividad y eficiencia³.

El objetivo de este trabajo es estudiar algunos de estos aspectos a partir del magnífico observatorio de las Ferias de Medina del Campo en el siglo xvi. Como ya señalé en otro trabajo anterior, éstas fueron el gran centro redistribuidor de mercancías para toda la Península Ibérica y América⁴. Allí acudían tanto grandes mercaderes que importaban mercancías procedentes del extranjero, como una multitud de comerciantes de tamaño medio que, junto con buhoneros y regatones, se encargaban de redistribuir los géneros por todos los territorios. Simultáneamente, la importancia comercial de Medina del Campo hacía que a la villa acudieran, coincidiendo con épocas de ferias o no, gentes de toda condición, incluso desde lugares muy lejanos, para abastecerse de aquellos géneros que necesitaban. De ahí que la importancia de las Ferias no sólo hay que buscarla en su papel como *feria de cambios*, sino también como *feria de mercancías*. La duda a resolver es saber cómo se hacían estas transacciones. ¿Se recurría al crédito y con qué frecuencia? ¿Qué formas y qué características tenía éste?

Para muchos compradores y vendedores el precio era sólo el comienzo de una larga negociación acerca de cuando se pagará el objeto adquirido, que en

³ C. MULDREW, *The Economy of Obligation: The Culture of Credit and Social Relations in Early Modern England*. Basingtoke, 1998. L. FONTAINE, G. POSTEL-VINAY, J. L. ROSENTHAL et al. (ed.), *Des personnes aux institutions. Réseaux et culture du crédit du XVI^e au XX^e siècle en Europe. Actes du Colloque International Centenaire des FUCAM*. Lovaina la Nueva, 1997.

⁴ H. CASADO ALONSO, "Medina del Campo Fairs and The Integration of Castile into 15th to 16th Century European Economy", in S. CAVACIOCCHI (ed.), *Fiere e Mercati nella Integrazione delle Economie Europee. Secc. XIII -XVIII*. Florencia, 2001. pp. 495-517.

ocasiones acababa en un pleito⁵. Como se ha estudiado para algunas zonas de Europa, gran parte de las ventas no concluían con un pago, sino con una promesa de pago⁶. A partir de ese momento, ambas partes recurrían a múltiples formas e instrumentos de crédito. Desde los más informales, con un simple acuerdo verbal, hasta la redacción de documentos de tipo privado, acudiendo en unas ocasiones a notarios, en otras prescindiendo de ellos. Unas veces se exigían fiadores, otras veces bastaba con la buena reputación del comprador. De manera aislada, especialmente en el gran comercio, se utilizaban las transferencias bancarias o las letras de cambio. Pero siempre se recurre al crédito. Para enmascarar la prohibición de la usura, el interés se cubre variando el precio de venta de las mercancías.

Sin embargo, el estudio del crédito en el mundo ferial presenta enormes dificultades para su investigación. Al contrario que en la gran banca —cuya actividad se basaba principalmente en la negociación de letras de cambio y en los préstamos de elevadas sumas de dinero a particulares y a los monarcas— y en el gran comercio internacional, en el comercio de redistribución y al por menor, las relaciones de confianza interpersonal eran fundamentales. Se prestaba dinero en momentos de falta de liquidez, pero, sobre todo, lo que se hacía diariamente era comprar y vender a crédito. Para hacer dichas transacciones sólo se recurría ocasionalmente a la firma de contratos ante notario, porque eran costosos para ambas partes. Incluso, cuando esto acontecía era frecuente que, después de pasado el plazo de finalización del préstamo, el escribano destruyera la copia. Frente a ello se escogía por contratos de tipo privado, que en muchos casos ni siquiera se formalizaban, optándose por acuerdos verbales según la costumbre de cada momento y lugar. De ahí que para investigar sobre el empleo del crédito en el comercio minorista se haya de recurrir, obligatoriamente, a la búsqueda de otro tipo de documentación, como las listas de acreedores y de deudores, los libros de contabilidad o los pleitos judiciales, que se han conservado sólo en escasas ocasiones. Pero su localización es la única forma de poder abordar la investigación de la historia del crédito al consumo, donde se mezclan las ventas a crédito por pequeñas cantidades de dinero, a corto y medio plazo, con las mayores transacciones que efectuaban entre sí los diferentes mercaderes⁷.

⁵ E. WELCH, *Shopping in the Renaissance...* pp. 90-92. C. MULDREW, *The Economy of Obligation...*

⁶ J. S. GRUBB, *Provincial Families of the Renaissance: Private Life in the Veneto*. Baltimore, 1996. pp. 116-123. D. ROCHE, *La culture des apparences. Une histoire du vêtement (xviiè-xviiiè siècle)*. París, 1989. pp. 307-309.

⁷ M. M. ROCHA, "Entre nosaltres n'hi ha prou amb la paraula": les xarxes de crèdit no formal des d'una perspectiva històrica", *Recerques*, n.º 39, 1999, pp. 171-189.

Para su estudio me centraré en la actividad mercantil que ha dejado mayores rastros documentales: el comercio textil. La elección no es arbitraria, ya que dicho comercio fue el más importante entre los efectuados en las ferias y era el que abarcaba a una mayor y más variada clientela, pues iba desde el comercio de tejidos de lujo, destinados a los grupos sociales poderosos, hasta los de baja calidad y precio, cuyos compradores eran los campesinos, los menestrales de las villas y ciudades, y los pobres⁸. A ello hay que añadir que el acopio textil fue la forma más común de acumulación de riqueza mueble por parte de las poblaciones preindustriales europeas⁹. Inversiones que en el caso de los grupos acomodados, como en los de la Toscana del Renacimiento, suponían el 40% de sus gastos, y gran parte de ellas eran costeadas mediante créditos¹⁰. Tal hecho da aún una mayor importancia económica y social al estudio del crédito al consumo para la compra de tejidos.

I. LAS FERIAS DE MEDINA DEL CAMPO

Aunque el nacimiento de las ferias de Medina del Campo fue a principios del siglo xv, el momento de su mayor auge e importancia internacional hemos de situarlo a partir del último tercio de dicho siglo. Según los datos que se han conservado, el señor de la villa, D. Fernando de Antequera, en una fecha desconocida, que hemos de situar en esos primeros años del siglo xv, concedió el primer privilegio de feria franca con el fin de atraer hacia ella a los mercaderes que pululaban por Castilla. La concesión no fue fruto del azar o de la generosidad del señor, sino que responde a la lógica que estaba generando el clima económico de los territorios de Castilla —especialmente los

⁸ D. ROCHE, *La culture des apparences...* J. BOTTIN y N. PELLEGRIN (ed.), *Échanges et cultures textiles dans l'Europe pré-industrielle*. Lille, 1996.

⁹ R. A. GOLDTHWAITE, "The Empire of Things: Consumer Demand in Renaissance Italy", in F. W. KENT, P. SIMONS y J. C. EADE (eds.), *Patronage, Art and Society in Renaissance Italy*. Oxford, 1987. pp. 153-175. A. SHURMAN, J. DE VRIES. y A. VAN DER WOUDE (eds.), *Material Culture, life-style, standard of living, 1500-1900*. Milán, 1994. D. ROCHE, *Histoire des choses banales : naissance de la consommation dans les sociétés traditionnelles (XVII^e-XIX^e siècle)*. París, 1997. H. CASADO ALONSO, "Al uso de Flandes". Cultura material y comercio artístico de la oligarquía burgalesa en los siglos xv y xvii", in L. S. IGLESIAS ROUCO, R. J. PAYO HERNANZ, M. P. ALONSO ABAD (coords.), *Estudios de historia y arte: homenaje al profesor D. Alberto C. Ibáñez Pérez*. Burgos, 2005. pp. 155-159. J. D. GONZALEZ ARCE, *Apariencia y poder. La legislación suntuaria castellana en los siglos xiii y xv*. Jaén, 1998. J. A. NIETO SÁNCHEZ, *Artisanos y mercaderes. Una historia social y económica de Madrid (1450-1950)*. Madrid, 2006. pp. 29-30. A. ALVAREZ-OSSORIO ALVARINO, "Rango y apariencia. El decoro y la quiebra de la distinción en Castilla (siglos xvi-xviii)", *Revista de Historia Moderna*, 1998, n.º 17, pp. 263-278.

¹⁰ C. C. FRICK, *Dressing Renaissance Florence. Families fortunes and fine clothing*. Baltimore, 2002. pp. 95-114. V. PINCHERA, *Lusso e decoro: vita quotidiana e spese dei Salviani di Firenze nei sei e settecento*. Pisa, 1999. pp. 67-92.

del valle del Duero y Andalucía— en esos años. Aumentaba la población, crecían la agricultura y la ganadería, se diversificaban sus actividades artesanales y se comerciaba abundantemente. Al dar privilegios de exención de impuestos, D. Fernando de Antequera y sus sucesores, los monarcas castellanos, querían obtener más ingresos para sus haciendas particulares, al tiempo que intentaban rivalizar con las grandes ferias de este siglo xv y del anterior: las ferias de Valladolid.

No ha de extrañarnos, pues, que a lo largo de los dos primeros tercios de dicho siglo, la actividad ferial de Medina del Campo esté en un crecimiento continuo. A su éxito contribuyeron el citado apoyo real y la política de los regidores de la villa para organizar de manera eficaz los intercambios y las transacciones, proveyendo buenos aposentamientos y posadas para los comerciantes que allí acudían, estableciendo una regulación por calles de los diferentes tratos, disponiendo de buenos abastecimientos de provisiones y alimentos, y estableciendo un sistema eficaz de vigilancia durante el tiempo que duraba la feria. Estas se celebraban durante dos períodos del año, en mayo (treinta días después de Pascua) y en octubre (1 de octubre), siendo su duración de 50 días ¹¹.

Junto a ellas estarán las ferias de Medina de Ríoseco y Villalón. Ambas fueron creadas y consolidadas por los señores de dichas villas en 1423 y 1474. Tenían, también, dos fechas de celebración: Ríoseco (una feria de 20 días a partir del lunes de Quasimodo —la feria de Pascuilla— y otra de 30 días en agosto); y Villalón (la gran feria de Cuaresma, vital para el comercio de pescado en toda la España interior, y la menos importante de S. Juan) ¹².

Estas tres grandes plazas feriales se convirtieron pues, a partir de finales del siglo xv, en los vehículos de comercialización de las mercancías intercambiadas en la mayor parte de Castilla. El progresivo escalonamiento de su celebración, a lo largo de los meses del año y del calendario agrícola, permitía que allí acudieran a comprar y vender mercaderes y campesinos de

¹¹ B. YUN CASALILLA, *Ferias y Mercados*. Valladolid, 1987. M. A. LADERO QUESADA, *Las ferias de Castilla. Siglos xii a xv*. Madrid, 1994. A. RUCQUOI, *Valladolid en la Edad Media*. Valladolid, 1987. Vol. II. pp. 397-403. M. I. DEL VAL VALDIVIELSO, “Valladolid y las villas de su entorno en el tránsito de la Edad Media a la Moderna”, in *Valladolid. Historia de una ciudad*. Valladolid, 1999. Vol. I. pp. 217-242. C. ESPEJO DE HINOJOSA y J. PAZ ESPESO, *Las antiguas ferias de Medina del Campo*. Valladolid, 1912.

¹² J. T. RODRIGUEZ DE DIEGO, *Las ferias de Villalón de Campos en el siglo xv*. (memoria de licenciatura inédita). Universidad de Valladolid, 1985. I. BECEIRO PITA, *El Condado de Benavente en el siglo xv*. Benavente, 1998. pp. 272-279. P. MARTINEZ SOPENA, *El Estado señorial de Medina de Ríoseco bajo el almirante Alfonso Enríquez (1389-1430)*. Valladolid, 1977. pp. 153-157. B. YUN CASALILLA, *Sobre la transición al capitalismo en Castilla. Economía y sociedad en Tierra de campos (1500-1830)*. Valladolid, 1987.

todas partes: desde Galicia y la cornisa cantábrica, hasta el valle del Duero, Portugal, Aragón, Valencia, Cataluña, Navarra, Toledo, la Mancha, zonas de Andalucía y Murcia. Su papel de centro de redistribución sólo era comparable con el que ejercía en esos mismos años Sevilla para todo el sur de España, Canarias, norte de África y América. En suma, toda aquella persona, castellana o extranjera, que quisiera hacer tratos mercantiles de cierta importancia en la Península Ibérica debía de acudir a estas ferias.

Pero, para que estas ferias, especialmente las más importantes, las dos de Medina del Campo, superaran en volumen de negocios al resto de las otras ferias rivales de Castilla era necesario que contaran con el apoyo de los grandes comerciantes internacionales. Este va a venir de la mano de los burgaleses, los mayores y más poderosos mercaderes y financieros que había en esos años en Castilla y, también, unos de los más importantes de Europa. Al poseer contactos con múltiples mercados del mundo y conocer las más modernas técnicas mercantiles y financieras del momento, hicieron que las ferias de Medina del Campo no solo fueran un centro de intercambios de escala comarcal o regional, sino internacional. Fruto de ello es que, a finales del siglo xv, en pleno reinado de los Reyes Católicos, acudieran todo tipo de mercaderes españoles y extranjeros: del País Vasco, Segovia, Salamanca, La Rioja y Valdezaray, Navarra, Cuenca, Toledo, Ciudad Real, Extremadura, Córdoba, Valencia, Aragón, Barcelona y Perpiñán. Igualmente, es numerosa la presencia de comerciantes de Lisboa y, sobre todo, de las villas portuguesas del interior. Junto a ellos, se encuentra una abundante colonia de italianos (genoveses, milaneses y florentinos) y flamencos, no siendo, tampoco, extraña la presencia de franceses, ingleses y alemanes. Cosmopolitismo que se prolongará durante gran parte del siglo xvi.

Pero la primacía de las Ferias Generales de Medina del Campo, Villalón y Medina de Ríoseco sobre el resto de ferias y mercados de Castilla, de otros reinos de España e, incluso, de Portugal vino impulsada por su conversión en *Ferías de Pago*. Frente a las pretensiones de otras ciudades y plazas de cambio, los Reyes Católicos y, posteriormente, Carlos V establecieron que fueran, también, los centros de recepción de los pagos privados y públicos habidos en Castilla y el lugar de compensación y giro de letras de cambio hechas en el país y con el extranjero. Para ello, algunas de dichas ferias (las de mayo y octubre de Medina del Campo, cuaresma de Villalón y agosto de Ríoseco) incardinaron sus calendarios y mecanismos de pago con los existentes en las ferias de Brabante y, más tarde, con los de Lyon. De esta manera, los giros de letras de cambio emitidos en cualquiera de ellas podían ser cobrados en las correlativas de otras partes de Europa. Su éxito fue tal que eclipsaron a partir de principios del siglo xvi a todas las otras plazas de cambio existentes en la Península Ibérica, al mismo tiempo que se convertían en unas de las más

importantes ferias de pagos de Europa. Pero, en consecuencia, al generar un gran volumen de negocio de dinero y créditos —la llegada de los metales preciosos de América aumentó aún más su protagonismo— incrementó el número de intercambios de mercancías y servicios¹³. En suma, uno de los pilares de la economía española desde finales del siglo xv hasta el segundo tercio del xvi estuvo, en gran medida, en estas cuatro grandes ferias de pagos y de mercancías.

A su vez, estas Ferias Generales estaban plenamente conectadas con la multitud de ferias y mercados locales que, a lo largo del interior peninsular, hubo en los siglos xv y xvi. Por un lado, tendríamos un grupo de ferias de ámbito comarcal y regional, como las de Benavente, Valladolid, León, Mansilla, Salamanca, Alba, Béjar, Piedrahita, Trujillo, Plasencia, Tendilla, Mondejar, Montiel, Zafra, Alcalá de Henares, Daroca, Cardona, Murviedro, etc.¹⁴. Y junto a ellas, la enorme proliferación de mercados locales, de carácter semanal o mensual, dotados de privilegios de exención de impuestos. Ferias y Mercados, estaban fuertemente interconectados e, incluso, algunos se especializaron en determinados momentos del año o en algunos productos particulares, tejiendo una tupida red comercial en todo el territorio peninsular. A través de ella circulaban las mercancías más variadas, desde las de origen extranjero hasta las locales, permitiendo que la población pudiera abastecerse de alimentos y, sobre todo, de manufacturas. Por otro lado, en el éxito de las redes de ferias y mercados hay que tener en cuenta que no sólo actuaron como puntos de actividad comercial, sino también fueron uno de los elementos de sociabilidad más importantes en la vida de la población preindustrial¹⁵.

¹³ F. HASSAN ABED AL-HUSSEIN, *Trade and Business community in Old Castile: Medina del Campo 1500-1575*. East Anglia, 1982 (Traducción española in E. LORENZO SANZ (coord.), *Historia de Medina del Campo y su tierra*. Valladolid, 1968. Vol. II. pp. 5-266). F. RUIZ MARTÍN, “La banca en España hasta 1782”, in *El Banco de España. Una historia económica*. Madrid, 1970. pp. 1-196. H. CASADO ALONSO, “Comercio, crédito y finanzas públicas en Castilla en tiempos de los Reyes Católicos”, in A. M. BERNAL (ed.), *Dinero, moneda y crédito en la monarquía hispánica*. Madrid, 2000. pp. 135-156. F. RUIZ MARTÍN, “Orígenes del capitalismo en Castilla”, in *El tratado de Tordesillas y su época*. Madrid, 1995. Vol. I. pp. 177-196. H. CASADO ALONSO, “Medina del Campo: Feria internacional de pagos en tiempos de Isabel la Católica”, in *Comercio, Mercado y Economía en tiempos de la Reina Isabel. Catálogo de la exposición del V Centenario de la muerte de Isabel la Católica*. Museo de las Ferias, Medina del Campo, 2004. pp. 245-249.

¹⁴ M. A. LADERO QUESADA, *Las ferias de Castilla...* M. J. PEREZ ALVAREZ, *Ferias y mercados en la provincia de León durante la Edad Moderna*. León, 1998. H. R. OLIVA HERRER, “La industria textil en Tierra de Campos a fines de la Edad Media”, *Studia Historica. Historia Medieval*, 18-19 (2000-2001), pp. 225-251. E. VICEDO (ed.), *Fires, mercats i món rural*. Lérida, 2004.

¹⁵ F. RUIZ MARTÍN, “Crédito y banca, comercio y transportes en la etapa del capitalismo mercantil”, *Actas de las I Jornadas de Metodología Aplicada de las Ciencias Históricas*. III. *Historia Moderna*. Vigo, 1975. pp. 725-749. J. FRESNO, *Ferias y mercados en Castilla y León*. Valladolid, 1993. E. VICEDO (ed.), *Fires, mercats...* J.-M. MINOVEZ y P. POUJADE (eds.), *Circulation des marchandises et réseaux commerciaux dans les Pyrénées (XIIIe-XIXe siècles)*. Toulouse, 2005.

No ha de extrañarnos, pues, que ante tanta afluencia de personas, mercancías y dinero, las ferias castellanas y, especialmente, las de Medina del Campo actuaran como grandes centros redistribuidores del comercio a lo largo y ancho de toda la Península Ibérica y América, al mismo tiempo que fueran los grandes puntos de ventas al por menor para un sin número de personas de Castilla. Aunque no existen muchos documentos que permitan cuantificar el volumen y la estructura de las transacciones que se desarrollaban en las ferias, podemos establecer que los principales objetos de intercambio en las de Medina del Campo, a fines del siglo xv y durante todo el siglo xvi, fueron la lana, las especias, los libros y, sobre todo, los tejidos y el dinero ¹⁶.

Su negociación estaba perfectamente regulada por las autoridades municipales de la villa desde las “*Primeras Ordenanzas de Aposentamiento de Ferias*” de 1421. Estas establecen, con todo lujo de detalles, donde se debían de colocar y alojar todos aquellos mercaderes que acudieran según el tipo y procedencia de las mercancías a vender. Situación que se mantuvo, con algunas pequeñas variaciones durante todo el siglo xvi en las sucesivas regulaciones ¹⁷. El sistema estaba destinado, teóricamente, a garantizar la buena comercialización de los géneros que se vendían en las ferias, ya que al distinguir por calles donde debían de estar los puestos de venta y exigir, al mismo tiempo, que sus comerciantes se alojaran obligatoriamente en dichas casas, se velaba para que no hubiera engaños al consumidor, que así tenía garantías acerca de qué tipo de productos compraba. Pero, de la misma manera, éstas regulaciones garantizaban a los propietarios de los inmuebles urbanos, muchos de ellos pertenecientes a la oligarquía local, unos saneados y seguros ingresos mientras duraba la feria.

Así, por ejemplo, en 1491 los mercaderes burgaleses Andrés de Escobar y Juan del Hospital acordaron con Diego de Quirós dos aposentamientos durante 20 ferias por la elevada suma de 10.000 maravedíes por cada

¹⁶ F. HASSAN ABED AL-HUSSEIN, *Trade and Business...* in E. LORENZO SANZ (coord.), *Historia de Medina del Campo...* Vol. II, pp. 13-122. A. ROJO VEGA, “El negocio del libro en Medina del Campo. Siglos xvi y xvii”. *Investigaciones Históricas*, 7 (1987), pp. 17-26. A. ROJO VEGA, “Los grandes librerías españoles y América”. *Cuadernos Hispanoamericanos*, 500 (1992), pp. 115-131. A. ROJO VEGA, “Comercio e industria del libro en el Noroeste peninsular”, in *El Libro Antiguo Español*, 2 (1992), pp. 425-430. S. AGUADÉ NIETO, “La llegada de la imprenta y el primer comercio del libro impreso”, in *Comercio, Mercado y Economía en tiempos de la Reina Isabel...* pp. 161-178.

¹⁷ C. ESPEJO DE HINOJOSA y J. PAZ ESPESO, “Documentos para ilustrar la historia de las ferias de Medina del Campo”, *Boletín de la Sociedad Castellana de Excursiones* (1912), pp. 437-444. A. SÁNCHEZ DEL BARRIO, *Estructura urbana de Medina del Campo...* pp. 51-58. H. R. OLIVA HERRER, *Abastecimiento local y comercio cotidiano en Medina del Campo a fines de la Edad Media. Las ordenanzas del peso*. Medina del Campo, 2005.

feria¹⁸. Esa misma lógica especulativa es la que llevó al regidor de Burgos y gran mercader internacional, Don Diego de Soria, a poseer, según sus cuentas de 1499, unas casas en la calle más importante de la villa, la denominada La Rua, que le rentaban 35.000 maravedíes al año. Para ello, primeramente, había adquirido a su anterior propietario el censo que sobre ellas recaía, luego las rehizo y las agrandó con la compra de unos solares delante de S. Francisco. Para todo ello, dice que se gastó un millón de maravedíes. Pero su política inmobiliaria no se limitó exclusivamente a esta inversión, también compró 28 aranzadas de viñas, una bodega y 11.000 maravedíes de censo sobre siete casas de Medina del Campo y alrededores por valor de 268.000 maravedíes¹⁹. En suma, invertir en bienes inmuebles en la villa era altamente rentable para aquellos que, como Diego de Soria, poseían abundantes caudales, ya que la demanda de habitaciones, locales de venta y de almacenamiento se disparaba ante el auge de las ferias y la acumulación de personas que a ellas acudían.

No ha de extrañarnos, ante estas cifras, que unas de las quejas más frecuentes de los comerciantes foráneos que acudían a Medina del Campo fueran los altos alquileres que se cobraban y la escasez de casas y almacenes para alojarse y guardar las mercancías. Por ello, durante gran parte de los siglos xv y xvi el convento de San Francisco se utilizó durante los periodos de feria como lugar de depósito para las mercancías que traían los comerciantes, empleándose un amplio salón destinado al efecto por el concejo²⁰.

II. EL COMERCIO TEXTIL EN LAS FERIAS DE MEDINA DEL CAMPO

Tal como he dicho, si dejamos fuera la negociación bancaria y las transacciones de dinero, el comercio textil centraba una parte apreciable de la actividad mercantil de la villa, tanto en época ferial como fuera de ella. Los datos fiscales indican su importancia, ya que a fines del siglo xv sólo los impuestos cobrados por la venta de los paños castellanos —los vendidos en las Cuatro Calles— representan el 30% del valor total de las alcabalas medi-

¹⁸ ARCHIVO DE LA REAL CHANCILLERÍA DE VALLADOLID (ARCHV). Pleitos civiles. Fernando Alonso (Fenecidos). Caja 768-1.

¹⁹ ARCHIVO DE LOS MARQUESES DE BARRIO LUCIO. *Libro de las compras de las heredades e censos de pan e dineros e de juros fechos por Diego de Soria, vecino e regidor desta çibdad de Burgos que se hiso el año de 1499, sacados de otros libros fechos antes deste año*. ff. 12 y 12^o. Agradezco al investigador D. Juan José Clopés haberme facilitado amablemente dicha información.

²⁰ C. ESPEJO DE HINOJOSA y J. PAZ ESPESO, *Las antiguas ferias...* pp. 176-177.

nenses, el 20 % durante los años 1508 a 1537 y el 27% en el segundo cuarto de siglo²¹. Su comercialización estaba regulada por sucesivas pragmáticas que sobre la venta de paños y lienzos dieron los monarcas, comenzando con la de los Reyes Católicos en Medina del Campo en 1494, que recogió gran parte de la legislación anterior. En ellas se indica con claridad cómo se han de vender de manera separada los diferentes tipos de tejidos de lana, seda, algodón y lino, procurando velar para que no se cometieran fraudes ni en lo relativo a medidas, tipo de ligaduras, tinturas, mezcla de fibras, acabado, etc.²². Legislación acorde, en cierto sentido, con la que en esas mismas fechas se está haciendo sobre el obraje de paños en la industria textil²³.

En estas páginas me centraré en estudiar sus características durante la primera mitad del siglo XVI, merced a contar, aparte de la legislación anteriormente citada, con una múltiple y rica documentación. Disponemos de algunas ordenanzas, varios libros de contabilidad e inventarios de mercaderes, bastantes relaciones de deudas de comerciantes, algunos libros de cuentas de tenderos y varios contratos de compañías mercantiles, amén de numerosos pleitos judiciales pasados ante la Real Chancillería de Valladolid entre pañeros, lenceros, sederos, merceros, cordoneros, sastres, etc.²⁴.

A través del análisis de dicha documentación, sabemos que la oferta de productos textiles comercializados en Medina del Campo durante la primera mitad del siglo XVI fue amplia y variada. Abarcaba tanto tejidos nacionales, como gran número de extranjeros. Entre los primeros, destacaban los de lana, que iban desde los de alto precio —contrays, refinós, velartes, treintenos, veinticuatrorenos y veintidosenos de Segovia, Toledo y Cuenca—, los de tipo medio —perpiñanes de Cataluña, veintenos y dieciochenos de Cuenca, Segovia, Toledo, Ávila, Piedrahita, Ciudad Real, Aragón y Cameros— y los baratos —los catorcenos, burieles, sargas, bernias, cordellates, pardillos, papales, frisas y frisetas de Ávila, Palencia, Dueñas, La Nava, Tordesillas, Valladolid, Burgos, Logroño, etc. En suma, una amplia variedad según las ligaduras, que se incrementaba de acuerdo al valor añadido que suponían los

²¹ F. HASSAN ABED AL-HUSSEIN, *Trade and Business...* pp. 54-55.

²² *Comercio, Mercado y Economía en tiempos de la Reina Isabel...* pp. 76-77. Para una época anterior, ver H. CASADO ALONSO, "Religiosidad y comercio en el siglo XIV. La cofradía de tenderos de paños de Burgos", in C. M. REGLERO DE LA FUENTE (coord.), *Poder y Sociedad en la Baja Edad Media Hispánica. Estudios en homenaje al profesor Luis Vicente Díaz Martín*. Valladolid, 2002. Vol. 1. pp. 357-374.

²³ P. IRADIEL MURUGARREN, *Evolución de la industria textil castellana en los siglos XIII-XVI*. Salamanca, 1974.

²⁴ Una buena relación de estos documentos, amén de una excelente guía de investigación es el libro de A. ROJO VEGA, *Guía de mercaderes y mercaderías en las Ferias de Medina del Campo. Siglo XVI*. Medina del Campo, 2004.

colores con que estaban teñidos los tejidos. Junto a ellos, en el mercado medinés había una amplia gama de textiles extranjeros: de Flandes (contrays, sargas, arbinés, tunes, paños de diferentes quarteles, bocacines, ultrafinos, sanbertines, anascotes, armentiers y frisas), de Inglaterra (londres), de Francia (ruanes), y de Italia (rajas). En suma, había paños de muy diferentes precios, ligaduras, colores y calidades, suficientes para satisfacer a todas las demandas y gustos de los diversos grupos sociales.

Junto a los paños, el otro gran comercio textil desarrollado en Medina del Campo era el de los lienzos. La lencería local era, por lo general, de mala calidad y apenas salía de los circuitos domésticos. Los lienzos portugueses, que en ocasiones aparecen en el mercado medinense, eran también bastos. De ahí la fuerte penetración de la lencería extranjera en las ferias de Medina del Campo y, por extensión, en España y América para confeccionar manteles, camisas, ropa interior, cojines, colchas y ropa de cama. Cronológicamente los primeros lienzos en aparecer en el mercado medinense fueron los de los Países Bajos que suponían el 44 % de todos los tejidos exportados a la Península Ibérica por dichos territorios a mediados del siglo XVI²⁵. Aquí encontramos lienzos de Holanda, Audenarde, Brabante, Hainaut, más algunos otros procedentes de Calicud y Ruán. Todos ellos aparecen citados en Medina desde finales del siglo XV, pero desde entonces su comercio va a ir en aumento, hasta llegar a mediados del siglo siguiente en el que irrumpen de manera triunfadora los lienzos bretones de la mano de multitud de compañías importadoras castellanas, siendo una de las más importantes la de los Ruiz²⁶. También de procedencia extranjera eran los tejidos de algodón (fustanes y cotonias), generalmente comercializados por los mismos mercaderes que venden lienzos. Estos mismos eran los que, también, comercializaban las mantas, cobertores y frazadas de Palencia, Burgos y de otras partes. En la cúspide de los tejidos estaban los fabricados en seda. Aquí, nos encontramos con rasos, tafetanes, damascos y terciopelos de Granada, Toledo, Valencia, Florencia y Génova, aunque, también, no es raro ver cómo se vende seda no tejida (en hilo, en madeja y seda morisca en bruto y al peso).

²⁵ L. BRIL, *De handel tussen de Nederlanden en het iberisch schiereiland (midden XVI eeuw)*. Gantet, 1962. J. A. GORIS, *Étude sur les colonies marchandes méridionales (Portugais, Espagnols, Italiens) à Anvers de 1488 à 1567*. Louvain, 1925. H. CASADO ALONSO, “La nation et le quartier des Castellans de Bruges (XVe et XVIe siècle)”, in J. BOTTIN y D. CALABI (eds.), *Les étrangers dans la ville. Minorités et espace urbain du bas Moyen Âge à l'époque moderne*. París, 1999. pp. 365-376. R. FAGEL, *De Hispano-Vlaamse Wereld. De contacten tussen Spanjaarden en Nederlanders, 1496-1555*. Brussel, 1996.

²⁶ H. LAPEYRE, *Une famille des marchands...* H. CASADO ALONSO, “Le commerce des “marchandises de Bretagne” avec l’Espagne au XVIe siècle”, en A. ANTOINE (ed.), *Les activités textiles dans l’Ouest XVIe-XIX e siècles*. Número especial de *Annales de Bretagne et des Pays de l’Ouest*. Tomo 107, n.º 2, 2000, pp. 29-50.

Relacionado con el comercio textil, aunque con particularidades propias, existía también en la villa de Medina del Campo un intenso trato de mercería. Los inventarios de algunas de sus tiendas señalan cómo éstas tenían mercancías muy diversas: bolsas, sombreros y gorros, cintas, cordones, cuentas, botones, espejos, estuches, cuellos, puños y manguitos, guantes, hilos de diversa suerte y procedencia, brocados, bordados, encajes, agujas, alfileres, cuchillos, etc. Gran parte de ellos eran de procedencia extranjera, especialmente de los Países Bajos y de Francia. Y, junto a todos estos tejidos, otros de los productos comercializados en grandes cantidades en las Ferias de Medina fueron las alfombras y, especialmente, los tapices. Estos últimos —con temas de figuras, vegetales (verduras) o de armas— procedían de Flandes y se empleaban para cubrir las paredes, en otros casos para hacer cojines y para cubrir asientos, para antepuertas, como colgaduras y cielos de las camas, para reposteros, para paramentos de ras, etc²⁷. En suma, la oferta textil en el mercado de Medina del Campo durante la primera mitad del siglo XVI fue amplísima²⁸.

Mas, ¿cómo se organizaba la comercialización de dichos productos textiles? En primer lugar, hay que señalar el sinnúmero de mercaderes que acudían a las ferias a vender directamente sus productos al por mayor. Dentro de ese amplio grupo de agentes, hemos de contar a los comerciantes importadores de tejidos extranjeros. En esta época los más poderosos eran los burgaleses, los grandes mercaderes internacionales castellanos. Asentados desde la edad media en las principales plazas europeas, donde controlaban las colonias mercantiles castellanas allí establecidas, dedicaban una parte importante de sus negocios al comercio de tejidos procedentes de España, Inglaterra, Países Bajos, Alemania, Francia e Italia, para exportarles a la Península Ibérica, a América y a otras partes de Europa²⁹. En Castilla, uno de sus principales puntos de comercialización fueron las ferias de Medina del Campo.

Un buen ejemplo de ello es el de la empresa de Sancho Gallo, perteneciente a una extensa familia de comerciantes asentados en diversas ciudades

²⁷ H. CASADO ALONSO, "Al uso de Flandes". Cultura material y comercio artístico... C. PARTEARROYO LACABA, "Comercio textil en las Ferias de Medina del Campo", in *Comercio, Mercado y Economía en tiempos de la Reina Isabel...* pp. 69-72.

²⁸ Otro tanto se puede decir del de Valladolid. Ver a este respecto, B. BENNASSAR, *Valladolid en el Siglo de Oro. Una ciudad de Castilla y su entorno agrario en el siglo XVI*. Valladolid, 1983. pp. 55-91 y 417-310. A. ROJO VEGA, *El Siglo de Oro: inventario de una época*. Valladolid, 1996. M. GARCÍA FERNÁNDEZ, "Familia y cultura material en Valladolid a mediados del siglo XVI. Entre el nacimiento y la muerte", in J. L. CASTELLANO CASTELLANO y F. SÁNCHEZ-MONTES GONZÁLEZ, *Carlos V. Europeísmo y diversidad*. Madrid, 2001. Vol. IV. pp. 275-296.

²⁹ H. CASADO ALONSO, *El triunfo de Mercurio. La presencia castellana en Europa (siglos XV y XVI)*. Burgos, 2003.

castellanas y, de forma especial, en Burgos y Brujas. Este, en 1527, había formado una compañía con otros comerciantes castellanos y vascos para importar tejidos de Flandes, Inglaterra, Burdeos y Bretaña, a cambio de exportar hacia dichos destinos pastel de Toulouse y, en menor medida, cueros y pimienta. Entre su contabilidad, está el libro que todo comerciante llevaba para anotar sus negocios feriales: su *Libro de Ferias* de 1527³⁰. Según dichas cuentas había vendido, por menudo y al por mayor, tejidos por la elevada suma de 2.715.433 maravedíes, de los cuales el 89% procedían de Flandes, seguidos de los ingleses. Sus compradores fueron otros pañeros procedentes de 25 lugares distintos de Castilla y Portugal. Otro ejemplo parecido es el de la sociedad formada por los mercaderes de Medina del Campo, Valladolid y Burgos, Fernando de Daza Medina, Pedro y Diego de Aranda. Dicha compañía, durante los años 1535 y 1536, se dedicaba a importar desde Flandes, por medio de su socio Arnao del Plano, grandes cantidades de sargas, holandas, brabantas, lienzos de Calicud, manteles, fustanes, arbines, tapicerías y cojines que habían vendido en las ferias a una extensa clientela procedente de toda España por un monto de dinero superior a los 7 millones de maravedíes anuales³¹. Ambos casos son, pues, reveladores de las empresas castellanas, formadas por grandes comerciantes internacionales, que se encargaban de importar tejidos extranjeros, que, a su vez, vendían en las ferias a otros pañeros, a *mercaderes de ferias*, a *mercaderes andantes en corte* o a simples buhoneros y *regatones*, que los redistribuían por toda la Península Ibérica a través de la multitud de ferias y mercados locales existentes.

De la misma manera, la presencia de mercaderes vendiendo paños de Aragón fue, también, habitual en las ferias de Medina del Campo. Así, en la feria de octubre de 1514 los hermanos Santa Cruz de Calatayud vendieron tejidos por valor de 405.490 maravedíes y un año más tarde por la suma de 445.646 maravedíes. Negocios que continuaron posteriormente otros parientes, asociándose para ello con el mercader de Perpiñán Antonio Fabra en 1524³². Sociedad entre aragoneses y catalanes que volvemos a encontrar en 1535 con los comerciantes de Zaragoza Juan Calvete y Miguel Mazariego con Juan Roquer de Barcelona para vender paños de Zaragoza y Calatayud en las ferias³³. Acuerdos que indican, al mismo tiempo, la continua presencia en

³⁰ H. CASADO ALONSO, "La gestion d'une entreprise de commercialization du pastel toulousain au début du XVIe siècle", en F. BRUMONT (ed.), *Le commerce du pastel, de la laine et des draps, XIVe-XVIe siècles*. Número especial de *Annales du Midi, Revue de la France méridionale*. Tomo 113, n.º 236, 2001. pp. 457-479.

³¹ ARCHIVO MUNICIPAL DE VALLADOLID. Hospital de Esgueva. Caja 314. Leg. 30-30.

³² F. HASSAN ABED AL-HUSSEIN, *Trade and Business...* p. 59.

³³ ARCHIVO HISTORICO PROVINCIAL DE VALLADOLID. Protocolos, 7847.

Medina del Campo de mercaderes barceloneses y de Perpiñán para vender aquí sus paños: los denominados *perpiñanes*³⁴. Por el contrario, los terciopelos, tafetanes y rasos de Valencia fueron comercializados en las ferias, principalmente, a través de los mercaderes toledanos, muy presentes en Medina del Campo en esta época. Lo mismo ha de decirse de las sedas de Toledo y Granada.

Pero, junto a los tejidos de procedencia extranjera y de otras partes de España, Medina del Campo fue, sobre todo, la gran plaza comercializadora de los paños castellanos. Estos, como señalé antes, fueron desde finales del siglo xv los más vendidos y, por otro lado, los que gozaban de una mayor y variada clientela. Aprecio que se fue acrecentando conforme avanza el siglo xvi, cuando consiguieron arrinconar al resto de tejidos de lana de otras procedencias. Las citadas *Ordenanzas de Aposentamiento de Ferias* de 1421 y las posteriores regulaciones señalan que mientras la venta de los paños mayores y de procedencia extranjera debía de hacerse en la Rua —al lado de los cambistas—, el resto debía de hacerse obligatoriamente en la zona denominada las Cuatro Calles (Cuenca, Toledo, Segovia y Palencia), según la procedencia de ellos. Según el pleito provocado por las disputas contra el monopolio del alquiler de las casas y de los aposentos de dichas calles, en 1527 acudieron a la feria de mayo 47 mercaderes pañeros de Segovia, 37 de Rioja y Valdezcaray, 10 de Medina de Ríoseco, 3 de Riaza, 1 de Tordehumos, 1 de St.^a María de Nieva, 5 de Ávila, 10 de Toledo, 4 de Ciudad Real, 6 de Dueñas, 3 de Tordesillas, 5 de Palencia y 2 de Valladolid³⁵. No se citan, quizás por estar representados por otros en este pleito, a ningún pañero de Cuenca, de los que hay constancia, por otros documentos, de su fuerte presencia en Medina del Campo.

La actividad comercial de algunos de estos comerciantes, parte de los cuales eran también mercaderes/fabricantes, consistía en vender directamente en las ferias a aquellos cuantos acudieran a ellas, pero preferentemente a otros mercaderes revendedores, ya que por lo general vendían al por mayor, por piezas, no por varas. Esto es, por ejemplo, lo que acordaron los mercaderes segovianos Francisco de Peñafiel y Francisco de Morales al firmar un contrato de compañía en 1523 por una duración de 6 años, mediante el cual el primero se encargaba de las labores de la compra de los tejidos entre los pañeros de Segovia y el segundo de venderlos en las ferias³⁶. Pero, también,

³⁴ F. HASSAN ABED AL-HUSSEIN, *Trade and Business...* pp. 59-60. A. GARCÍA ESPU-CHE., *Un siglo decisivo. Barcelona y Cataluña, 1550-1640*. Madrid, 1998, pp. 360-377.

³⁵ C. ESPEJO DE HINOJOSA y J. PAZ ESPESO, *Las antiguas ferias de Medina del Campo...* pp. 214-225. ARCHV. Pleitos civiles. Taboada (Fenecidos) Caja 1119-2.

³⁶ ARCHV. Pleitos civiles. Pérez Alonso (Fenecidos). Caja 677-1.

su negocio consistía en proveer de tejidos a los tenderos de Medina. No es extraño que en las relaciones de acreedores de algunos de ellos, de las décadas de los años 1520 y 1530, nos encontremos a los mismos que pleitearon en 1527: los segovianos Diego de Ortega, Antonio Ortiz, Juan de Riofrío, Alonso de Madrigal, Esteban y Jerónimo de Bonifaz, Francisco de La Puente o Antón Merinero; Juan de Santiago y Marcos Diez de Ávila; Francisco de Tordesillas de Tordesillas; Francisco de Medina y Diego de Salas de Dueñas; Diego y García de Roa y Juan de La Vega de Palencia; Juan de Valladolid, Juan de Udala, Pedro y Juan Mateo, Juan de Plasencia de Ezcaray; los González de Torrecilla de Cameros; Gabriel, Hernando y Álvaro de la Torre, Juan y Diego de Illescas, Alonso Álvarez Husillo de Toledo. A todos ellos habría de añadirse la poderosa familia de mercaderes pañeros de Cuenca, los Pedraza.

El comercio textil al por menor era ejercido por los tenderos de Medina del Campo. Estos eran los que poseían establecimiento fijo en la villa y vendían tanto en la época de la feria como fuera de ella. En general estaban especializados, eran pañeros, lenceros, sederos o merceros, aunque no es raro que comerciaran con diferentes tipos de tejido al mismo tiempo. Conocemos determinadas características de su negocio, durante la primera mitad del siglo XVI, a través de inventarios y relaciones de deudas de algunas tiendas, restos conservados de una mínima parte de los establecimientos existentes entonces en Medina del Campo³⁷. Pero, aún más, disponemos de una serie de pleitos sustanciados a iniciativa del arrendador de la alcabala de los paños contra ciertos mercaderes que disponían de tiendas de paños en Medina³⁸ y, aún más, de la contabilidad de una de ellas, la de la tienda de paños de Felipa González, viuda de Alonso Leal, que abarca desde el primero de marzo de 1526 hasta el 27 de mayo de 1530³⁹.

De la misma manera, la documentación indica el enorme volumen de negocios que tenían estos tenderos. Así, el tendero Alonso de Portillo dice

³⁷ AHPV. Protocolos. 7890 (Inventario de Antona Rodríguez, lencera. 1519); 7673 (Obligaciones de Antonio Álvarez, lencero. 1532); 7331 (Obligaciones de Hernando de Torres, lencero. 1548); 6098 (Obligaciones de Juan de Medina, lencero. 1549); 7336 (Inventario de la tienda de lencería de María de Ayala. 1552); 7336 (Inventario de la tienda de lencería de Diego Rodríguez. 1552); 7337 (Inventario de la tienda de lencería de Francisco de Medina. 1552); 7847 (Obligaciones de Juan de Saboya y Juan García, merceros. 1536); 6814 (Inventario de la tienda de paños de García de la Peña. 1523); 6692 (Inventario de la tienda de paños de Gutierre de la Peña. 1536); 7850 (Inventario de la tienda de paños de Francisco Rodríguez. 1547).

³⁸ H. R. OLIVA HERRER, *Abastecimiento local y comercio cotidiano en Medina del Campo...* pp. 39-43.

³⁹ ARCHV. Cajas 250-254. Los descendientes de este matrimonio emparentaron con el banquero vallisoletano Luis de Cocón, origen del pleito. Acerca de la quiebra de éste último en 1542, ver F. J. CARRIÓN DE ISCAR., "Negociantes castellanos en la primera mitad del Quinientos. Valladolid sede mercantil", in *Valladolid. Historia de una ciudad*. Valladolid, 1999. Vol. II. pp. 653-667.

que durante el año 1511 había vendido de “paños e sedas e brocados e tapi- cerías e camelotes” a otros comerciantes de Medina del Campo, Ávila, Sala- manca, Segovia, Toledo, etc. por la suma de 1.168.304 maravedíes. En 1523, el mercader de paños García de La Peña —muy posiblemente el padre o sue- gro del anterior— inventaría deudas por la venta de tejidos por valor de 2.008.229 maravedíes. En 1532 el lencero Antonio Álvarez declara que le debían 258.661 maravedíes. Cifras que son superadas por las presentadas por el lencero Juan de Medina, cuya lista de obligaciones alcanzaba en 1549 la suma de 6.984.707 maravedíes. A su vez, la contabilidad de Felipa González Leal registra las ventas de 12.525,37 varas de 164 variedades de paño y ter- ciopelo, tanto españoles como extranjeros, efectuadas en 3.454 operaciones de venta a lo largo de esos más de cuatro años (1526-1530), por un valor de 4.067.939,7 maravedíes.

En suma, vemos el enorme volumen que alcanzó el comercio textil en Medina del Campo, tanto durante los meses de las ferias como a lo largo de todo el año. A su vez, se comprueba cómo dicha plaza fue en el siglo XVI el principal centro de contratación y redistribución de todo tipo de tejidos por la Península Ibérica, con su prolongación en el mercado americano. Pero, su radio de influencia se centró, especialmente, en las zonas de mayor demanda econó- mica en la época. Entonces —frente a lo que ocurre en la actualidad—, el inte- rior peninsular era, junto con Andalucía, el espacio más poblado de España, contando con una densa red urbana, comparable a la de otras zonas de Europa, y era, a su vez, la que contribuía fiscalmente con mayores cantidades a la Coroa. Igualmente, podemos asegurar que el mercado medinense estaba en aque- llos años muy bien surtido, ofertándose un espectro variado de tejidos, que iba desde los paños, algodones, lienzos y sedas de procedencia extranjera hasta los múltiples nacionales. Podía, pues, satisfacer las demandas de todo tipo de clien- tela, tanto según sus gustos como según sus posibilidades económicas.

Pero este complejo y múltiple sistema, acerca de cómo se efectuaba el comercio textil en las Ferias de Medina del Campo, nos permite avanzar, también, algunas de las características sobre cómo se realizaban las compras, las ventas y, en suma, la redistribución de los tejidos desde la villa a las diver- sas partes de la Península Ibérica y América. Aquí, sólo me centraré en un único aspecto: el uso de crédito en el comercio textil.

III. EL CRÉDITO EN EL COMERCIO TEXTIL DE MEDINA DEL CAMPO

Como podremos ver a continuación, el uso del crédito, en sus múltiples acepciones y variedades, fue común en la compra-venta de tejidos en esta pri-

mera mitad del siglo XVI. Frente a las ventas al contado estaban las ventas al fiado. Como ha señalado L. Torra para los “botiguers de teles” de Barcelona de 1650-1800, estas últimas eran el instrumento mejor para mantener una clientela fiel y estable, ampliar el radio importante de su negocio y, en definitiva, asegurarse futuras compras⁴⁰. Sin embargo, es muy difícil, ante la carencia de cualquier tipo de estadística pública de la época o de fuentes privadas, poder saber cual era la proporción de unas respecto a las otras. Sin embargo, puedo aportar algunas aproximaciones indirectas a dicha pregunta.

La documentación consultada señala que a principios del siglo XVI en los negocios mercantiles se empleaban diferentes instrumentos de crédito. En primer lugar, como es bien conocido, *la letra o la cedula de cambio*, utilizada exclusivamente en el gran comercio internacional y, de manera preferente, para hacer las transferencias de dinero entre las diferentes plazas europeas. Su uso en Medina del Campo fue muy habitual, ya que dicha villa fue uno de los centros más importantes en la negociación cambiaria de Europa durante los siglos XV y XVI. Los comerciantes de tejidos las empleaban para transferir el dinero que se necesitaba para comprar los tejidos adquiridos en el extranjero. Pero, al mismo tiempo, dadas las características de los cambios en la época, estos instrumentos servían para financiar las operaciones comerciales. Negociaban las letras con otros mercaderes o recurrían a los servicios de los numerosos banqueros radicados en la villa. De ahí que muchas veces estos instrumentos se confundían con los préstamos bancarios. De la misma manera, también era frecuente en los negocios realizados entre mercaderes que éstos recurrieran a hacer sus pagos a través de cambistas, aunque desconocemos si dichas transferencias de dinero iban acompañadas de alguna forma de crédito⁴¹. Ejemplos de todo ello son frecuentes en la documentación⁴².

Pero en el comercio de redistribución y al por menor, el que ahora nos interesa, se utilizaban otros instrumentos de crédito. Por un lado, las *cartas de reconocimiento de deuda*, mediante el cual un deudor se compromete a pagar tal suma de dinero en una determinada feria o en un plazo de tiempo fijado. Se formalizaba mediante un documento de tipo privado, un billete, en el que en unas pocas líneas se declaraba la deuda contraída y se firmaba. Sólo

⁴⁰ L. TORRA FERNANDEZ, “Las *botigues de teles* de Barcelona: aportación al estudio de la oferta de tejidos y del crédito al consumo (1650-1800)”, *Revista de Historia Económica*, 2003 (número extraordinario), pp. 98-103.

⁴¹ Así, Juan de la Çera, mercader peynero de Zaragoza, en su pleito con Andrés de Paredes, mercader de Burgos, alegó que en las ferias de mayo y de agosto de 1515 pagó todas sus deudas a través del cambista Francisco de San Pedro, vecino de Valladolid (ARCHV. Pleitos civiles. Pérez Alonso (Fenecidos), Caja 986-02).

⁴² F. HASSAN ABED AL-HUSSEIN, *Trade and Business...* pp. 67-121.

en muy excepcionales circunstancias se protocolizaba y por ello ha llegado a nosotros en muy raras ocasiones, generalmente inserto en las pruebas que se presentaban en los pleitos.

Sin embargo, al igual que en otras partes de Europa⁴³, en los siglos xv y xvi el contrato más empleado en la negociación mercantil castellana y por ende en la compra —venta de tejidos fueron las *cartas de obligación*. Mediante ellas una parte, la compradora, se compromete a pagar al comerciante la cantidad adeudada en el plazo señalado, “*por razon de cierta mercaduria que de vos compramos e recibimos de que somos e nos otorgamos de vos por bien contentos e pagados y entregados a toda nuestra voluntad... so pena del doblo*”, respondiendo de la deuda con sus bienes y persona. A continuación se fijan las condiciones jurisdiccionales, renunciando el deudor a fueros especiales y sometándose en caso de pleito a lo dictaminado por los jueces y alcaldes de la Real Chancillería. De la misma manera, en lo que es interesante desde el punto de vista de la historia de la jurisdicción ferial, en dicho documento se dice que dichas autoridades reales pueden prender al deudor, aunque “*nos hallaren en qualquier de las ferias de Medina del Campo e Medina de Río Seco, Villalón, Venavente, Valladolid, León, Mansilla, Salamanca, Alba, Bejar, Piedrahita, Plazencia, Tendilla, Mondejar e Montiel e Çafra e Alcalá de Henares y en otra qualquier feria o parte que fueros hallado*”. Generalmente, la carta de obligación aparece como un documento al portador utilizado para los préstamos a corto plazo, generalmente para plazos no superiores a dos años, aunque a menudo eran para un par de meses.

Para la realización de dichos contratos circulaban en las ferias cuadernillos impresos e, incluso, hojas sueltas, en las que sólo había que rellenar los nombres de los contratantes, el plazo y la suma de dinero adeudada. En algunos de ellos se anotaba si se habían firmado el documento ante un escribano, aunque en ocasiones he encontrado que esta casilla aparece en blanco. (Ver FOTO) Ello me lleva a pensar que, habitualmente, estos instrumentos crediticios eran simples contratos privados, lo que evitaba los gastos notariales. Incluso, dada la enorme utilización de este tipo de instrumento, que no se corresponde con los documentos conservados en los registros de protocolos, creo que después de haber cumplido su función eran destruidos por los propios escribanos, salvo que hubiera impagos y los consiguientes pleitos. Esto hace imposible poder cuantificar el volumen total de las cartas de obligación que se firmaban en cada una de las ferias, así como de las sumas de dinero manejadas mediante estos contratos. De la misma manera, la situación jurí-

⁴³ P. T. HOFFMAN, G. POSTEL-VINAY y J-L. ROSENTHAL., *Des marchés sans prix: une économie politique du crédit à Paris, 1660-1870*. París, 2001. pp. 30-32.

dica de dicho instrumento crediticio es compleja. Nunca se menciona el interés, apareciendo éste enmascarado bajo diversas formas. Lo más habitual era que el vendedor incrementara el valor total de la venta. Es posible, también, que en determinados casos se encadenaran varias y sucesivas cartas de obligación, para de esa manera incrementar tanto el precio de las mercancías, como para fijar varios plazos de amortización de la deuda.

De la misma manera, conocemos algunos casos de traspasos de cartas de obligación de unas personas a otras, a las que dan carta de poder para cobrar o pagar las deudas⁴⁴. Sin embargo, a partir de la documentación consultada, no estoy aún en condiciones de poder afirmar que hubiera durante la primera mitad del siglo XVI un desarrollado mercado de estos instrumentos de crédito⁴⁵. Sólo, la consulta sistemática de todos los protocolos y pleitos conservados podría arrojar alguna luz sobre el asunto, aunque es posible que tal cosa ya ocurriera en dichas fechas.

Sin embargo, su importancia en el mercado del crédito fue enorme, ya que fueron el instrumento más empleado en el comercio, especialmente en el de redistribución y al detalle. A través de las cartas de obligación se vendían a crédito todo tipo de mercancías, tanto por pequeñas cantidades de dinero a clientes de todo tipo de condición social, desde ricos a campesinos, menestrales y pobres, como por las elevadas sumas que se usaban en los negocios habidos entre los grandes comerciantes con los *mercaderes de ferias*, los *mercaderes andantes en corte*, los regatones y los tenderos⁴⁶.

⁴⁴ Un ejemplo de ello puede ser el siguiente. El 28 de junio de 1493 los mercaderes burgaleses Juan Alonso de Sahagún y Andrés de Escobar firmaron una carta de obligación con el mercader florentino Andrea Velnety, en nombre de los también florentinos Francisco Fabrini y Ulises Magnani, todos ellos residentes en Valladolid, por las mercancías que les habían comprado en la feria de mayo de Medina del Campo de dicho año por la suma de 98.909 maravedíes, a pagar 65.000 en la feria de Villalón y el resto en la de mayo del siguiente año. El 2 de octubre de 1499 dichos comerciantes florentinos admitieron que los burgaleses pudieran traspasar dicho crédito a Alfonso de Quintanilla, del Consejo del Rey, que el 2 de diciembre de dicho año satisfizo la deuda. Sin embargo, la documentación, obviamente por evitar las condenas de la usura, no revela las condiciones de dicho endoso y si en el traspaso de dicha carta de obligación hubo descuentos de dinero (ARCHV. Pleitos civiles. Fernando Alonso (Fenecidos), Caja 768-1).

⁴⁵ J. C. Zofío señala que la cesión de cartas de obligación por parte de los artesanos madrileños, especialmente los sastres, fue habitual en la segunda mitad del siglo XVI y durante el siglo XVII (J. C. ZOFÍO LLORENTE, *Gremios y artesanos en Madrid, 1550-1650. La sociedad del trabajo en una ciudad cortesana preindustrial*. Madrid, 2005. pp. 497-500. J. C. ZOFÍO LLORENTE, "Redes económico-sociales en una economía preindustrial: el crédito en los artesanos madrileños 1550-1650", in *X Simposio de historia económica: análisis de redes en la historia económica*. Bellaterra, 27-29 de Enero de 2005).

⁴⁶ La enorme difusión de las cartas de obligación en el mundo del comercio ferial castellano se refleja en las más de 500 listas de obligaciones que el profesor A. Rojo ha localizado en los protocolos de Medina del Campo del siglo XVI (A. ROJO VEGA, *Guía de mercaderes y mercaderías...* pp. 143-211).

Podemos encontrar varios ejemplos de estos casos en la documentación referente a Medina del Campo. Así, por ejemplo, el citado Libro de Ferias de Sancho Gallo señala que este mercader vendió tejidos en las cuatro ferias de 1527 (incluidas las de Villalón y Ríoseco) por la suma de 2.716.433 maravedíes⁴⁷. De esta cantidad el 55% se dice expresamente que debía de pagarse mediante cartas de obligación a abonar en las ferias siguientes, mientras que al contado sólo se pagó el 3% y el resto mediante trueques de mercancías u otras modalidades que no se indican en la contabilidad. Esa misma situación la constatamos en el caso del mercader toledano, Francisco López de San Ginés, que entre 1517 y 1520 había comprado a crédito, en las ferias de Medina y fuera de ellas, paños y sedas a múltiples mercaderes de Burgos, Toledo y Calatayud. A su vez, este había vendido dicha mercancía a vecinos de los pueblos de alrededor de Toledo. Para hacer tales transacciones todos firmaron cartas de obligación⁴⁸.

El uso masivo de las cartas de obligación en la negociación mercantil se refleja, sobre todo, en los inventarios post-mortem de varios comerciantes de tejidos de Medina del Campo y en diversos pleitos litigados ante la Chancillería, donde en todos ellos se anotan las listas de obligaciones de las que eran acreedores o deudores, ocupando en muchos casos innumerables hojas. Podemos ver varios ejemplos. En primer lugar las del lencero Antonio Álvarez⁴⁹. Este presentó el 12 de marzo de 1532 una lista de 53 cartas de obligación sobre mercaderes localizados en 18 lugares de Castilla y 6 de Portugal por valor de 258.661 maravedíes. Más amplio fue el radio de influencia del, también, lencero Juan de Medina. En 1549 presentó ante la justicia 136 cartas de obligación sobre 121 mercaderes por la elevada suma de 6.984.707 maravedíes. Su distribución abarca toda la península, estando sus mayores deudores en Toledo, Córdoba, Granada, Segovia y Ronda (Ver MAPA 1). En ambos casos todas estas listas de deudas reflejan las relaciones de clientelismo entre los comerciantes de Medina del Campo y los localizados por toda la Península Ibérica. Pero, al mismo tiempo, son el indicador más claro de la gran amplitud del mercado textil de las ferias, mostrando su papel de gran centro de redistribuidor de géneros textiles.

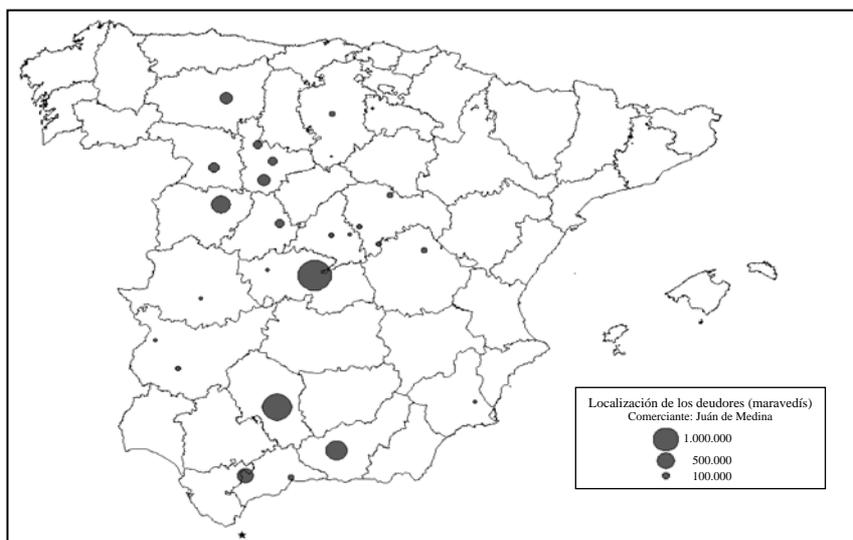
Pero si el recurso a las cartas de obligación como instrumento de crédito mercantil es muy significativo por parte de estos tipos de comerciantes, lo es aún más en el caso de los vendedores al por menor. Si rastreamos la docu-

⁴⁷ En la de Villalón (812.900 mrs.), en la de mayo de Medina del Campo (614.882 mrs.), en la de agosto de Medina de Ríoseco (113.361 mrs.) y en la de octubre de Medina del Campo (1.216.655 mrs.).

⁴⁸ ARCHV. Pleitos civiles. Pérez Alonso (Fenecidos). Caja 1057-2.

⁴⁹ AHPV. Protocolos. 7673.

Mapa 1 Deudores de Juan de Medina, Mercader de Lienzos de Medina del Campo (1549)



mentación judicial que ha dejado uno de los principales tenderos de paños y sedas de Median del Campo en el primer tercio del siglo XVI, García de la Peña, comprobamos tal afirmación. Así, disponemos de 5 cartas de ejecutorías de 1501 a 1523 por pleitos que mantuvo en la Chancillería de Valladolid como acreedor de deudas, fruto de sus negocios comerciales⁵⁰. Litigios que en realidad debieron de ser aún más numerosos, ya que muchos otros no debieron apelarse ante el alto tribunal de justicia de Castilla, terminándose en instancias inferiores. En todos ellos lo que alega el tendero medinense es que había vendido a crédito —mediante la firma de cartas de obligación— determinadas cantidades de paño y seda, las cuales no le habían pagado. En unos casos, sus compradores fueron comerciantes, como los Cuenca de Medina del Campo, pero en otros son simples clientes, como el licenciado Pero Manuel, vecino de Madrigal, Francisco de Miranda, vecino de Medina, o el matrimonio formado por Beatriz Alonso y Bernardino de Palacios, vecinos de Palacios de Campos. Pero, en todos estos documentos se muestra cómo en la actividad mercantil de aquel momento comprar y vender a crédito era la práctica habitual, utilizando para ello la firma de cartas de obligación. Así, se

⁵⁰ ARCHV. Registro de ejecutorías. Cajas 217-56, 218-38, 264-6, 285-11 y 354-6.

nos indica cómo García de la Peña compraba, también, a crédito paños a los grandes mercaderes burgaleses Pero Pardo y García de Mazuelo. Sistema que repetía, a su vez, en sus ventas al detalle entre sus clientes.

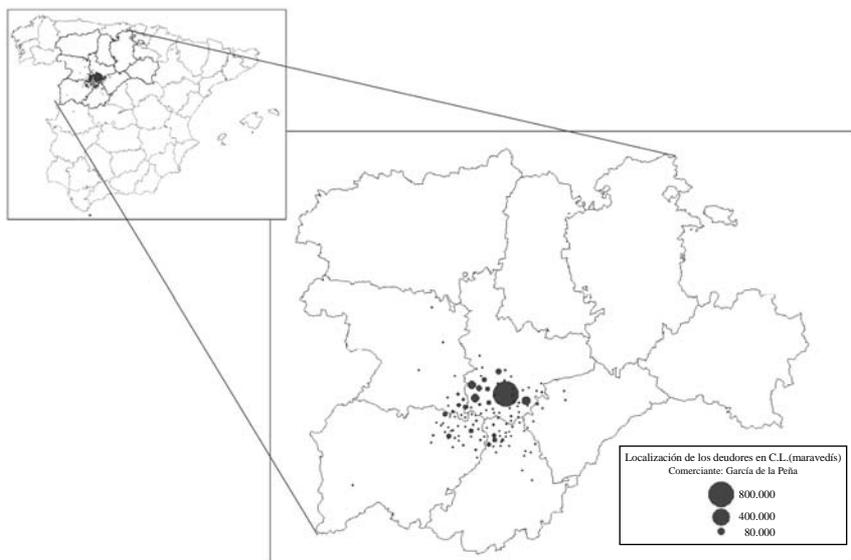
De ahí que el crédito, mucho más que la moneda, era el mecanismo que se usaba en la mayoría de las transacciones y por todo tipo de grupos sociales, creando una economía del crédito que funcionaba con una enorme efectividad y eficiencia. La enorme extensión de dichas prácticas crediticias, basadas en contratos no formales y en vínculos personales era, como en otras partes de Europa, lo característico de la actividad comercial.

Su mejor ejemplo es si analizamos del inventario post-mortem de este mismo mercader de paños y sedas, García de la Peña, hecho el 28 de mayo de 1523. Según dicho documento debía 882.622 maravedíes a distintas personas e instituciones. De esta cantidad el 63,6 % era por compras de mercancías que había efectuado a comerciantes de Toledo, Burgos, Segovia, Palencia, Calatayud y Granada⁵¹. Pero, al mismo tiempo, muestra cómo era acreedor de 1.058 personas por mercancías que le habían comprado por valor de 2.008.229 maravedíes, a las que hay que añadir otras 6 por deudas derivadas del arrendamiento de impuestos por la suma de 360.801 maravedíes. Estas cifras indican la amplísima red de personas deudoras que habían comprado a crédito a este mercader pañero. Pero, si en otros ejemplos citados anteriormente los clientes eran otros mercaderes, aquí la mayor parte son clientes finales. Están representados todos los grupos sociales de la época, desde los artesanos (albarderos, tejedores, zapateros, carpinteros, zurradores, tundidores, tejedores, etc.), hasta los vendedores y los del sector terciario (carniceros, corredores, lenceros, alguaciles, bachilleres, boticarios, escribanos, etc.), pasando por los numerosos clérigos y algunos personajes más ricos (D. Juan de Acuña, corregidor de Medina del Campo, un cambista y varios nobles). De la misma manera, no podían faltar aquellos clientes más relacionados con el comercio textil: los sastres. Pero, lo que sobre todo abundan son personas de las que no se indica su profesión ni su condición social, pero que por su localización en pequeños pueblos y aldeas eran indudablemente campesinos. Toda esta clientela deudora residía en 150 núcleos distintos, que están situados en un radio de 60 kilómetros en torno a Medina. Aunque la mayor pre-

⁵¹ Los acreedores eran diferentes miembros de la familia y compañía de los de La Torre, Francisco de Agofri y Alonso Álvarez Husillo de Toledo por la suma de 167.991 maravedíes; Francisco de Mazuelo, Antonio de Nebreda, Francisco de Santander y otros por 159.857 maravedíes; los Portillo de Medina del Campo por 85.000 maravedíes; Riofrío, Diego de Acebes y Juan de Areo de Segovia por 45.693 maravedíes; Juan de la Vega de Palencia por 32.950 maravedíes; Juan de Ortega y otro comerciante desconocido de Valladolid por 16.600 maravedíes; Nieto de Granada por 15.330 maravedíes; Juan de Valladolid de Ezcaray por 17.928 maravedíes y Juan de Santa Cruz de Aragón por 14.235 maravedíes.

sencia es de deudores residentes en localidades de las actuales provincias de Valladolid, Salamanca y Zamora. (Ver MAPA 2).

Mapa 2 Deudores de García de la Peña, Mercader de Paños de Medina del Campo (1523)



En suma, el mercader de paños García de la Peña había ido tejiendo una extensa y tupida red de clientes por todo el valle del Duero a la que abastecía de todo tipo de géneros textiles, aunque a juzgar por el inventario de las existencias de su tienda, estaba especializado en la venta de paños de Segovia, Cuenca, Toledo, Palencia, Logroño, Zaragoza y Perpiñán, junto con rasos, damascos y terciopelos de Granada y algunas tapicerías. Pero, lo más interesante en lo que ahora nos concierne, es constatar que gran parte de sus ventas se habían efectuado a crédito. Las cantidades que adeudaban cada uno de los clientes eran por lo general muy pequeñas, lo que indica que habían comprado unas pocas varas de paño para confeccionar sus vestidos. Tal situación muestra cómo en el mundo preindustrial las relaciones de confianza, basadas en lazos personales, pueden sustituir a los mecanismos formales del crédito (como los bancos o determinadas instituciones financieras) que permanecen al margen en las cuestiones relativas al crédito al consumo. Pero, también, la informalidad de estos mercados de crédito es aún mayor, ya que por lo general los contratantes tampoco recurrían a agentes de intermediación y de infor-

mación, como los notarios. Eso dificulta aún más su investigación, tanto cuantitativa como cualitativamente, pero nos muestra cómo era el funcionamiento de las economías y sociedades antes del siglo xx.

El mecanismo de crédito al consumo menos formal era el efectuado mediante las simples ventas al fiado, sin soporte documental alguno. Eran las que se hacían entregando una fianza, generalmente un objeto, que cubriera la obligación de la deuda contraída. Junto a ellas, estaban aquellas otras que sólo requerían la confianza del vendedor, bien por la honra y buena reputación del comprador, bien por que éste acudiera acompañado por fiadores solventes en el momento de la transacción. Son, pues, estas ventas al fiado con prenda o fiador los instrumentos de crédito menos formalizados y que, en consecuencia, han dejado menos rastros documentales. Sin embargo, fueron también empleados en la primera mitad del siglo xvi en Medina del Campo.

Lo podemos comprobar si analizamos las características de las ventas de la tienda de paños y de otros tejidos de Felipa González, viuda de Alonso Leal. Dicho establecimiento fue uno de los más importantes de Medina, localizándose en la calle de La Rua, la más mercantil de la villa. Entre la diversa documentación que de dicha empresa familiar se ha conservado, disponemos de un libro diario borrador, donde se anotaron todas las ventas hechas desde el 1 de marzo de 1526 hasta el 27 de mayo de 1530⁵². Como ya señalamos anteriormente, durante ese período se registraron 3.454 operaciones de venta de 164 diferentes variedades de paño y terciopelo, tanto españolas como extranjeras, que valieron 4.067.939,7 maravedís.

En cada una de las operaciones de venta se anotaron, aparte del nombre, la localidad y la profesión del comprador, la cantidad y las características de los tejidos adquiridos —por lo general las ventas son al por menor, en varas—, la forma de pago (al contado o a crédito), las prendas dejadas en depósito, los nombres de los avalistas y el plazo y la forma de pago. Igualmente, al margen de cada asiento se anota si la operación se ha escriturado, apareciendo el nombre del notario, o si, simplemente, se había firmado un albalá, una carta de pago u obligación de tipo privado, o, si bien, no se había recurrido a ningún tipo de escritura. En determinados casos, aparecen también las firmas de los compradores y las de los fiadores. De la misma manera, cuando las deudas se han cancelado se tachan las cuentas y se anota el correspondiente “*pagó*”.

El análisis de estos datos nos permite sacar unas claras conclusiones sobre el uso de crédito en el comercio textil medinense. En primer lugar, en el CUADRO I he reflejado la utilización de las ventas al fiado en esta tienda de

⁵² ARCHV. Pleitos civiles (Fenecidos). Caja 250-1.

CUADRO I
FORMAS DE PAGO EN LA TIENDA DE TEJIDOS
DE FELIPA GONZALEZ DE MEDINA DEL CAMPO
(1-3-1526 / 27-5-1530)

<i>plazo de pago</i>	VENTAS		VALOR	
	<i>n.º</i>	<i>%</i>	<i>maravedíes</i>	<i>%</i>
al contado	432	12,5	354.372,50	8,7
> 1 mes	49	1,4	40.955,50	1,0
1 mes	102	3,0	99.134,25	2,4
2 meses	101	2,9	89.188,50	2,2
3 meses	146	4,2	117.510,50	2,9
4 meses	137	4,0	114.932,25	2,8
5 meses	189	5,5	181.666,00	4,5
6 meses	200	5,8	204.914,70	5,0
7 meses	282	8,2	271.492,75	6,7
8 meses	279	8,1	269.186,00	6,6
9 meses	278	8,0	283.437,00	7,0
10 meses	293	8,5	396.188,25	9,7
11 meses	269	7,8	389.930,00	9,6
12 meses	513	14,8	1.010.059,00	24,8
13 meses	82	2,4	149.465,50	3,7
14 meses	16	0,5	17.762,50	0,4
15 meses	7	0,2	10.065,50	0,2
16 meses	4	0,1	2.264,00	0,1
18 meses	6	0,2	12.048,50	0,3
20 meses	5	0,1	6.086,00	0,1
22 meses	6	0,2	7.174,00	0,2
23 meses	1	0,0	1.326,00	0,0
33 meses	1	0,0	1.360,00	0,0
42 meses	1	0,0	10.336,00	0,3
indeterminado	55	1,6	27.084,50	0,7
	3.454	100	4.067.939,70	100

paños y terciopelos⁵³. Como podemos apreciar en él el uso de alguna forma de financiación a crédito fue general, ya que sólo el 12,5 % de las ventas se hicieran al contado. Frente a ello, la forma más habitual de pagar era a 12 meses, siendo también habituales las comprendidas entre 1 mes y el año. La fijación de los tiempos de pago, según los datos de esta tienda, es conforme al calendario religioso (St.^a María de Agosto, S. Miguel, Todos los Santos, Navidad, Pascual Florida, S. Juan, Santiago, etc.), mientras que apenas se rige por las fechas de celebración de las ferias. Ello indica claramente que estamos ante unas ventas al por menor, que se hacían de manera continua a lo largo de todo el año, aunque los meses finales del año eran de mayor intensidad comercial. Hecho explicable, como veremos luego, por el tipo de clientela de los tenderos.

En todas estas ventas sólo el 45 % de los compradores a crédito recurre a formalizar el contrato con un escribano⁵⁴, lo que indica el elevado grado de créditos no formales que había en el comercio textil de la época. Cuando el tendero vendía a crédito y conocía al cliente o a sus fiadores, prescindían ambas partes de protocolizar el contrato para, así, ahorrarse dichos gastos. Igualmente, sólo al 3,2 % de los compradores a crédito se les exigió dejar una prenda en depósito como garantía del pago⁵⁵. Lo imprescindible, amén de ser conocidos por el tendero, era aportar buenos fiadores. Aquí lo curioso es encontrarnos con una multitud de sastres vecinos de las diversas localidades, que acuden a la tienda para avalar la compra a crédito del tejido por parte del que ha encargado, a su vez, su confección⁵⁶. Tal hecho reafirma, aún más, la importancia de las relaciones personales de confianza en el crédito al consumo.

La clientela de la tienda de Felipa González durante esos años 1526-1530 fue muy amplia. La geografía de sus ventas la he cartografiado en el MAPA 3. Sus 1.903 clientes residían en 171 distintas localidades situadas en un espacio aún más amplio que en el caso del tendero García de La Peña. La mayor parte vivían en un radio en torno a los 120 kilómetros de Medina del Campo, aunque su presencia era sobre todo en las provincias de Valladolid, Zamora, Salamanca y Ávila. Pero nos encontramos también con compradores de Toledo,

⁵³ Para la realización de dicho Cuadro he calculado el plazo de días que hay entre la fecha en que se realiza cada una de las ventas respecto a la que se fija para su pago, agrupando las cantidades por meses.

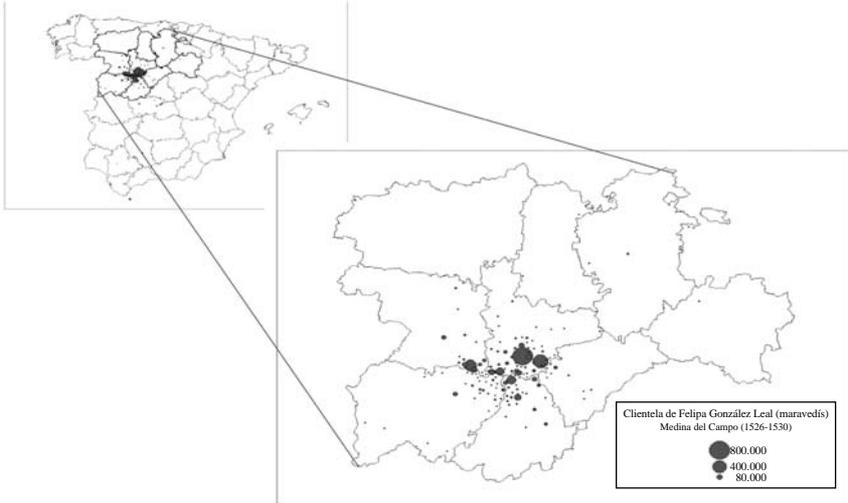
⁵⁴ El escribano de Medina del Campo que más trabajó con esta tienda de paños fue Antonio del Castillo.

⁵⁵ Las prendas dejadas en depósito van desde sortijas de oro a diversas piezas de ropa, pasando por tazas, cadenas, sombreros, etc.

⁵⁶ Esta práctica aparece, también, en estos mismos años en Florencia. Vid. C. C. FRICK, *Dressing Renaissance Florence...* pp. 71-74.

Mapa 3

Red de Ventas de Felipa González Leal, Tendera de Paños de Medina del Campo (1526-1530)



Burgos, La Rioja, Cáceres, Navarra, Córdoba y Madrid. Dentro de esas localidades están compradores vecinos de villas y ciudades, pero sobre todo de pequeños núcleos, algunos de ellos desaparecidos en la actualidad. Incluso, aparecen clientes portugueses de Lamego, Chaves, Torre de Moncorvo, Miranda Douro, Mogadouro, Portalegre, Santarem, Trancoso y Viseu, lo que confirmaría el papel de las ferias de Medina del Campo en el comercio luso-castellano ⁵⁷.

El abanico social de la clientela, cuya mayor parte compraba a crédito, es de lo más amplio. En los diferentes asientos del libro manual de contabilidad se citan las profesiones de 652 de los 1903 compradores. Fueron, por este

⁵⁷ M. I. DEL VAL VALDIVIELSO, “Mercaderes portugueses en Medina del Campo”, in *Actas das II Jornadas Luso-Espanholas de História Medieval*. Oporto, 1987. Vol. II. pp. 591-608. I. R. M. MENDES DRUMOND BRAGA, *Um Espaço, Duas Monarquias (Interrelações na Península Ibérica no Tempo de Carlos V)*. Lisboa, 2001. H. CASADO ALONSO, “Relaciones comerciales entre Portugal y Castilla (ca. 1475-ca. 1550): Algunas reflexiones e hipótesis de investigación”, in *D. Manuel e a sua época. III Congresso Histórico de Guimarães*. Guimarães, 2004. Vol. III. pp. 9-26. H. CASADO ALONSO, “El papel de las colonias mercantiles castellanas de los Países Bajos en el eje comercial Flandes-Portugal e Islas Atlánticas”, in B. J. GARCIA GARCIA y F. GRILO (Eds.), *A o modo da Flandres. Disponibilidade, inovação e mercado de arte na época dos Descobrimentos (1415-1580)*. Madrid, 2005. pp. 17-35. I. VAZ DE FREITAS, *Mercadores entre Portugal e Castela na Idade Media*. Gijón, 2006.

orden, sastres, clérigos (incluidos el deán y los capellanes de la colegiata de San Antolín de Medina), mercaderes, escribanos, carpinteros, tundidores, zapateros, hortelanos, plateros, barberos, cambistas, tejedores, herreros, pelijeros, corredores, colcheros, criados y personal de servicio, bachilleres, el corregidor y regidores, etc. Incluso, nos encontramos con 34 personas que formaban parte de la compañía de armas de D. Diego de Mendoza, en ese momento radicada en Medina del Campo.

Así, pues, tenemos representantes de todo el espectro de la sociedad castellana de la época y, en especial, de las villas del valle del Duero. Esta va desde el corregidor de Medina, D. Juan de Ayala; el del alcalde de Salamanca, el licenciado Antonio Ramírez; D. Pedro Ruiz, deán de Zamora y los numerosos miembros de la nobleza local y urbana, hasta el caso de Ana de Arsentyna, “*mujer de henamorar*”, que en 1527 compró 1 vara de *londres ferrete* por 357 maravedís. Pasando por el maestro de esgrima, Juan Sarmiento; un lavador de cubas; una beata de Fresno; el boticario de la reina, Mateo Moreno; el cambista Antonio de Medina o el entallador Antonio de Belver. La galería de personajes y oficios que aparecen como clientes es, pues, enorme, ya que estamos ante unas villas con una economía y sociedad muy diversificadas⁵⁸. En virtud de tal situación, las compras que cada uno de ellos hicieron fueron muy diferentes, tanto por el valor de los tejidos adquiridos, como por el tipo, la procedencia y los colores de los paños y terciopelos. Lógica segmentación de la demanda, que no impide que nos encontremos a algunos pequeños menestrales (herreros, tundidores, carniceros, zapateros, mesoneros, etc.) gastando elevadas sumas y comprando a crédito tejidos de muy diversa calidad, incluso algunos de ellos extranjeros.

Sin embargo, el mayor número de clientes esta formado por campesinos de las pequeñas localidades situadas en un radio de 100 kilómetros de Medina del Campo⁵⁹. Son compradores que acuden atraídos por el mercado medinense, quizás para vender algunos de sus excedentes, al mismo tiempo que

⁵⁸ La complejidad y diversidad de la estructura profesional de Medina del Campo puede verse en A. MARCOS MARTÍN, *Auge y declive de un núcleo mercantil y financiero de Castilla la Vieja. Evolución demográfica de Medina del Campo durante los siglos XVI y XVII*. Valladolid, 1978 y A. SÁNCHEZ DEL BARRIO, *Estructura urbana de Medina del Campo*. Valladolid, 1991. Para otras villas y ciudades del valle del Duero, ver: A. GARCIA SANZ, *Desarrollo y crisis del Antiguo Régimen en Castilla la Vieja. Economía y sociedad en tierras de Segovia de 1500 a 1814*. Madrid, 1977. B. YUN CASALILLA, *Sobre la transición al capitalismo en Castilla. Economía y sociedad en Tierra de Campos (1500-1830)*. Salamanca, 1987. B. BENNASSAR, *Valladolid en el Siglo de Oro. Una ciudad de Castilla y su entorno agrario en el siglo XVI*. Valladolid, 1989. F. BRUMONT, *Paysans de Vieille-Castille aux XVI^e et XVII^e siècles*. Madrid, 1993. F. J. GONZÁLEZ PRIETO, *La ciudad menguada: Población y economía en Burgos. s. XVI y XVII*. Santander, 2006. J. L. MARTÍN (dir.), *Historia de Salamanca. III. Edad Moderna*. Salamanca, 1999.

⁵⁹ En algunos casos se cita expresamente que son labradores.

para abastecerse de los múltiples géneros textiles u de otro tipo allí comercializados. Al igual que lo que ocurriera con los moradores de las villas, los campesinos compran paños nacionales y extranjeros de tipo medio e, incluso, tejidos caros como terciopelos o velartes, aunque lo que más abunda son las ventas de pardillos, cordellates, burieles y frisas de la Tierra. Todo ello de acuerdo a los gustos imperantes y a la estratificación social de la demanda. A su vez, tal hecho confirmaría el papel de centro de redistribución textil que, en la primera mitad del siglo XVI, jugaba Medina del Campo. Fenómeno válido para los negocios que se hacían durante la época de las ferias, como, también, los realizados durante todo el año a través de las ventas que se hacían en las tiendas.

Al mismo tiempo, todas estas cuentas y listas de deudores de esta tendera de paños y terciopelos de 1526-1530, así como las de García de La Peña de 1523, nos presentan un panorama en el que vemos que la mayor parte de la población recurre al mercado para abastecerse de los tejidos con que vestirse. Hecho que es válido tanto para los clientes residentes en núcleos grandes y medianos (Burgos, Valladolid, Toledo, Talavera, Plasencia, Medina del Campo, Alaejos, Castronuño, Olmedo, Tordesillas, La Nava, La Seca, Rueda, Arévalo, Madrigal, Fontiveros, Fuentesauco, Peñaranda, Salamanca, Coca, etc.), como para los campesinos de los pueblos rurales e, incluso, de las minúsculas aldeas, muchas de las cuales desaparecieron en años posteriores.

Estamos, pues, muy lejos de las visiones que, a menudo, se han dado del campesinado castellano y, por extensión, del español en el Antiguo Régimen. Esas que nos lo describen con una economía cerrada, de autosuficiencia y de autoconsumo, que incluso les lleva a fabricarse ellos mismos todas las manufacturas que precisan. Si esa visión puede ser válida para algunas épocas medievales, no creo que lo sea para los habitantes del valle del Duero en los siglos XV y XVI. Aquí nos encontramos con campesinos que recurren al mercado para comprar las manufacturas y lo hacen mediante el uso frecuente del crédito. Su situación no es, pues, muy diferente de lo acontecido en otras partes de Europa. Incluso, deberíamos preguntarnos sobre las razones por las que el campesinado castellano, en los siglos XV y XVI, consiguió salirse de los circuitos del autoabastecimiento y estar muy conectado con el mercado, incluso con el internacional. Otra cosa sería hablar de lo que aconteció en siglos posteriores, donde los estudios existentes muestran que el habitante de Castilla tenía un consumo menos desarrollado que el de otras regiones españolas y europeas ⁶⁰.

⁶⁰ E. LLOPIS, J. TORRAS, J. y B. YUN, B. (eds. *El consumo en la España preindustrial*. Número extraordinario. Revista de Historia Económica. Año XXI, 2003. R. M. DAVILA CORONA

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

El análisis del comercio textil en las ferias de Medina del Campo nos muestra cómo en el comercio castellano, durante la primera mitad del siglo XVI, el crédito es un elemento fundamental para su buen funcionamiento. Tanto en el gran comercio, el desarrollado por los grandes importadores de tejidos extranjeros, como en el de los comerciantes y mercaderes/fabricantes castellanos, y en el minorista, el de los tenderos, se recurre casi siempre a diversos instrumentos crediticios para financiar tanto las compras como las ventas. Como hemos visto, generalmente, las compra-ventas no acaban con un pago en metálico, sino con una promesa de pago representada en un crédito. Las más de las veces dichos contratos —fundamentalmente las cartas de obligación— son informales, sin que lleguen a ser protocolizados. Incluso, cuando estos se registraron ante notarios, una vez canceladas las deudas estos últimos las destruían. Al igual que en otras zonas de Europa, estos créditos no formales, mucho más que la moneda, eran el mecanismo que se usaba en la mayoría de las transacciones y por todo tipo de grupos sociales.

Todo ello nos muestra, también, una sociedad y un sistema económico donde las relaciones personales, basadas en la confianza mutua, son fundamentales. Se fía, ya que el comprador es solvente o presenta buenos avalistas. Al mismo tiempo, la existencia de estos créditos facilita la actividad mercantil, ya que sin las ventas al fiado habría menos intercambios. Se puede decir, sin ánimo de equivocación, que en la sociedad castellana, al igual que en sus contemporáneas europeas, casi todo se compraba y se vendía a crédito. Fenómeno que es válido para el comercio textil, pero que creo que hemos de extender a otros intercambios. Los grandes mercaderes, tanto nacionales como extranjeros, compraban a los productores sus géneros textiles a crédito y vendían a crédito éstos mismos a los tenderos, mercaderes de ferias, regatones y buhoneros⁶¹. Estos, por su parte, hacían lo mismo con sus clientes, bien fueran ricos o pobres. Se producía, pues, un encadenamiento de deudas

y M. GARCIA FERNÁNDEZ, “El consumo de productos textiles en Valladolid, 1750-1850”, *Investigaciones Históricas*, n.º 21, 2001, pp. 133-179. F. RAMOS PALENCIA, “Pautas de consumo familiar en la Castilla preindustrial: Palencia, 1750-1850”, *Revista de Historia Económica*, Núm. Extraordinario, 2001, pp. 37-59. F. RAMOS PALENCIA, *Pautas de consumo familiar y Mercado en la Castilla preindustrial. El consumo de bienes duraderos y semiduraderos en Palencia, 1750-1850*. Tesis doctoral inédita. Universidad de Valladolid, 2001.

⁶¹ La contabilidad del mercader de origen burgalés y asentado en Brujas, Juan de Castro Mújica, muestra cómo este vendía a crédito la lana merina, que había importado de Castilla, a una extensa red de tejedores localizados en el valle flamenco del Lys. Muchas veces estas transacciones eran a cambio de paños. (ARCHIVO MUNICIPAL DE BRUJAS. Spaans Consulaat. II-151. Libro de Caja de Juan de Castro, 1534-1535). Sobre otros negocios de este mercader, ver: H. CASADO ALONSO, “El papel de las colonias mercantiles castellanas...”.

entre muchas personas, acreedoras y deudoras al mismo tiempo, que abarca a todo el conjunto de la sociedad. Es un sistema económico donde la moneda y los pagos en efectivo tienen un papel marginal. Ahí, a mi entender, reside una de las fragilidades del comercio y de las finanzas en el mundo preindustrial y, más concretamente, en las Ferias de Medina del Campo. Cuando la gran banca, agobiada por el endeudamiento de la fiscalidad monárquica, se hunda a finales del siglo XVI, no es extraño que arrastre en su caída al pequeño comercio, ya por sí bastante deprimido por la crisis agraria del momento.

En segundo lugar, vemos cómo los usuarios del crédito en el comercio son todo tipo de personas, desde las más pobres a las más ricas. De ahí la importancia social del crédito al consumo en el mundo preindustrial. Frente a lo que se viene estudiando sobre el comercio y las finanzas de la época, centrado en la gran banca, los medios internacionales de pago y en la deuda pública y privada, tan importante o más para entender el mundo preindustrial es analizar estas redes de crédito al consumo.

Finalmente, otra de las conclusiones que se pueden sacar del análisis del comercio textil en la España del siglo XVI, es el elevado nivel de consumo que tenía la sociedad castellana de aquel momento. Tanto los grupos sociales acomodados, como los populares y campesinos, compran todo tipo de tejidos. Aunque hay una segmentación de la demanda, según sus poderes adquisitivos, no es raro encontrarnos con clientes de muy bajo nivel adquisitivo, como una pobre viuda o una prostituta, adquiriendo un tejido extranjero de tipo y precio medio. Pero, al mismo tiempo, vemos que todos los grupos sociales recurren al mercado para adquirir los tejidos que necesitan para vestirse, lo que aleja al habitante del valle del Duero de la visión, que muchas veces se ofrece en determinados trabajos, del campesino pobre, aislado, autosuficiente y que sólo recurre al autoconsumo. Punto de vista en gran parte heredado de los regeneracionistas del siglo pasado o de concepciones historiográficas, a mi entender, anticuadas y sesgadas por otros condicionamientos ideológicos. De la misma manera, dichas conclusiones me llevan a preguntarme si la sociedad castellana de los siglos XV y XVI tenía un nivel de consumo, en términos comparativos, semejante e, incluso, superior al de otras partes de Europa en aquellos tiempos y al que esas mismas poblaciones tendrán en épocas posteriores, incluso en el siglo XIX y XX en plena revolución industrial. Fenómeno que es, sin duda, motivo de reflexión histórica para los actuales habitantes de Castilla y León, pero también para los historiadores y economistas.

**HIPOTECAR LA HACIENDA COMÚN.
ENAJENACIONES DEL PATRIMONIO
REGIO Y ENDEUDAMIENTO MUNICIPAL
EN LOS SIGLOS XVI Y XVII ***

Alberto Marcos Martín
Universidad de Valladolid

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2005-05070ECON, "El crecimiento económico en la España moderna (1500-1800): reconstrucción del PIB y del movimiento de la población".

Según un resumen realizado por los contadores de la razón de los registros de censos que acababan de remitir los corregidores y justicias del reino, inserto en una consulta del Consejo de Hacienda de 17 de noviembre de 1638, bastante más completo a la postre que el que publicara hace casi cincuenta años don Antonio Domínguez Ortiz¹, los intereses de los censos corrientes en la Corona de Castilla por esas fechas de principios del segundo tercio del siglo XVII (de los censos consignativos o *al quitar*, se precisará) ascendían a 1.002.616.756 maravedíes². El dato desde luego no dejaba de tener su importancia, pues, habida cuenta de que por sendas pragmáticas de 1608 y 1621 estaba dispuesto que el tipo de interés vigente no excediese del listón máximo del 5 por 100³, aquellos intereses equivalían a un capital o principal de casi 53,5 millones de ducados, una cantidad no pequeña ciertamente, por cuanto suponía unas cinco o seis veces los ingresos anuales de la Real Hacienda en esos momentos, incluida, claro está, la parte del tesoro americano que venía para el rey. Más aún, los cálculos efectuados en la referida Contaduría ponían asimismo de patente que más de la mitad de esos mil y pico millones de maravedíes de réditos, 542.177.746 concretamente, retribuían censos propiedad de seglares, mientras que el resto, o sea, 460.438.910, correspondían a títulos pertenecientes a eclesiásticos, proporciones que habían ido aproximándose en el transcurso del tiempo hasta igualarse prácticamente.

Al parecer, y de ahí el porqué de la existencia de los citados registros, Felipe IV había resuelto, en respuesta a una consulta del Consejo de Hacienda de ese mismo año, valerse de la mitad de los intereses de los censos de seglares que rentaran más de 30 ducados al año. O lo que es lo mismo, se

¹ *Política y Hacienda de Felipe IV*, Madrid, 1960, pp. 364-368 (apéndice X).

² AGS, CJH, leg. 781. Cifras similares a las ofrecidas por Domínguez Ortiz, que utilizó una consulta del Consejo de Hacienda de 8 de marzo de 1638, pueden verse asimismo en *ibid.*, leg. 777.

³ Leyes 12 (para los censos de nueva fundación) y 13 (para los censos ya constituidos), tit. XV, lib. V de la *Nueva Recopilación*.

estaba pensando por parte de algunos hombres próximos al monarca en introducir una especie de *media anata* de censos similar a la que ya había empezado a aplicarse a los juros, expediente que podría deparar, tales eran las estimaciones que se hacían, 174.952.647 mrs., esto es, unos 466.540 ducados, los cuales se sumarían a los dos millones de ducados en plata que se esperaban sacar, a su vez, de la media anata de juros⁴. Los hombres del Consejo de Hacienda, sin embargo, entendieron desde el principio que era muy difícil la aplicación de la medida y, amén de extenderse en otras consideraciones que ahora no vienen a cuento, estimaron que más o menos la mitad de lo que pudiera rendir la pretendida gabela se iría en gastos de gestión y recaudación. Su cobranza en concreto no podría llevarse a cabo como la de la media anata de los juros, que se hacía “reteniendo los réditos de ellos en los tesoreros y receptores del reino en cuyo poder se recoge el dinero para su paga y cobrando [el rey] de ellos antes que el dueño del juro embolsase el dinero”, con lo cual no se daba ocasión a tener pleito con el jurista, “ni le caussa el sentimiento que si después de hauer cobrado y embolsado se le hubiera de bolber a sacar de su poder”. Recaudar una media anata de censos era cosa bien diferente, no sólo porque la tarea tendría que encomendarse a tres consejeros del de Hacienda, con comisiones de su majestad muy amplias y con inhibición de las justicias, a pesar de lo cual aún se pasaría “mucho trauajo y tiempo para conseguir la cobranza”, sino porque los censualistas, como recordaban los consejeros a su monarca, no cobraban los réditos en días fijos, sino muchas veces con esperas, ni lo hacían siempre en dinero contante y sonante, sino en frutos de la tierra⁵.

Traemos a colación estas cifras por dos razones fundamentales. En primer lugar porque permiten hacerse una idea bastante aproximada de lo que podía suponer, en términos de detracción de capitales de la oferta monetaria y de su inmovilización en empleos generalmente no productivos, la abundancia de censos, convertidos de hecho en instrumentos de crédito más para el consumo (esto es, para hacer frente a necesidades más o menos perentorias) que para la inversión. Y en segundo lugar porque descubren, mejor que todos los datos y apreciaciones de tipo cualitativo que se quieran aportar, esa inclina-

⁴ Los cálculos efectuados en este caso por los contadores de relaciones invitaban también al optimismo: había 2.470.780.858 mrs. de renta de juros situados en alcabalas, millones y otras rentas de la Corona, es decir, 6.588.749 ducados. El medio año, por tanto, venía a montar 3.294.374 ducados, de los cuales se descontaban 365.757 por diversos conceptos. De los 2.928.617 ducados restantes se bajaban asimismo 139.458 ducados por la conducción a razón del 5 por 100. Quedaban, pues, 2.789.160 ducados, que reducidos a plata con el 25 por 100 de premio se convertían en 2.231.328 ducados de plata, por lo que todavía sobran 231.328 ducados para lo que pudiesen importar los mayores “trueques” (de vellón a plata) o cualquier otro “accidente” que pudiera ocurrir. AGS, CJH, leg. 777, consulta de 28 de agosto de 1638.

⁵ AGS, CJH, leg. 781.

ción persistente de los españoles (o de los castellanos, si se prefiere) hacia la renta de la que los arbitristas venían hablando con insistencia y, por lo general, condenando.

En efecto, al igual que los juros, cuya difusión alcanzaba todavía mayores cotas, pues su principal ascendía, en ese mismo año de 1638, a más de 131 millones de ducados⁶, los censos constituían, antes que ninguna otra cosa, una forma de comprar renta, de vivir del cupón, de hacer que la riqueza, como había criticado con pesadumbre Martín González de Cellorigo algunos años antes, anduviese en el aire y no tomase vuelo, de desviarla en definitiva de la inversión en aquellos “bienes que fructifican y atraen a sí, como más dignos, las riquezas de afuera sustentando las de adentro”⁷. Ciertamente, quienes colocaban su dinero en censos —o en juros— no invertían productivamente, no hacían, por lo general, un empleo fecundo del mismo que diera en un aumento de la riqueza social; simplemente, compraban una renta, o sea, el derecho a percibir cómodamente unas anualidades de quienes les demandaban capitales. Era éste, por otra parte, un comportamiento que las Cortes de Castilla, al comprobar su extensión y consecuencias, habían denunciado en un memorial sobre el acrecentamiento de la labranza y crianza leído en la sesión de 23 de noviembre de 1598, correspondiente a las celebradas en Madrid entre 1592-1598: en él los procuradores hacían ver que “por ser la ganancia de los censos con descanso y sin costas ni riesgo, y con mucha utilidad, ha causado que se dé a ellos todo género de gente, destruyendo con excesivo interés a los pobres que lo ganan, sin que este género de gente ayude a la república en nada, [pues] ni diezman [de] esta hacienda, ni ayudan a las alcabalas, ni pechos, ni otros servicios, y cesa el trato y comercio que es lo que enriquece a las repúblicas”⁸. Lo malo es que los prestatarios tampoco solían invertir de manera productiva los dineros tomados a préstamo. No lo hacían, por supuesto, los nobles ni los concejos, y menos aún si cabe los campesinos: para los unos y para los otros (como para cualesquier

⁶ AGS, CJH, leg. 777.

⁷ *Memorial de la política necesaria y útil restauración a la República de España y estados de ella y del desempeño universal de estos reinos* [Valladolid, 1600] Madrid, 1991, p. 90.

⁸ *Actas de las Cortes de Castilla*, XV, p. 753. En parecidos términos se pronunciaría, unos años más tarde, el Consejo de Hacienda saliendo al paso del enfrentamiento que oponía a las Cortes, convertidas ahora en portavoz de los grupos rentistas, y la Diputación del Medio General de 14 de mayo de 1608, que representaba los intereses de los asentistas genoveses: “una de las causas [de la decadencia de las actividades productivas y del comercio en los reinos de Castilla] a sido la gran dispucción que ha auido en ellos de juros y çenssos a precios tan acomodados, que se a tenido su ganancia por mayor que la del trato y comercio, labranza y crianza; y como todos procuran emplear su hacienda en aquello que mayor beneficio y con menos trauajo de sus personas pueden sacar della, allando estas comodidades en los juros y çenssos, se an inclinado a comprarlos y viuir con su renta...”. Cit. por Juan E. GELABERT, *La bolsa del rey. Rey, reino y fisco en Castilla (1598-1648)*, Barcelona, 1997, p. 47.

otros censatarios en realidad) los censos, más que un instrumento de crédito para la inversión, eran (aunque hubo un tiempo, durante los primeros decenios del siglo XVI en concreto, en que probablemente las cosas funcionaran de otro modo⁹) un remedio temporal frente a la necesidad, un mecanismo de crédito para el consumo, que permitía ampliar éste en detrimento del proceso de ahorro-inversión. Convengamos, sin embargo, en que el comportamiento de los censualistas resultaba hasta cierto punto comprensible, y que, como tal, no carecía de racionalidad: al fin y al cabo, el dinero contante y sonante se desvalorizaba a resultas de la inflación (tanto la del siglo XVI como la del XVII, por culpa en este caso de las manipulaciones monetarias) y había que emplearlo lo mejor y más rápidamente que se pudiera; además, los estímulos para su inversión en la agricultura y en la industria apenas existían; por si fuera poco, la productividad en estos sectores era bastante baja (aparte de que tendió a descender desde finales del Quinientos¹⁰), y, en fin, no se puede decir que la Corona colaborara decididamente al fomento de las actividades económicas con su política monetaria y fiscal.

Demos un salto hacia delante en el tiempo. A mediados del siglo XVIII, según los *Mapas o Estados Generales* del Catastro del Marqués de la Ensenada, cuyos resúmenes publicara hace ya tiempo Matilla Tascón¹¹, la suma de los intereses de los censos corrientes en las veintidós provincias de la Corona de Castilla (excluidos el País Vasco y las Islas Canarias) ascendía a 38.299.058 reales de vellón, es decir, 1.302.167.972 maravedíes, casi 300 millones más, por tanto, que en 1638, si es que cabe efectuar (particularmente por razones de tipo monetario en las que ahora no me puedo detener) semejante comparación. En todo caso, y como quiera que el tipo de interés vigente en esta segunda fecha no superaba el 3 por 100¹² y que no pocos censos corrían al 2,5 e, incluso, al 2,25 por 100, una simple operación demuestra que el dinero colocado en estos contratos de préstamo se situaba en realidad entre los 1.270 y los 1.530 millones de reales, o si se prefiere, entre los 115 y los

⁹ Como ha visto, en el caso de Segovia, Ángel GARCÍA SANZ, "El crédito a principios del siglo XVI en una ciudad de Castilla: la nobleza urbana como financiadora del comercio y de la industria en Segovia, 1503-1508", *Studia Historica*, V (1987), pp. 77-89.

¹⁰ Datos que permiten sustentar esta afirmación en Enrique LLOPIS AGELÁN, "España, la 'revolución de los modernistas' y el legado del Antiguo Régimen", en E. Llopis Agelán, ed., *El legado económico del Antiguo Régimen en España*, Barcelona, 2004, pp. 11 y ss.

¹¹ Antonio MATILLA TASCÓN, *La Única Contribución y el Catastro de Ensenada*, Madrid, 1948, p. 541, apéndice XXXV. Una exposición más elaborada estadísticamente de estos datos puede verse en Alberto MARCOS MARTÍN, "En torno al significado del crédito privado en Castilla durante el Antiguo Régimen: los censos consignativos del Hospital de San Antolín de Palencia", en *El pasado histórico de Castilla y León. II. Edad Moderna*, Salamanca, 1984, pp. 517-539.

¹² La pragmática de 12 de febrero de 1705 había ordenado ya la reducción de la tasa de los censos al 3,33 por 100 en los reinos de Castilla (ley 9, tit. XV, lib. X de la *Novísima Recopilación*).

139 millones de ducados, esto es, un 115 y un 160 por 100 más que en 1638. Lo que indica, es la principal conclusión que se extrae de estos datos, que la “inversión” en censos, a pesar de la caída progresiva de su rentabilidad¹³, no sólo no se había detenido sino que había aumentado —y además de forma notable— desde entonces. Con razón podía afirmar el jurista y economista Vicente Vizcaíno Pérez, entrada ya la segunda mitad del Setecientos, que los censos eran (seguían siendo) “los ídolos de estos tiempos”¹⁴.

Hay un segundo aspecto en estas cifras de mediados del siglo XVIII que asimismo merece la pena resaltar, aunque sólo sea de pasada. Más de las dos terceras partes de los capitales impuestos en censos y, consecuentemente, de los réditos devengados —el 70,1 por 100 en concreto— pertenecían a la Iglesia (a lo que el Catastro llama *beneficial eclesiástico* para ser más precisos, pues otro 2,8 por 100 correspondía a eclesiásticos particulares a título *patrimonial*)¹⁵. En este sentido, por tanto, las cosas también habían cambiado con relación a cien años antes, cuando la participación de la Iglesia en el negocio censal era, como se ha visto, de menor entidad. Lo cual viene a demostrar, es al cabo la conclusión que hemos de retener, no ya que la capacidad de acumular excedente de las instituciones eclesiásticas permanecía intacta (globalmente incluso había aumentado entre ambas fechas) sino también —y sobre todo— que la imposición en censos continuaba siendo una de sus alternativas preferidas de inversión, por más que en muchos casos la Iglesia se limitara a ser receptora (directamente, como donataria, o indirectamente, como patrona y/o administradora de capellanías, memorias, obras pías, etc.) de censos ya constituidos por particulares laicos o, en otras ocasiones, de dinero líquido pero con el encargo preciso de ser colocado en títulos de este tipo y no en otros empleos. Además, signifiquémoslo también aunque ahora no podamos detenernos en ello, a través de los censos la Iglesia controlaba una buena parte de la propiedad laica libre, aquélla justamente que se encontraba hipotecada a los censos de que era titular¹⁶. Dicho con otras palabras, por mor de los

¹³ Hecho determinado no sólo por la bajada continuada de los tipos de interés que los retribuían sino también por la desvalorización progresiva de capitales y réditos como consecuencia de la inflación, amén de por los frecuentes incumplimientos (atrasos, impagos, etc.) de los prestatarios.

¹⁴ *Discursos políticos sobre los estragos que causan los censos; felicidades y medios de su extinción*, Madrid, 1776, pp. 81 y 89. Cit. por Felipe RUIZ MARTÍN, “La banca en España hasta 1782”, en *El Banco de España. Una historia económica*, Madrid, 1970, p. 168.

¹⁵ Véase *supra* nota 11.

¹⁶ Téngase en cuenta que hipotecar unos bienes, esto es, sujetarlos al cumplimiento de una obligación crediticia, suponía una suerte de enajenación, una mengua del dominio, una transferencia de derechos de propiedad del deudor al acreedor. Así lo establecían las propias escrituras de constitución de censos, sobre todo en el apartado de las mismas en que el censatario hacía declaración de que se desistía y apartaba “de la tenencia, posesión y propiedad, título y recurso” que tenía a los bienes hipotecados, y de que los cedía, renunciaba y traspasaba en favor del censalista “para que sean suyos propios en posesión y en propiedad”. No hay que olvidar, por otro lado,

censos precisamente, el peso de la Iglesia sobre la propiedad de la tierra iba más allá, sea cual sea la fecha que se considere, de los porcentajes que como “propietaria” en sentido estricto se pueden calcular a partir de los mismos datos catastrales ¹⁷.

No pocos de esos censos que registra (y de los que informa) el Catastro de Ensenada para mediados del siglo XVIII habían sido suscritos por concejos; o sea, tenían como deudores, como prestatarios, a las municipalidades, e hipotecaban sus bienes de propios y rentas. Buena parte de éstos, a su vez, venían de atrás, de bastante atrás en el tiempo, pues habían sido fundados 75, 100, 150 o incluso más años. Concretamente la consulta de las respuestas que los pueblos dieron a la pregunta 26 del Interrogatorio General (*Respuestas Generales*) del propio Catastro permite conocer con cierta precisión tal extremo sin necesidad de descender al nivel informativo, mucho más denso, conformado por las *Respuestas Particulares*. Mediante dicha pregunta, en efecto, se demandaban noticias ciertas acerca de “Qué cargos de justicia tiene el común, como censos, que responda, u otros, su importe, por qué motivo, y a quien, de que se deberá pedir puntual noticia”, lo que nos brinda la oportunidad de conocer, en los casos más óptimos, no sólo cuándo se realizaron tales imposiciones y a cuánto ascendía su principal, sino también, aunque más raramente, qué razones o motivos llevaron a los concejos a contraer este tipo de deuda y quiénes eran las personas o instituciones que aportaron los capitales demandados ¹⁸. Es muy probable, no obstante, que los niveles de endeudamiento municipal que descubre esta fuente para los años centrales del Setecientos, con ser importantes, no tengan nada que ver con los más elevados alcanzados en algunos momentos del siglo XVI y, señaladamente, del XVII; es más, debió ser en estas centurias cuando se hicieron sentir, de manera más decisiva, las consecuencias negativas del empeño de las haciendas concejiles, hecho éste que no dejó de aportar su particular cuota de responsabilidad a ese proceso económico y social que acostumbramos a denominar con el nombre de la decadencia.

Diversas y variadas eran —habían sido— las vías de endeudamiento municipal. En algunos casos la suscripción de censos había estado motivada

que con relativa frecuencia, tales trasposos devenían, tras el correspondiente pronunciamiento judicial, en definitivos por impago precisamente de los réditos atrasados.

¹⁷ Más aún si nos dejamos guiar por lo que hicieron los encargados de confeccionar el Catastro, quienes imputaron las tierras cedidas a censo perpetuo o *foro* (muchas tierras de instituciones eclesiásticas se explotaban de esta forma, y no sólo en el norte atlántico y cantábrico) a los usufructuarios en vez de a los propietarios del dominio eminente.

¹⁸ Uno de los primeros autores en advertir las posibilidades metodológicas, en el sentido indicado, de las Respuestas Generales del Catastro ha sido Concepción CAMARERO BULLÓN, “Endeu-tement i detraccions a la Castella de l’antic règim (anàlisi de quaranta-nou viles burgaleses)”, *Recerques*, 18 (1986), pp. 73-106.

por la necesidad de acometer con prontitud ciertos gastos de los ayuntamientos, desde compras de trigo para el *pósito* en años de escasez hasta la construcción o reparo de puentes, caminos y demás obras públicas, pasando claro está por la financiación de la lucha contra una epidemia, la subvención de fiestas y demás servicios comunitarios, etc. Sin embargo, la causa primera del recurso al endeudamiento por parte de los concejos radicó, especialmente a partir de las últimas décadas del siglo XVI y durante la mayor parte del XVII, en la necesidad de atender a las exigencias fiscales —por medios ordinarios o directos, pero sobre todo por medios indirectos— de la Corona, siendo además los censos tomados por estos motivos de bastante mayor cuantía y de más difícil redención, en líneas generales, que esos otros citados en primer lugar¹⁹. Dicho con otras palabras, la Monarquía, al requerir de villas y ciudades ayudas dinerarias en forma de donativos y servicios extraordinarios (o sea, más allá —o además— de lo solicitado por la vía de los impuestos ordinarios) y/o al implicarlas en la enajenación del patrimonio regio, empujándolas por ejemplo a comprar aquello que se vendía o, en otros casos, a pagar para que no se vendiese, fue la que, de manera señalada, indujo los más cuantiosos y duraderos endeudamientos municipales, los cuales —y ésta es una cuestión trascendental que debe ser enfatizada— acabarían generando a escala local una fiscalidad paralela y multiforme de efectos tanto o más nocivos para sus vecindarios respectivos que los derivados de la fiscalidad regia propiamente dicha, si es que no obligaron, antes o después, a enajenar porciones importantes de los patrimonios municipales, muchas veces en beneficio de las propias oligarquías y *poderosos* locales, o forzaron en el mejor de los casos la conversión de amplios espacios en otro tiempo de aprovechamiento comunal en bienes de propios, sancionándose de este modo, temporal o definitivamente, su desafectación vecinal.

El propósito que nos guía en las páginas que siguen no es otro que profundizar en esta vertiente del problema, por cuanto la Corona, en efecto, al favorecer o provocar la participación de los concejos en la gran almoneda en que las necesidades financieras regias convirtieron al país (para comprar y/o consumir todo aquello que se vendía y evitar de este modo que cayese en manos de particulares, para que no pasasen adelante las ventas ya concertadas, para adquirir su exención de una ciudad o villa cabecera, o, en el caso opuesto, para preservar la integridad jurisdiccional de su respectivas “tierras” y “alfoces”, etc.) alentó el endeudamiento municipal, cuando no propició la enajenación o el expolio de las haciendas y patrimonios concejiles. Es preci-

¹⁹ Esa cronología y esos motivos determinaron, por ejemplo, el recurso al crédito de la ciudad de Valladolid, bien estudiado por Adriano GUTIÉRREZ ALONSO, *Estudio sobre la decadencia de Castilla. La ciudad de Valladolid en el siglo XVII*, Valladolid, 1989, pp. 362 y ss.

so insistir, en cualquier caso, para una mejor comprensión de estos sucesos, en que los ayuntamientos que quisieron (o se vieron obligados a) comprar carecían por lo general de la liquidez necesaria para hacerlo y, consecuentemente, amén de enajenar y/o intensificar la explotación rentística de sus patrimonios rústicos (hecho del que se derivaban nefastas consecuencias, sobre todo para los vecinos más pobres)²⁰, hubieron de acudir al crédito, suscribiendo censos con aquellas instituciones o personas particulares que se mostraban dispuestos a anticiparles las sumas que con tanta perentoriedad precisaban, no pocas veces los mismos miembros de las oligarquías locales, sus parientes y amigos; es decir, se endeudaron y a resultas de ello hipotecaron sus *propios* y rentas. Pero no siendo suficiente el rendimiento de éstos, para amortizar las deudas contraídas o, simplemente, para pagar sus intereses, hubieron de solicitar y las más de las veces obtuvieron del monarca (él era al cabo el receptor último de las cantidades tomadas a préstamo) licencia o facultad para hacer correr tal o cual arbitrio, muchos de ellos atentatorios contra la integridad de los patrimonios comunes, y/o para imponer esta o aquella sisa, generándose así una segunda fiscalidad a nivel local que se superponía a la fiscalidad regia (y a las otras fiscalidades, la eclesiástica y, en su caso, la señorial) y que siendo en principio temporal acababa convirtiéndose en perpetua, mutación perversa de la que con frecuencia eran directos responsables, por la mala administración exhibida o por las malas artes empleadas (que de todo había), las autoridades locales encargadas de gestionar semejantes situaciones de endeudamiento.

De la rigidez y estrechez en medio de las cuales se desenvolvían, como norma, las haciendas municipales, de sus dificultades por tanto para hacer

²⁰ No otra cosa es lo que se proclamaba en un papel, sin fecha ni firma, visto en el Consejo de Hacienda a mediados de 1617, mediante el que se contradecía la puesta en marcha de dos de los tres arbitrios sugeridos por el regimiento de Jerez de la Frontera para hacer frente (el caso no difiere de los que aquí vamos a plantear) a las “quiebras” del encabezamiento de alcabalas de los años 1615 y 1616, consistentes en acotar y arrendar sendas dehesas de la ciudad. “Son quanto pueden ser malos, principalmente para todos los que no son ricos y poderosos”, afirmaban los autores del escrito, quienes exponían al mismo tiempo las razones que les llevaban a sostener tal opinión: el de la dehesa de la carne porque en ella se recibían y sustentaban los ganados que se traían de los lugares comarcanos a pesar en las carnerías de la ciudad, y el de la dehesa boyal porque quitaba a todos los labradores pobres (“que son de ocho partes las siete”) el remedio mayor que tenían para sustentar sus bueyes de labor hasta que crecía hierba suficiente en los baldíos. De todas las formas, la crítica de los opositores no paraba en esto y apuntaba derechamente a los rectores de la ciudad: como los más de los *veinticuatro*s eran ganaderos y con ellos no se practicaba la ley que prohibía *cortar* sus ganados en las carnerías de la ciudad, estaban directamente interesados en que no vinieran ganados de otras partes “por gozar ellos a los precios que quieren”, para lo cual nada mejor que quitar la referida dehesa a tales ganados; es más, dado que los *veinticuatro*s eran también labradores ricos, habían dado su conformidad a este arbitrio porque tenían grandes cortijos donde sustentar sus bueyes, no tomando en consideración otros “donde son interesados”. AGS, CJH, leg. 551.

frente a gastos extraordinarios del tipo de los referidos y del subsiguiente recurso a la imposición de censos, da perfecta cuenta, ya desde unas fechas relativamente tempranas, el memorial que en octubre de 1587 dirigió al monarca, a través de su Consejo de Hacienda, la villa de Torrejón de Ardoz, y cuyo contenido muestra una situación que se repetía por doquier. Refería esta pequeña localidad próxima a Madrid que ella y sus vecinos se hallaban muy empeñados y necesitados por haber servido a su majestad en el inmediato pasado con más de 20.000 ducados, así cuando adquirieron el privilegio de villazgo como al tiempo que se eximieron de la dignidad arzobispal de Toledo, de mucha parte de los cuales, así como de las cantidades que montaron las tierras baldías que igualmente se les habían *perpetuado*, pagaban censos con gran menoscabo de sus haciendas. Por si fuera poco, acababan de recibir la visita de un nuevo juez de tierras, el licenciado Andrés del Mármol, y aunque le hicieron saber que ya no quedaba nada que perpetuar, sino algunos ejidos y pastos que tenían para sus ganados²¹, “por no enfadar a los del vuestro Consejo de Hacienda olgamos de tomarlos”, procediendo a suscribir obligaciones por su entero precio, unos 3.000 ducados en total, a desembolsar en tres años y tres pagas. La cantidad no era esta vez demasiado elevada, en consonancia por otra parte con la cantidad y calidad de lo nuevamente adquirido, pero suponía, de alguna manera, la gota que colmaba el vaso. De hecho, los problemas se manifestaron ya al tener que hacer frente al pago del primer plazo, previsto en principio, según las estipulaciones referidas, para el día de San Miguel de 1587. Ocurría que el año anterior apenas se había recogido vino y que el de la cosecha del presente año aún no estaba hecho, “aunque lo más se heló”; además, el precio del trigo había caído por los suelos, razones por las cuales los vecinos padecían “mucha necesidad” y no tenían con qué pagar, una situación que les había llevado a suplicar (de ahí el memorial) la merced de que la paga vencida de San Miguel fuese para San Juan del año siguiente, o a lo menos para mayo, “para que podamos valernos del pan y pagar a V.Mgd.²²”.

²¹ Sobre las idas y venidas sucesivas de estos comisionados regios por tierras madrileñas en la segunda mitad del siglo XVI, véase la tesis doctoral de Alfredo ALVAR EZQUERRA, *Estructuras socioeconómicas de Madrid y su entorno en la segunda mitad del siglo XVI*, Madrid, Universidad Complutense, 1988 (inédita), resumida en parte en *Hacienda real y mundo campesino con Felipe II. Las perpetuaciones de tierras baldías en Madrid*, Madrid, 1990.

²² La respuesta del Consejo de Hacienda (19 de octubre de 1587) fue que se les concediesen esperas por la mitad de lo que debían para mayo de 1588. La misma historia, empero, se repetiría al vencer los siguientes dos plazos, para los que villa y vecinos solicitaron también aplazamientos (AGS, DGT invent. 24, leg. 1.118-5). Algunos años más tarde, por escritura de venta de 28 de agosto de 1610, la villa se aventuró a comprar sus alcabalas, cuyo precio fue concertado en 11.475.340 mrs., los 6.750.200 por el situado de juros que pesaba sobre dichas rentas y los 4.725.140 que desembolsó en dinero contante y sonante, operación que metería a la villa en una nueva espiral de endeudamiento (AGS, CC.GG., leg. 2.311, fol. 149).

La compra de baldíos fue ocasión frecuente, ciertamente, para la toma de censos por parte de los concejos que actuaron a menudo en estas operaciones en representación de toda la comunidad campesina tratando de recuperar unas tierras que habían controlado hasta entonces y sobre las que creían tener fundados derechos²³. Incluso si, como era habitual, los pueblos acordaban con los jueces enviados por el Consejo de Hacienda con dicho cometido que el pago de las mismas podía efectuarse en varios plazos la suscripción de censos fue un recurso bastante corriente. A él, por ejemplo, acudió Ledanca, villa de la tierra de Atienza (Guadalajara), tras adquirir 4.655 hanegadas de tierra, cuyo precio, a doce reales y medio cada una, montó 1.978.375 maravedíes, los cuales se obligó a pagar, la mitad en la Navidad de 1585 y la otra mitad en la Navidad de 1586. A pesar de que hizo grandes esfuerzos, la villa no pudo cumplir sus compromisos y, tras la oportuna petición de esperas, se la concedieron nuevos plazos: la tercera parte, “luego de contado”, otra tercera parte para fin de 1586, y el resto, para fin de 1587, aunque tampoco esta vez las cosas se desarrollaron como las había pensado; es más, por no haber hecho pago siquiera del primer tercio, se la mandó un ejecutor, un tal Diego Guerra de Céspedes, quien hizo exacción en los propios del concejo y apresó en la cárcel pública a los alcaldes, regidores y otros oficiales. Clamaba la villa a raíz de estos hechos que, a causa de hallarse toda aquella tierra muy “alcançada” por la esterilidad de los años pasados, no estaba en disposición de pagar nada; la única salida que le quedaba, por tanto, era suplicar a su majestad licencia para tomar a censo sobre sus propios y rentas hasta 2.500 ducados para con ellos al menos pagar el primer tercio en que estaba ejecutada y parte del segundo. No tuvo que insistir mucho Ledanca para conseguir la referida merced, incluso por una cantidad mayor que la solicitada en un principio: finalmente, en efecto, obtuvo licencia para empeñarse por 1.318.917 maravedíes, justo lo que montaban las dos primeras pagas²⁴. De este modo, la villa contraía una deuda garantizada con una hipoteca pero de incierta devolución, comprometiéndose, mientras dicha circunstancia no se produjese, al pago periódico de unos intereses que, obviamente, de algún sitio tenían que salir.

De donde podían provenir los dineros para hacer frente a las obligaciones crediticias que los concejos contraían con motivo de la compra de baldíos alguna pista nos ofrece —no es más que un ejemplo entre cientos— el con-

²³ La importancia de estas ventas realizadas a concejos ya fue advertida por David E. Vassberg (*La venta de tierras baldías. El comunitarismo agrario y la corona de Castilla durante el siglo XVI*, Madrid, 1983, *passim*), quien habló también de las diferentes formas de pago utilizadas por los pueblos.

²⁴ AGS, DGT invent. 24, leg. 1.116-28. Peticiones similares de otros muchos pueblos se encuentran en este legajo y en el citado en la nota anterior.

cierto que “por vía de transacción” firmaron la ciudad de Badajoz y sus lugares de Valverde, Talavera, Villar del Rey, Albuera y Manzanete con la Real Hacienda en 1588 sobre aquellas tierras de su término que los comisionados regios nombrados al efecto habían tratado de vender. En primer lugar, y de cara a facilitarles el desembolso en los plazos convenidos de los 25.000 ducados con que dichas localidades sirvieron al monarca por la perpetuación de las referidas tierras²⁵, les fue concedida licencia para tomarlos a censo sobre sus propios y dehesas boyales; no obstante, y dado que había que redimir esa deuda y pagar los intereses que fueren cayendo mientras tanto, se les otorgaron también otras facultades más concretas: a la ciudad, para arrendar a pasto y labor, por tiempo de 12 años, la mitad de la dehesa boyal de Cantillana, y a los lugares para que pudiesen hacer otro tanto en sus respectivas dehesas boyales. Y no solo eso. En el caso de que los arbitrios dichos no rindiesen lo suficiente, se les facultaba asimismo para adehesar y arrendar a pasto y labor, durante el mismo periodo de tiempo, el baldío del Charnecal de Rui Vázquez, que nunca hasta entonces había sido labrado ni desmontado, y los baldíos de Valverde, Palacio, Rocillas de Cantillana, Valdesevilla y de las Viñas (que sí lo habían sido, se supone), “o los que quisieren que sean necesarios”; y a la ciudad, a mayores, hacer ejido el baldío que había entre ella y la dehesa boyal de la Corchuela. Es decir, como otras muchas veces en circunstancias semejantes, los bienes y derechos públicos y concejiles (incluidos aquellos cuya condición anterior de tales se había querido preservar mediante su adquisición al monarca) terminaban pagando la factura de la cosa comprada, en este caso bajo la forma de su desafectación vecinal y el recurso a su explotación rentística (también de su roturación y adehesamiento), lo que de cara al futu-

²⁵ El acuerdo se refería en particular a las 5.320 fanegas de tierras que los jueces de comisión (Juan de Barahona Mantilla y después, por su muerte, Antonio de Quirós) habían declarado como realengas y habían comenzado a vender a algunos particulares, por más que la ciudad y lugares protestaran diciendo que eran suyas y que como tales las habían gozado desde tiempo inmemorial; pero comprendía asimismo las 43.000 fanegas de tierras de “posesión” de vecinos de la ciudad y lugares de su tierra roturadas antes de 1542, las cuales, en fuerza de dicho concierto, quedarían para siempre en manos de sus poseedores sin mayores exigencias, más otras 7.000 fanegas roturadas después de esa fecha, cuya propiedad les era reconocida también a quienes las poseían, aunque en este caso a cambio de entregar a la ciudad y lugares la misma cantidad que estaban obligados a abonar a su majestad para ayuda, supuestamente, de pagar dichos 25.000 ducados (AGS, MP, leg. 263-11). Anotemos de pasada, pues no podemos detenernos aquí en este asunto, el destino que se dio a esta cantidad en la medida que pone de patente la estrecha relación de las enajenaciones con las necesidades de crédito de la Monarquía: en las arcas de tres llaves de la Tesorería General se entregaron, en diferentes días y partidas (hasta 20), 4.351.580 mrs.; en poder del referido Antonio de Quirós y ciertos ejecutores entraron 1.104.346 mrs.; a Ambrosio Spínola se libraron 1.905.000 mrs. a cuenta de un asiento de 2.500.000 escudos tomado con él en 28 de febrero de 1590; otros 1.905.000 mrs. a Francisco y Pedro de Maluenda a cuenta del principal e intereses de otro asiento de 477.000 ducados tomado con ellos el 11 de junio de 1590, y 249.398 mrs. al pagador Juan Pascual a cuenta de 40.000 ducados que le estaban consignados en deudas extraordinarias para cosas del real servicio (AGS, DGT invent. 24, leg. 1.116-10).

ro implicaba, cuando menos, un endurecimiento de las condiciones en virtud de las cuales los campesinos iban a poder acceder (si es que finalmente podían) a su aprovechamiento, endurecimiento que si en principio se antojaba o preveía temporal (pues había de durar únicamente durante el tiempo de la concesión del arbitrio), a menudo se alargaba en el tiempo o tornábase definitivo, por la mala gestión que los pueblos hacían de la deuda contraída o, simplemente, por su incapacidad manifiesta para amortizarla, sin descartar que en ocasiones ésa pudiera ser justamente, por razones que miraban a su particular interés²⁶, la intención de sus minorías rectoras.

Las ventas de baldíos no fueron, como se ha adelantado ya, las únicas modalidades de obtención de ingresos relacionadas con la enajenación del patrimonio regio que terminaron repercutiendo negativamente sobre los patrimonios colectivos de aquellos pueblos que, por unas u otras razones, se vieron metidos en semejante almoneda. Sin ir más lejos, la enajenación por precio al mejor postor de rentas reales (alcabalas y tercias, sobre todo, pero también *cientos*, servicio ordinario y extraordinario, etc.), cuando éstas eran adquiridas por los concejos para evitar que cayeran en manos de algún particular, derivó no pocas veces en situaciones de endeudamiento que afectaron asimismo (y de diversas maneras) a la propiedad pública municipal. Incluso si lo que se vendía era algo tan inconcreto como el compromiso regio de no enajenar las consecuencias en este plano acababan siendo las mismas. En 1573, por ejemplo, la localidad madrileña de Colmenar de Oreja pagó a Felipe II, “para ayuda a las necesidades y gastos que de presente tenemos”, 15.000 ducados sólo por la promesa de que sus alcabalas nunca serían vendidas ni enajenadas sino que siempre permanecerían en la Corona; pues bien, además de para tomar a censo la citada cantidad (junto con otros mil ducados para gastos y costas de la operación), la villa obtuvo licencia para, entre otros arbitrios que supuestamente la habrían de permitir redimir dicha deuda y pagar entre tanto sus intereses, vender hasta 600 fanegas de tierras que tenía en ciertas partes de las riberas del Tajo, las cuales eran aprovechadas por sus vecinos como pastos comunales, la sexta parte de ellas además en común con los de las villas de Oreja y Noblejas²⁷. Es decir, en este y en otros casos similares lo que tenía lugar era la enajenación, pura y simple, de una parte del patrimonio común y, consecuentemente, una reducción para el futuro de las disponibilidades de pasto de los vecinos, circunstancia que necesariamente había de tener repercusión sobre la estructura de costes de sus explotaciones.

²⁶ Como aquellas, por ejemplo, a las que se alude en el caso de Jerez de la Frontera que se comenta en la nota 20.

²⁷ AGS, MP, leg. 278.

De una historia similar en relación con sus alcabalas (¡lo que se vendía era la promesa de no vender una renta, no la renta misma!) fue protagonista la villa de Archilla (Cuenca). En 1584 solicitó que no pasara adelante el contrato que la Real Hacienda había cerrado previamente con el doctor Juan Hurtado de Mendoza para la venta de tales alcabalas y que se le diese privilegio de que “agora y de aquí adelante en ningún tiempo” los reyes no pudiesen desmembrarlas del encabezamiento general, ni venderlas, ni donarlas, ni enajenarlas, por todo lo cual se obligó a servir con 2.000 ducados pagados en reales de contado²⁸. Tomó la villa a censo tales dineros, más otros 100 ducados para gastos, con el ánimo de amortizarlo rápidamente; sin embargo, en 1619 todavía no había conseguido “quitar” dicho préstamo. Es más, este año, a causa de haber venido en mucha quiebra de vecindad (“que aun no tiene çinquenta bezinos y todos ellos muy pobres y necesitados”) y no haber obtenido rebaja alguna en la cuantía de las otras contribuciones que adeudaba (30.000 mrs. de sisa de millones, 46.000 de alcabala, 22.000 de servicio ordinario y extraordinario, amén de los repartimientos de fuentes y puentes que le hacía cada día la villa de Madrid), declaró que no podía acudir “de ninguna manera” a la paga de los réditos pendientes. Había intentado arrendar a pasto cierta parte de sus términos, usando de la correspondiente facultad real, pero por ser la tierra poco dispuesta para ello y no encontrar arrendatarios no había tenido éxito en el empeño. Por eso, y porque la cantidad que montaban los réditos del censo tenía que sacarla a base de efectuar repartimientos directos entre los vecinos, solicitó licencia para arrendar a labor varios pedazos de tierra de su propiedad, unas 18 fanegas de sembradura en total, que podían rentar hasta 12 fanegas de trigo al año, para, una vez vendidas, ir pagando alguna parte de aquéllos. Hechas las diligencias que se acostumbraban realizar en estos casos, el Consejo de Hacienda concedió en 19 de diciembre de 1619 el arbitrio que la villa pedía, en principio por espacio de 10 años²⁹.

Obviamente, desde la perspectiva de la Corona tales concesiones se hacían “por especial gracia y *para facilitar más las dichas ventas*”, expresión que procede de la real cédula de 27 de septiembre de 1627 por la que se facultaba al factor general Bartolomé Spínola para vender vasallos, alcabalas, tercias y otras cosas. Uno de sus capítulos contemplaba expresamente el otorgamiento a los concejos que se decidían a comprar (como también a los particulares) de licencias para tomar a censo sobre sus bienes y rentas las cantidades que hubieren de desembolsar, pero también para poder usar de los arbitrios que en el Consejo de Hacienda se aprobaran a propuesta de los propios concejos, así para la paga del precio de la cosa comprada como para la

²⁸ AGS, MP, leg. 259.

²⁹ AGS, CJH, leg. 572.

redención y abono de los réditos de los censos que para ello concertasen. Nada en cualquier caso que no se hubiera concedido antes, bien de forma general (las ventas llevadas a cabo por la Diputación del Medio General de 14 de mayo de 1608 constituyen un ejemplo señalado), bien particularmente a este o aquel concejo, ni tampoco que no fuera a seguir concediéndose después³⁰. “Désele la facultad que pide”, fue por ejemplo la respuesta escueta pero suficiente, una más entre tantas del mismo tenor, que el Consejo de Hacienda dio a la solicitud de la villa de Las Hormazas (Burgos) para tomar a censo, amén de 300 ducados para otros gastos, los 1.926.844 mrs. que costaron sus alcabalas (una vez deducido del precio el principal de un juro perpetuo que pesaba sobre ellas), y para hipotecar, además de las mismas alcabalas, los propios, dehesas y otras cualesquier heredades concejiles, prados y sotos que perteneciesen a la villa³¹. Ocho años de plazo concedió, a su vez, el Consejo de Hacienda a la villa de El Molar (Madrid) para usar de diferentes arbitrios con que pagar y redimir el censo de más de nueve cuentos de maravedíes que dicha villa había tomado para la compra de sus alcabalas; consistían los tales arbitrios en poder cortar las encinas que estaban en las viñas y heredades del término de la villa, las de los barrancos y las de la dehesa de las Majadas, y sobre todo en romper para sembrar todas las dehesas, ejidos y demás baldíos comprendidos en el ámbito de su jurisdicción³².

Semejantes atentados contra lo público y concejil adquirieron proporciones inusitadas con ocasión de esas otras operaciones iniciadas a raíz de la interposición de demandas, por parte del fiscal del Consejo de Hacienda, contra algunos concejos de Andalucía que percibían alcabalas sin tener “causa, título o razón” para ello, o, en otros casos, que se negaban a pagarlas al alegar privilegios inexistentes o al interpretar demasiado libremente otros que sí obraban en su poder, todo ello en consonancia con las elevadas sumas de dinero con que generalmente se cerraron, por vía de acuerdo y composición, tales operaciones. Poder roturar hasta 2.000 fanegas de tierra de sus

³⁰ A facilitar las ventas y ampliar la capacidad de crédito de las localidades se encaminaba asimismo la suspensión o derogación, en cada caso, de ciertas disposiciones legales susceptibles de embarazar aquéllas, como la pragmática que impedía a los labradores ser fiadores de los concejos en los préstamos que tomaren, o esa otra de 27 de marzo de 1627 sobre la reducción y consumo de la moneda de vellón a su justo valor que prohibía asimismo el dar y tomar dinero a censo.

³¹ AGS, CJH, leg. 560.

³² Pujó la villa dichas alcabalas en 500 mrs. más por cada millar de renta pues se habían vendido en primera instancia a don Antonio de Eguino y Zubiaurre, su señor. Éste contradujo las pretensiones de la villa advirtiendo no ya de lo perjudiciales que eran los arbitrios que pedían los vecinos sino sobre todo que eran muy “cortos” para la cantidad que habían de pagar, “que es imposible que pudiesen hacer frente a ella”. Finalmente, sin embargo, fue el propio don Antonio quien dio a censo los dineros que la villa necesitó para efectuar la “real paga”. AGS, CJH, legs. 558, 559 y 560.

dehesas y baldíos fue, sin ir más lejos, tal como se recogía en el asiento firmado con ella el 26 de noviembre de 1618, el arbitrio concedido a la localidad sevillana de La Puebla de Cazalla para redimir y pagar los réditos del censo de 40.000 ducados de principal que tomó para concertar el pleito sobre sus alcabalas que le había puesto el fiscal de la Real Hacienda³³. También con la misma finalidad le fue otorgada a Arcos de la Frontera (Cádiz) facultad para tomar a censo 70.000 ducados, incluidos 7.000 ducados para costas; pues bien, a los efectos hacer posible su redención y de contribuir a la paga de los réditos que fueren cayendo, la ciudad consiguió, a su vez, licencia para romper, arrendar y sembrar hasta 4.000 fanegas de sus baldíos, montes y dehesas, y arrendar la bellota de los montes, baldíos y tierras de labranza de su término³⁴. Por su parte, Alcalá de los Gazules (Cádiz) pidió y obtuvo por las mismas fechas facultad para arrendar y sembrar 4.000 fanegas de tierra de sus baldíos, montes y dehesas, “así de las que han sido rotas como de las bravías y por romper”, de modo que con su producto pudiera redimir el censo de 60.000 ducados contraído con motivo de la composición de sus alcabalas, a cuyo efecto podría también arrendar la hierba y bellota de dichas dehesas, baldíos y montes, y hacer de los baldíos dehesas cerradas, “no embargante cualquiera contradicción que aya de vecinos”³⁵. A Osuna, para que pudiese redimir y pagar los censos que tomó para el desembolso de los 345.000 ducados de la composición de sus alcabalas (y de otros 12.000 para costas), se le dispensó igualmente licencia para arrendar las tierras, dehesas, montes de bellota, ejidos y demás bienes que tuviese, y para romper las tierras que ya lo hubiesen sido con anterioridad, además de otras 4.000 fanegas de tierras, dehesas y baldíos que nunca habían sido roturadas³⁶. E idéntico procedimiento se siguió, atendiendo claro está al tamaño de la localidad y a la envergadura del negocio que se ventilaba en cada caso, con Espera, Lucena, Pruna, Archidona, Priego de Córdoba, Alhama de Granada³⁷, Olvera, Alcalá la Real, Antequera y varias poblaciones más que en otro tiempo habían sido frontera del antiguo reino nazarí de Granada.

³³ AGS, CC.GG., leg. 901, fol. 38. Posteriormente la villa pidió licencia para tomar a censo otros 2.000 ducados para gastos “porque de otra suerte no podrá conseguir su pretensión”. AGS, CJH, leg. 571.

³⁴ AGS, MP, leg. 259 y CC.GG., leg. 899, fol. 3.

³⁵ AGS, MP, leg. 252, CC.GG., leg. 899, fol. 4 y CJH, legs. 561 y 566.

³⁶ AGS, DGT invt. 24, leg. 289, fol. 46; CC.GG., leg. 899, fol. 39 y CJH, legs. 555 y 583.

³⁷ Realmente en este caso la cosa comprada por la ciudad de Alhama, a cambio de 20.000 ducados, no fue la propiedad de las alcabalas sino más bien su petrificación perpetua en 118.688 mrs. anuales, de que se le otorgó privilegio en 21 de marzo de 1617. Éste, sin embargo, sería cuestionado en 1680 por el fiscal de la Real Hacienda, lo que dio lugar a la apertura de un largo pleito que concluyó con la expedición de un nuevo privilegio confirmador del anterior y la satisfacción por la ciudad de 60.000 reales más, para cuya paga se la concedieron nuevos arbitrios en la línea de la primera vez. AGS, MP, legs. 255, fol. 24 y 262, fol. 28; y CJH, legs. 536 y 551.

Pero las fabulosas sumas que algunas de estas ciudades y villas se comprometieron a entregar a la Real Hacienda (no siempre fáciles de allegar por otra parte)³⁸ obligaron a muchas de ellas a echar mano de otros arbitrios al no ser suficientes los señalados. A Lucena, por ejemplo, se le permitió, no ya sólo romper y arrendar algunos ejidos y baldíos de su propiedad como era costumbre hacer en estos casos, sino también vender directamente al mejor postor ciertas dehesas de la villa para viñas y olivares, junto con otras heredades y tierras de pan llevar y unas casas principales que acababa de adquirir el concejo para “hauitar la justicia”, a lo que se unía, de otro lado, la posibilidad de echar, en la cantidad que pareciere conveniente, sisas sobre todos los mantenimientos, salvo en el pan cocido, y en toda suerte de “trato, granjería y mercaderías” que se vendiesen, y la de repartir por vía de empréstito (esto es, con compromiso de devolución) alguna suma entre los vecinos conforme a sus haciendas, todo por tiempo de ocho años, aunque no se descartaba la prórroga de dicho plazo “por el mismo tiempo que fuere necesario”³⁹. El recurso a las dichas sisas (y a otros procedimientos no menos lesivos para el conjunto de la población como tomar dinero prestado del pósito o hacer repartimientos entre los vecinos) está presente asimismo en los asientos concertados con Arcos de la Frontera, Osuna, Archidona, Priego, Alhama, etc., si bien de todos los que hemos tenido ocasión de analizar en ninguno se enuncia tan detalladamente en que consistían aquéllas como en el negociado con Alcalá la Real. Así, para hacer frente a los intereses y redimir los 70.000 ducados de censo que tomó para componer sus alcabalas (más otros 1.500 para costas y salarios), esta localidad jienense pudo disponer de licencia para roturar y sembrar 4.000 fanegas de tierra de “sus” baldíos y montes, y para arrendar la bellota de las encinas y quejigos. Sin embargo, también se le concedió facultad para imponer contribuciones sobre algunos de los consumos y tráficos más corrientes que se verificaban en ella, a saber: 2 mrs. en cada libra

³⁸ En una petición de 1617, un poco posterior a la firma del asiento de 4 de febrero de ese año por el que se comprometió a servir a su majestad con 130.000 ducados por la composición de sus alcabalas, la villa de Priego hacía saber al Consejo de Hacienda que andaba buscando tal cantidad en la Corte y en las ciudades de Sevilla, Córdoba y otras partes. Entendía en la tarea el doctor Pedro de Toro, alcalde mayor, y si bien los corredores y personas que le ayudaban a buscar tales ducados le pedían un 1,5% de comisión, cosa que parecía excesiva, sin su ayuda, añadía la villa, “se tiene por dificultoso hallar dicho dinero”. Pedía Priego, por tanto, habida cuenta además de que de dichos gastos no se acostumbraba a dar cartas de pago, que se le pasase por relación jurada del referido Pedro de Toro cuanto se gastare en lo susodicho, no menos de 3.000 ducados en total según las previsiones más ajustadas que hacía. AGS, CJH, leg. 551.

³⁹ AGS, CC.GG., legs. 899, fol. 32 y 901, fol. 28.

En otros asientos esta limitación temporal se consignó de una manera más elástica todavía. En Osuna, por ejemplo, los arbitrios correrían durante todo el tiempo que estuviere en pie la deuda contraída, sin más requisito que el de presentar, cada seis años, cuenta de lo que de ellos hubiese procedido, y razón de en qué y cómo se había gastado dicha recaudación. AGS, CC.GG., leg. 899, fol. 39.

grande de carne y pescado que se pesare en la ciudad; 1 maravedí en cada panilla de aceite; 4 mrs. en cada arroba de vino; 17 mrs. en cada arroba de pescado y de fruta verde o seca que pasare de 12 reales de valor; 4 reales en cada libra de seda; 17 mrs. en cada vara de paño menor y 34 mrs. en la de paño mayor; un cuartillo en la vara de lienzo; 6 reales en cada docena de corambres en pelo o curtidos; 34 mrs. en cada cabeza de ganado que se vendiese en el rastro, y 2 reales si fuese de cerda; 34 mrs. en cada arroba de lana de las que se sacaren de la ciudad por los genoveses y otras personas; y en los demás tratos (cabía, pues, la posibilidad de introducir otras imposiciones), la sisa que pareciere, ajustándose con la justicia de manera que nadie recibiera agravio⁴⁰. En resumidas cuentas, la imposición de nuevas cargas sobre el consumo de productos esenciales y el aumento de los espacios de propiedad municipal explotados a renta (cuando no su enajenación pura y simple) se perfilaron desde muy pronto como los principales recursos utilizados por los pueblos para subvenir a las necesidades financieras creadas con motivo de la compra al monarca de cuanto éste, espoleado por sus propias necesidades, puso a la venta.

También las ventas de oficios, cuando éstos eran adquiridos y pagados por las municipalidades, circunstancia que tendría lugar con bastante frecuencia, repercutieron negativamente sobre los patrimonios concejiles. Sean dos ejemplos que lo testimonian. A la villa de Almendros, de la Orden de Santiago, en el partido de Ocaña, para poder redimir los censos suscritos con ocasión (1597) de la operación de consumo de los oficios de regidores, alférez y depositario por un valor de 1.685.000 mrs.⁴¹ y hacer frente a los intereses subsiguientes se le concedió licencia para, entre otras cosas, cortar la mitad de un monte y roturar lo cortado por espacio de tres años, hacer coto de un

⁴⁰ Se contemplaba asimismo que todas las cabezas y asaduras del ganado que se vendiese en las carnicerías se harían pesar al precio de las demás carnes; y de lo que de ello procediere se daría a los obligados y dueños de ellas lo acostumbrado en tanto que el resto se aplicaría a esta composición. En fin, si faltaba algo por pagar de la cantidad principal, se podría repartir entre los vecinos “de todos estados y calidades, sin eçetar a persona”; eso sí, el tal repartimiento se haría “por vía de empréstito”, devolviendo a cada uno lo que se le hubiere repartido con el dinero procedente de los referidos arbitrios. AGS, MP, leg. 253 y CJH, leg. 551.

⁴¹ Se trataba de oficios que habían sido creados y acrecentados por la Corona sin otra pretensión que la de ser vendidos a particulares, cosa que tuvo lugar, en efecto, en los años setenta y ochenta del siglo XVI. Todavía no había finalizado éste, sin embargo, cuando se acudió por parte de la villa al Consejo de Hacienda representando los “daños e ynconvinientes” que se seguían de ser los dichos oficios perpetuos, por lo que solicitó su consumo a fin de que en lo sucesivo sólo pudiera haber dos regidores añales, uno hidalgo y otro pechero, elegidos y nombrados conforme a la ley capitular de la Orden de Santiago, esto es, por insaculación, como se procedía con los alcaldes ordinarios. La merced regia le costó a la villa 1.106.250 mrs., pero dado que hubo de desembolsar a los propietarios de los oficios los 538.750 mrs. que pagaron en su día por ellos y que invirtió otros 40.000 mrs. en costas, el coste final de la operación se elevó hasta los 1.685.000 mrs. dichos. AGS, MP, leg. 256.

terreno concejil y arrendarlo por seis años, prorrogar por otros tres el que tenía hecho para la paga del servicio de millones, y arar y arrendar la décima parte de otro monte; en definitiva, para convertir en bienes de propios terrenos que eran (que habían sido hasta entonces) de aprovechamiento vecinal. Nada menos que 26.000 ducados tuvo que desembolsar, a su vez, la villa de Arjona, según el asiento negociado con la Real Hacienda el 20 de mayo de 1622, para hacerse con los oficios de almotacén y correduría de dicha villa y los de Arjonilla que el rey había puesto a la venta y que sin embargo aquélla reclamaba como suyos. Para redimir el censo que con este fin se vio obligada a concertar (y que comprendía otros 1.000 ducados para gastos), se la concedió facultad para romper y arrendar, a pasto o labor, por tiempo de 16 años, 2.000 fanegas de tierra en diferentes dehesas y baldíos de su término, espacios que durante dicho periodo quedarían apartados de su utilización común. No era, de todas formas, la primera vez que la villa recurría a tal expediente, sino algo que su ayuntamiento venía practicando desde hacía 20 años por lo menos, entre otros motivos que sepamos, para financiar el consumo de oficios de regidores, depositario, escribanos de ayuntamiento y fieles ejecutores realizado en virtud de otro asiento de 5 de octubre de 1606, en que se contempló la toma a censo por parte de Arjona de otros 33.500 ducados ⁴².

Fueron muchas, en todo caso, las ciudades, villas y lugares que compraron los oficios que su majestad iba creando o acrecentando; o, simplemente, que se concertaron con la Real Hacienda para retener, a cambio de las correspondientes entregas dinerarias, unos oficios que creían suyos pero que, según argumentaban los burócratas encargados de contradecir semejante posesión, pertenecían al rey, habiéndolos disfrutado las localidades sólo en fuerza de costumbre inmemorial. Dichas operaciones, al igual que los consumos de oficios previamente perpetuados o las compras, en el caso de otros, de la promesa de que nunca serían vendidos ⁴³, comportaron nuevos y crecientes dispendios para las haciendas municipales y, de seguido, la toma de censos para poder afrontarlos, lo cual indefectiblemente solía desembocar en el establecimiento de arbitrios que permitieran redimir lo más pronto posible tales cargas y pagar mientras tanto sus intereses. Entre esos arbitrios, la imposición de sisas (“echar sisas”, como se decía) sobre los mantenimientos y otras mer-

⁴² AGS, MP, leg. 260.

⁴³ Así, por ejemplo, el 3 de diciembre de 1618 la villa de Alhaurín (Málaga) hizo obligación de pagar a su majestad 1.200 ducados por la compra de los oficios de fiel del peso de la harina y carnerería, pero también por la promesa de que no serían vendidos los de alcalde del agua, padre de menores, herrete de sastrería, mayordomo del concejo y guarda del campo. Para hacer frente a este gasto la villa pidió facultad para por tiempo de ocho años poder arar y sembrar las dos dehesas boyales que tenía de su propiedad, y hacer asimismo cierto repartimiento entre los vecinos. AGS, MP, leg. 252 y CJH, leg. 559.

cancías que se compraban y vendían fue el procedimiento corriente (más corriente incluso que otros ya señalados) seguido en estos casos, llegando tales gravámenes a alcanzar en numerosas ocasiones un indudable —y asfixiante— protagonismo.

Sirva de ejemplo ilustrativo de esta última afirmación la compra, en 1618, por Medina de Rioseco del peso del concejo, de que el monarca le hizo merced (era el giro eufemístico empleado por la Hacienda regia en tales tratos, ya que no se trataba de una concesión graciosa o gratuita), vendiéndosele perpetuamente. Tras un largo toma y daca entre la parte compradora y la vendedora, en que intervino también el almirante don Juan Alfonso Enríquez de Cabrera, duque y señor de la villa, y a la postre beneficiario último de este negocio⁴⁴, el precio final de la operación quedó establecido en 44.000 ducados, que la villa ferial provista de la necesaria facultad real tomó a censo, junto con otros 2.000 ducados para costas. Para proceder a su paga y redención, es decir, para salir de la situación de endeudamiento a la que por la razón dicha se había visto abocada, se le permitió vender los baldíos que había comprado del rey “de 50 años a esta parte”; pero no siendo suficiente la suma de dinero que a través de este medio podía juntar y habida cuenta a su vez de que ya tenía cargados 8.500.000 mrs. de principal de otros censos sobre sus propios y rentas, la mayor parte de aquella cantidad necesariamente había de proceder de nuevos arbitrios que la villa se apresuró a solicitar y finalmente se le concedieron, arbitrios que alcanzaban prácticamente a todos los productos de consumo y mercaderías que se vendían en ella⁴⁵. Ciertamente, la

⁴⁴ Nada más conocerse las pretensiones regias, el almirante reclamó la propiedad de este derecho que, según él, la villa poseía sólo por “permisión de sus antepasados”, a quienes verdaderamente pertenecía por haberlo recibido, junto con las demás cosas de aquélla, de los antepasados del actual monarca. En un extenso memorial enviado con este motivo a Felipe III en 1615 decía mostrarse “grandemente interesado” en que se mantuviese a Medina de Rioseco en esa posesión, pues de ella dependía la propia conservación de la villa “por ser de tan gran trato y comercio” y tener librado en la renta y valor de dicho peso la paga del servicio ordinario y extraordinario y otras derramas y repartimientos “por no dar causa que aya distinción de hidalgos y pecheros”. No obstante, tras este obligado preámbulo, el duque se comprometía a instar a la villa para que, en lugar de defenderse y seguir pleito, “sin embargo de su notoria justicia”, hiciese algún servicio al monarca por razón de las pretensiones que su real Corona y Hacienda podían tener sobre ello. Eso sí, pedía que el dinero que hubiese de desembolsar Medina de Rioseco no entrase en las arcas del rey sino en las de su casa y mayorazgo por la gran necesidad en que estaba de ser socorrido con alguna gracia y merced, cosa que finalmente obtuvo, sin duda porque el ser yerno del valido (había casado con la hija de éste, doña Luisa de Sandoval) facilitaba mucho las cosas. AGS, CJH, leg. 558.

⁴⁵ La relación es amplia, pero merece la pena reproducirla por cuanto expresa a la perfección esta realidad que comentamos. La villa, en efecto, pidió licencia para echar sisa en los siguientes productos: en cada cabeza de carnero, 8 mrs.; en cada cabeza de oveja, 4 mrs.; en cada libra de tocino que se vendiere en mercado y fuera de él, 2 mrs.; en cada millar de huevos, 4 mrs.; en cada carga de limón y naranjas, 17 mrs., y de cualquier otra fruta, 34 mrs.; en cada cabeza de cordero,

cantidad y calidad de éstas, su procedencia incluso, atestiguan que la actividad comercial que había tenido como escenario Medina de Rioseco se mantenía, por estas fechas primeras del siglo XVII, dentro de unos niveles todavía aceptables, como efectivamente así lo indican otras informaciones; incluso los regidores podían pensar que las nuevas figuras impositivas que ahora creaban iban a ser, por dicha razón precisamente, más soportables. No es menos verdad, sin embargo, que una proliferación tal de gravámenes representaba una seria amenaza para el normal desenvolvimiento de los intercambios de cara al futuro inmediato y sin duda hubo de tener su particular cuota de responsabilidad en el descenso del volumen de contratación de la villa que se aprecia a partir de 1620, sin tener que esperar por tanto a fechas posteriores en que este fenómeno también ha podido ser detectado⁴⁶.

De todas las formas, y es lo que importa subrayar, lo acontecido en Medina de Rioseco no representa un caso aislado, sino una situación que se repite por doquier. De hecho, la variedad y multiplicación de arbitrios extraordinarios llegó a ser la norma para enfrentar las situaciones de endeudamiento municipal que se derivaron de la compra, por los concejos, de aquellos bienes y efectos del patrimonio regio cuya venta la Corona tuvo a bien disponer. Veámoslo a través de otros dos ejemplos, relacionados asimismo con la venta de oficios. A la villa de Priego (Cuenca) se le dio facultad en 16 de septiembre de 1617 para que pudiese tomar a censo 774.000 mrs., los 714.000 por el precio en que se le acababan de vender los oficios de corredor, mojonero y almotacén y los 60.000 restantes para pagar la alcabala del referido

4 mrs.; en cada cabalgadura mayor, 34 mrs., y en la menor, 8 mrs.; en cada fanega de avellanas, nueces y castañas, 8 mrs.; y de garbanzos y lentejas, 8 mrs.; en cada cuero de vaca en pelo, 8 mrs.; en cada cuero de ijada, 4 mrs.; en cada cabeza de ganado de cerda, muerto o vivo, 8 mrs.; en cada castrón fresco, 8 mrs.; en cada paño de Segovia, 68 mrs., de Villacastín, 51 mrs., de Frechilla, 34 mrs. y de Amusco, 17 mrs.; en cada paño de Viguera, Aragón y otras partes, 34 mrs.; en cada pieza de bayeta de Segovia, 34 mrs. y de Burgos, 17 mrs.; en cada pieza de frisa y de raja de Villacastín, 34 mrs.; en cada pieza de cordellate, 17 mrs.; en cada pieza de bayeta de Flandes y de Inglaterra, 34 mrs. y de Sevilla, 51 mrs.; en cada pieza de Perpiñán, 34 mrs., de fustanes, 8 mrs. y de Cambrai, 17 mrs.; en cada manta y cobertor [de Palencia], 4 mrs.; en cada tercio de lienzo, 34 mrs.; en cada tercio de estopa, 17 mrs.; en cada carga de sogas, 17 mrs.; en cada arroba de pan de linaza, 8 mrs.; en cada carro de carbón, 17 mrs.; en cada carro de madera, 17 mrs.; en cada carga de Talavera y vidrios, 17 mrs.; y en cada arroba de zumaque, 2 mrs. Luego, es verdad, el Consejo de Hacienda rebajaría un tanto las pretensiones de la villa pero terminó ratificando la mayoría de las sisas solicitadas. En todo caso, lo que se hacía con Medina de Rioseco no representaba una excepción; como argumentaban sus munícipes, las mismas sisas y “otras más y mayores” habían sido concedidas “para semejantes casos” a las localidades de Villada (Palencia) y Santa María del Rey (¿) por sendas licencias fechadas el 19 de mayo de 1615 y el 15 de junio de 1618. AGS, CJH, leg. 558.

⁴⁶ Sobre la evolución de la coyuntura comercial de Medina de Rioseco en estos años, cfr. Bartolomé YUN CASALILLA, *Sobre la transición al capitalismo en Castilla. Economía y sociedad en Tierra de Campos (1500-1830)*, Salamanca, 1987, pp. 408-418.

censo y hacer frente a otros gastos. Meses más tarde, en febrero de 1618, con el fin de redimir y quitar esa carga y pagar sus réditos, la villa se dirigió de nuevo al monarca, esta vez en solicitud de facultad de arbitrios; en concreto, para echar sisa en los mantenimientos de carnes, vino, pescado y aceite, productos que soportaban otras sisas para la paga de los millones; para hacer *redonda* en un monte y cerro y arrendar su hierba y pasto, como se había hecho antes también para la paga de los millones; para romper y sembrar diversos ejidos y hacer un prado cerrado; para cortar los quejigos, robles y pinos viejos de dicho monte y venderlos para leña, así como para limpiar y mondar lo nuevo de él; para cortar y vender para leña las encinas de otro monte, y limpiar, mondar y escamondar todas las encinas nuevas que en él hubiere, vedándole al ganado⁴⁷... Es decir, más impuestos sobre el consumo de ciertos bienes esenciales y menos terrenos de aprovechamiento colectivo para lo sucesivo, actuaciones que, como ya se ha señalado, redundaban en perjuicio, sobre todo, de los más desfavorecidos⁴⁸. Eso es lo que acabaría ocurriendo, asimismo, en Quintanar del Marquesado, donde la compra en 1617 de los referidos oficios de corredor y almotacén se tradujo, gracias al respaldo de las necesarias facultades regias, en la toma a censo de los 443.000 mrs. de su precio y de otros 75.000 para costas y gastos, así como en la puesta en marcha, a continuación, de los inevitables arbitrios para financiar dicha deuda, consistentes por un lado en el arrendamiento de la dehesa y de las *redondas* de entre las viñas, en la corta de leña en los montes de la villa y en la formación de un coto, y por otro, en la imposición de un maravedí en cada arroba de vino, de 4 mrs. en la de aceite y de un maravedí en cada real de los que costare cada pieza de paño y de cordellate que se vendiere en la villa, si bien este último gravamen fue desestimado finalmente por el Consejo de Hacienda⁴⁹.

Poco importa que a menudo, como demuestra una amplia casuística, tales compras obedecieran más a intereses particulares que colectivos. No es menos cierto, sin embargo, que cuando esto ocurría, los que las promovían se esforzaban por presentar como un negocio que incumbía a todos los vecinos (sólo así éstos se avendrían a pagar la factura correspondiente) unas transacciones que, en el fondo o desde el principio, tenían que ver, sobre todo, con el medro y

⁴⁷ AGS, CJH, leg. 557.

⁴⁸ Más aún, cuando el empeño podía afectar también al libre usufructo de otros derechos comunitarios como la caza o la pesca. En 1618, por ejemplo, el lugar de Irueste, jurisdicción de la ciudad de Guadalajara, pidió licencia para poder arrendar, por tiempo de 12 años, la pesca de un arroyo que pasaba por su término para con su producto sufragar el censo tomado para pagar la correduría y mojonería que había comprado. El Consejo de Hacienda no tuvo ningún problema para conceder lo que se pedía y lo único que hizo fue rebajar a ocho años el tiempo de vigencia de la facultad. AGS, CJH, leg. 560.

⁴⁹ AGS, CJH, leg. 557.

ambiciones de unos pocos particulares. A esta circunstancia se referían precisamente ciertos vecinos de Porcuna (Jaén) en carta dirigida al Consejo de Hacienda de 31 de julio de 1618 en la que, hablando según ellos en nombre de toda la villa, denunciaban que quienes por esas fechas estaban pretendiendo perpetuar los oficios de regidores añales eran únicamente 20 personas, “los más ricos y poderosos del lugar y los que han de llevar las cargas y pechos dél”, y que su propósito, al adquirir dichos oficios, no era otro que “ebadirse de ellas [las cargas] y echarlas a los pobres”. La mudanza, con independencia de la veracidad de los argumentos de unos y de otros, parecía en todo caso difícil de aceptar por cuanto hacía sólo 18 años que Porcuna había consumido tales oficios, tornándolos de perpetuos en añales, a cuyo fin la villa representó a su majestad las “muchas causas e inconvenientes” que en aquel momento había para ello, las mismas que, según los denunciantes, todavía seguían en pie. Además, los censos tomados entonces para costear la referida operación, y que ascendieron a más de 26.000 ducados, aún no se habían redimido ni se podían pagar sus intereses, debido a que la villa no tenía propios y los vecinos estaban con “grandísima necesidad y pobreza”⁵⁰. Un panorama poco halagüeño, en definitiva, que permitía adivinar sin mayores problemas cómo iba a acabar esta historia.

Las ventas y exenciones de lugares, de vasallos y jurisdicciones, fueron otra de las vías de endeudamiento municipal más transitadas por aquellos concejos que se aventuraron a comprar lo que en tales ocasiones se vendía, esto es, su propio “señorío, vasallaje y jurisdicción”. Se trataba las más de las veces, en efecto, de adquirir la propia jurisdicción cuando ésta era puesta en almoneda y se temía, por la razón dicha, que fuera a recaer en un particular, de anticiparse en definitiva a semejante eventualidad o, si ésta se había producido ya, de salir al tanteo pujando el precio ofrecido la primera vez. Así, muchos pueblos pertenecientes a encomiendas y mesas maestras de las Órdenes Militares, a monasterios, iglesias, dignidades episcopales y cabildos catedralicios desmembrados en el siglo xvi en virtud de diferentes bulas pontificias e incorporados a la Corona para ser vendidos a continuación prefirieron comprarse a sí mismos (y endeudarse) antes que verse convertidos en dominio de un nuevo señor⁵¹. “Por se redimir de lo susodicho y por el gran daño y perjuizio que se les seguía siendo de señor particular”, los vecinos de Belinchón (Cuenca) suplicaron a

⁵⁰ AGS, CJH, leg. 559.

⁵¹ El estado de la cuestión más completo hasta la fecha, por el volumen de información recopilada, es el de María Ángeles FAYA DÍAZ, “La venta de jurisdicciones eclesiásticas en la Corona de Castilla durante el reinado de Felipe II”, en José Martínez Millán (dir.), *Felipe II (1527-1598). Europa y la Monarquía Católica*, II, Madrid, 1998, pp. 239-303. Para la venta de señoríos de las Órdenes Militares hay que acudir todavía a Salvador de Moxó, “Las desamortizaciones eclesiásticas del siglo xvi”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31 (1961), pp. 327-361, y a José Cepeda Adán, “Desamortización de tierras de las Órdenes Militares en el reinado de Carlos I”, *Hispania*, 146 (1980), pp. 487-528.

Felipe II en 1579 que les desmembrara y apartara de la dignidad arzobispal de Toledo a la que habían estado sujetos hasta entonces y les metiera e incorporara en la corona y patrimonio real de Castilla, dando por nulas otras actuaciones anteriores. En la misma reclamación de exención representaron que hacía un mes que se había dado posesión de la villa a don Juan Hurtado de Mendoza, quien la había comprado de Juan María Corvari y Juan Antonio Marín, cesonarios a su vez de Nicolao de Grimaldo, príncipe de Salerno, el cual, por su parte, la había habido en virtud de los acuerdos asentados en el Medio General de 1577, y que, “aunque están muy pobres, gastados y fatigados con la grande esterilidad de los tiempos” y por haber contribuido con 6.000 ducados por las “tierras baldías concejiles”, tenían gran deseo de servir a su majestad, rescatándose y poniéndose en su real corona, a condición, claro está, de que se les concediese lo que pedían. Y lo que pedían era lo corriente en estos casos, o sea, facultad para tomar a censo los 4.891.020 mrs. que se presupuso valdría la exención (luego, una vez hechas las correspondientes averiguaciones sobre el número exacto de vecinos y el valor de las rentas jurisdiccionales, ese precio subió hasta los 7.688.632 mrs.) y arbitrios para poder desempeñarse lo más pronto posible de la cantidad comprometida. Destacaba entre ellos el permiso para vender a perpetuidad la “dehesilla” que estaba en el Montecillo, de la que esperaban sacar unos 2.500 ducados, y la facultad para adehesar y cerrar el pinar, vedando su aprovechamiento a los vecinos. Pero no faltaba, además, la concesión para poner portazgo y cobrarlo de todas las mercancías que en cargas o en carros se llevaren o pasaren por la villa, así como licencia para echar sisa en los mantenimientos que se vendieren en la carnicería, tienda, taberna y mesones durante el tiempo que durase el desempeño, imposiciones que inevitablemente habían de provocar un encarecimiento de tales artículos de consumo⁵². También el lugar de Abejar (Soria) pidió su exención de la dignidad episcopal de Osma y del gobernador y alcaldes mayores de El Burgo al tener noticia de que el referido Nicolao Grimaldo había pretendido dicho lugar para venderlo a Alonso de Salinas, vecino de Burgos, acreedor suyo, el cual, a su vez, había tratado de venderlo a don Alonso Vinuesa, vecino y regidor de Soria, y caballero del hábito de Santiago. Pues bien, al igual que Belinchón y otros muchos lugares por esas mismas fechas, Abejar no tuvo problemas para conseguir lo solicitado. En el asiento firmado con la Real Hacienda el 22 de marzo de 1580 se puso por condición que “se les dé cédula para repartir y hechar por sisa lo que fuere menester para pagar esta merced, y para que lo puedan tomar a censo sobre los propios y bienes del concejo, y bender al quitar lo que les pareciere que con menos daño se pueda vender”. Es decir, aunque el documento en cuestión no entraba en demasiadas especificaciones, también en este caso

⁵² AGS, MP, leg. 264, fol. 44 (asiento de 29 de octubre de 1579).

quedaba claro de dónde iban a salir los dineros para pagar, multiplicada por el propio discurrir del tiempo, la deuda contraída inicialmente⁵³.

Las compras de la propia jurisdicción no fueron únicamente una respuesta de ciertas localidades ante su inminente señorialización. Hubo también lugares que se aprovecharon de los apuros regios, de la necesidad de vender del monarca, para eximirse a título oneroso de las villas y/o ciudades de las que dependían jurisdiccionalmente, esto es, para comprar el privilegio de villazgo y convertirse, como solía decirse, en “villas de por sí y para sí”. Operaciones de este género se concertaron ya en la segunda mitad del siglo XVI, pero menudearon sobre todo en la centuria siguiente, más concretamente a partir de 1625. El lugar de Alcohujate (Cuenca), por ejemplo, sirvió a su majestad con 3.059.000 mrs. por su exención de la ciudad de Huete, operación en la que entró asimismo la compra de la jurisdicción del despoblado anejo de Gascañuela y el consumo de dos escribanías del número: en el asiento correspondiente, de 2 de noviembre de 1598, se contempló, entre otros arbitrios que habrían de permitir a la nueva villa redimir el censo tomado para hacer efectiva la citada cantidad, la concesión de licencia para echar sisas en todos los mantenimientos que se vendieren, arrendar las tierras que se habían roturado para la paga de los millones (así como las dehesas arrendadas entonces con este mismo propósito, amén de la pesca del río y la caza), y tomar prestadas las ganancias del pósito⁵⁴. De 17 de febrero de 1628 data, a su vez, la escritura de venta en favor del concejo, justicia y regimiento de Alora de su jurisdicción y exención de la ciudad de Málaga. Por el asiento previo suscrito con el Consejo de Hacienda, se dio facultad a la villa para tomar a censo los 9.600.000 mrs. de su precio (subido más adelante, tras la averiguación del número exacto de vecinos, hasta los 12.400.000 mrs.), y poder usar, de cara a la redención y pago de los intereses de dicho préstamo, de aquellos arbitrios que la parecieren más “justos y convenientes”⁵⁵. Aldea del Río no llegó, en cambio, a eximirse de la ciudad de Córdoba, siendo vendida finalmente su jurisdicción a don Antonio Alfonso de Sosa, caballero de Santiago, alguacil mayor de la Inquisición y vecino de la referida ciudad, como consta del privilegio despachado en su cabeza el 20 de marzo de 1631. Aunque el lugar amagó por dos veces con salir al tanteo e incluso adelantó 965.250 mrs. de su precio, lo cierto es que terminó echándose para atrás “por no allarse en estado” y “para que se conserven los propios y no se gasten inde-

⁵³ AGS, MP, leg. 251, fol. 12.

⁵⁴ AGS, MP, leg. 253.

⁵⁵ AGS, MP, leg. 257, y CJH, leg. 781.

La venta se hizo en virtud de la real cédula de 22 de septiembre de 1627 dada al factor general Bartolomé Spínola para que pudiese proseguir en la venta de los 20.000 vasallos que de consentimiento del reino junto en Cortes tenía acordado S.M. se vendiesen.

bidamente”. Las razones dadas por Aldea del Río para desistir de su inicial decisión configuran un testimonio de gran interés, pues en ellas aludía, desde su particular experiencia y con gran realismo, a las consecuencias negativas que se derivaban de tales empeños municipales, las mismas en definitiva que no supieron prever o no tuvieron en cuenta otras muchas localidades. Para empezar, Aldea del Río no tenía más propios que una dehesa boyal que servía de abrigo al ganado vacuno “con cuyo reparo se conservan las labores”: si se acensuaba, cargando sobre ella el dinero del tanteo, sería necesario vender la hierba enteramente (y aun así no bastaría para pagar los réditos corridos de cada año), y con su falta perecería el ganado de los vecinos; más nociva, si cabe, podía resultar la solución de roturar dicha dehesa para pan, pues aparte de que durante el tiempo que estuviese en cultivo el ganado de labor había de quedar asimismo desprovisto de pasto verde, al ser “tierra flaca y arenales y ynútil para pan”, no se sacaría de ella renta suficiente para satisfacer el tanteo. Además, repartir el precio entre los vecinos “sería destruyrlos y acuarlos de una vez y [causa de] que esta villa se despoblase por ser pobres los vezinos y estar muy cargados con los pechos y servicios que pagan a S.M.”. En fin, concluía el lugar, también habían de sopesarse otras cuestiones, y en particular la experiencia que se tenía de lo mal que se gobernaban los lugares pequeños que se habían eximido de las cabezas de sus partidos y “las passiones, vandos y parcialidades que entre los vezinos cada día se levantarían”, además de que en ellos no se castigaban los delitos debidamente pues los delinquentes eran a menudo deudos, allegados y conocidos de los alcaldes⁵⁶.

No faltaron, por otra parte, las ciudades y villas cabeceras que pagaron importantes sumas para evitar la amputación de sus respectivos distritos jurisdiccionales, que era al cabo lo que ocurría cuando se enajenaban o eximían sus lugares, abriéndose para ellas, por dichos motivos, nuevas vías de endeudamiento. Tales compras, encaminadas a conservar lo que ya se tenía, siquiera fuese por algún tiempo, fueron frecuentes en el siglo XVII⁵⁷, pero se dieron también en la centuria anterior. En 1559, por ejemplo, la villa de Arévalo (Ávila), enterada de que desde el Consejo de Hacienda se trataba de vender algunos lugares de su jurisdicción, adquirió “por vía de contrato y pacto” y mediante

⁵⁶ AGS, MP, leg. 254, fol. 20, y DGT, invent. 24, leg. 291, fol. 6.

⁵⁷ Se contemplaban por ejemplo en la real cédula de 15 de enero de 1626 que disponía la forma, precios, calidades y condiciones con que se habían de vender los 20.000 vasallos aprobados por el reino; e igualmente en la de 22 de septiembre de 1627, que ordenaba la prosecución de tales enajenaciones tras el parón provocado por el decreto suspensorio de 31 de enero de 1627. Se proclamaba en este segundo caso que las ventas de los lugares a sus cabezas se hacían “no para que muden de estado sino para que se conserben en el que haora se hallan”, eso sí, con la promesa de que “en ningún tiempo” se les puedan quitar ni desmembrar ni volver a vender. Algunos ejemplos en A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, “Ventas y exenciones de lugares durante el reinado de Felipe IV”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXIV (1964), p. 167.

10.000 ducados pagaderos en cuatro plazos, el derecho que a su majestad le pertenecía (o pudiera pertenecer) para vender o enajenar la villa o cualquier otra localidad de su alfoz, así como la promesa regia de que ahora ni en el futuro se produciría tal eventualidad “por ningund título ni caussa que fuese”⁵⁸. También la ciudad de Andújar (Jaén) obtuvo privilegio, despachado el 4 de marzo de 1585, de que en ningún tiempo le serían vendidos ni apartados los dos lugares de Villanueva y Marmolejo que componían su jurisdicción, por 40.000 ducados con que sirvió al monarca. Dicho compromiso se solventaría de un modo diferente al habitual: la ciudad, en efecto, impondría 1.071.428 mrs. de censo y renta al quitar, a razón de 14.000 el millar, sobre sus propios y rentas, para que los gozase el rey (o quien de él tuviese su derecho) hasta tanto no hiciese efectivos los referidos 40.000 ducados. Eso sí, al objeto de facilitarle la redención de este censo se daría a Andújar facultad para tomar a censo otras cantidades y echar sisas en los principales artículos de consumo; y también para arrendar “a pasto y bellota” las dehesas y chaparrales sitios en los baldíos y comunes concejiles durante el tiempo y hasta la cantidad que fuese menester, con excepción de una dehesa que era pasto común con Villanueva y de los ejidos y dehesas propios de los dichos dos lugares⁵⁹. Recibió la ciudad sendas confirmaciones del citado privilegio el 14 de agosto de 1604 y el 22 de noviembre de 1621, pero no debía estar muy segura de su dominio (o simplemente, éste empezó a cuestionársele) porque poco tiempo después suplicó confirmación de la venta, esto es, que se le hiciese de nuevo como si se tratase de una persona particular, “para escusar pleitos adelante”, ofreciendo servir por ello con otros 30.000 ducados, de todo lo cual se le dio privilegio, su fecha 13 de mayo de 1636⁶⁰.

⁵⁸ Había protestado Arévalo previamente alegando que tenía privilegios, cartas y mercedes de los antepasados del rey para no ser vendida ni enajenada de la Corona y patrimonio real, y para que ningún lugar de su tierra pudiese ser apartado de su jurisdicción. También había hecho saber no sólo que no sería “servicio” de S.M. vender ninguno de dichos lugares ni eximirlos, sino que tampoco convenía hacerlo, “porque demás de los daños que a los vasallos de los dichos lugares se seguían [...] y de los malos tratamientos que de los señores particulares recibirían, se causarían muchos pleitos y debates y desasosiegos y gastos sobre las preeminencias y oficios y otras cosas que la dicha villa en los dichos lugares tiene y pretende tener”. Además, si los lugares llegaran a eximirse, para pagar lo que ofreciesen estaba convencida de que habrían de vender sus propios y rentas “y echar grandes censos y tributos sobre sus personas y de sus subcesores”, en cuyo caso además se suscitarían entre los vecinos muchos debates sobre quiénes habían de tomar las varas de justicia y gobernar sus concejos. No obstante, persuadida de que las ventas se hacían por las notorias y urgentísimas necesidades que su majestad tenía, “*por las quales hera forçado socorrerse e ayudarse de su patrimonio y hazienda y de otros aruitrios y cosas de donde poderlas suplir*”, Arévalo se avino finalmente a comprar el derecho que asistía al rey (y que no ponía en duda) para poder vender o enajenar. AGS, MP, leg. 259.

⁵⁹ También se daría licencia a la ciudad para tomar a censo, echar por sisa o arrendar las dehesas otros 4.000 ducados, los 3.000 para la renta del censo del primer año y los 1.000 restantes para gastos. En 29 de octubre de 1583 se otorgó escritura de censo en favor del monarca. AGS, MP, leg. 258.

⁶⁰ Entraban en dicho precio los 2.000 ducados que se suponía valían los oficios de fiscales y contadores cuyo consumo había pedido igualmente la ciudad. AGS, MP, leg. 258.

La devolución a partir de 1587 de la jurisdicción en primera instancia que habían tenido los pueblos de Órdenes Militares hasta 1566 en que les fue arrebatado en beneficio de los gobernadores con el pretexto de la mala administración de justicia⁶¹ obligó asimismo a efectuar importantes dispendios a los lugares afectados, como por ejemplo: Alcolea (Ciudad Real), 3.000 ducados y 100 escudos⁶², Alhambra (Ciudad Real), 4.866 ducados⁶³; Alange (Badajoz), 17.184⁶⁴; Almedina (Ciudad Real), 3.576⁶⁵; Almodóvar del Campo (Ciudad Real), 28.848⁶⁶; Almoharín (Cáceres), 17.770⁶⁷; Beas de Segura (Jaén), 12.192⁶⁸; Socuéllamos (Ciudad Real), 13.488⁶⁹; Campo de Criptana (Ciudad Real), 22.000⁷⁰; Dosbarrios (Toledo), 13.000⁷¹... Pues bien también en estos casos no es difícil imaginarse de dónde sacaron dichas localidades los dineros necesarios para pagar la “merced” que su majestad les hacía, porque, careciendo de la liquidez necesaria, prácticamente sin excepción hubieron de tomarlos a censo, para lo cual recabaron —y obtuvieron— del monarca la oportuna licencia. Los documentos de venta confirman, por otra parte, cuanto se pueda adelantar asimismo acerca de la manera en que dichas localidades sufragaron las deudas contraídas por este motivo: roturando y sembrando antiguos terrenos de pasto, arrendando (e, incluso, enajenando directamente) bienes antaño de aprovechamiento comunal convertidos ahora en bienes de propios⁷², repartiendo entre los vecinos alguna parte de

⁶¹ Véase J. E. GELABERT, *La bolsa del rey...*, *op. cit.*, p.210. Ya se habían referido a estos episodios Modesto ULLOA, *La Hacienda Real de Castilla en el reinado de Felipe II*, 2.ª ed., Madrid, 1977, pp. 675-676, y, sobre todo, Jerónimo LÓPEZ-SALAZAR PÉREZ, “El régimen local de los territorios de Órdenes Militares. Siglos XVI y XVII”, en José Manuel de Bernardo Ares y Enrique Martínez Ruiz (eds.), *El municipio en la España Moderna*, Córdoba, 1996, pp. 285-288.

Copias tanto de la real cédula de 8 de febrero de 1566, por la que se quitó a los pueblos dichos la primera instancia, como de la de 5 de abril de 1587, por la que se dio comisión a Diego del Águila para ir a tratar del asunto de la devolución con los mismos pueblos, se encuentran insertas en los instrumentos (cartas de venta y privilegios) a través de los cuales se formalizaron estas operaciones. Por ejemplo, los que se citan en las notas siguientes.

⁶² AGS, MP, leg. 253.

⁶³ AGS, MP, leg. 255, fol. 25.

⁶⁴ AGS, MP, leg. 255, fol. 26.

⁶⁵ AGS, MP, leg. 256, fol. 7.

⁶⁶ AGS, MP, leg. 256.

⁶⁷ AGS, MP, leg. 257.

⁶⁸ AGS, MP, leg. 264, fol. 33.

⁶⁹ AGS, CJH, leg. 570.

⁷⁰ AGS, CJH, leg. 563.

⁷¹ AGS, CJH, legs. 564 y 570.

⁷² Arrendamientos y negocios de los que, por cierto, no se excluía a los oficiales capitulares no obstante lo contemplado a este respecto en la legislación vigente. Así, por ejemplo, en una de las cláusulas del asiento que se tomó con la villa de Alange, de la Orden de Santiago, sobre su exención y primera instancia de la gobernación de Mérida, en 3 de febrero de 1589, se estipulaba que los alcaldes y regidores podían comprar y arrendar estas partes (se refiere a la propiedad y/o el aprovechamiento de las dehesas, montes y ejidos de la localidad) “como los demás vezinos y sin yncurrir por ello en pena alguna no embargante sus oficios”. AGS, MP, leg. 255, fol. 26.

las sumas concertadas, echando sisas en los mantenimientos, tomando prestado hasta un tercio del caudal del pósito, etc. En definitiva, recurriendo a procedimientos que inauguraban una segunda o tercera fiscalidad, generalmente sobre el consumo de productos de primera necesidad, con lo que ello tenía de socialmente injusto amén de regresivo desde el propio punto de vista fiscal, y/o apelando a métodos que resultaban atentatorios contra la propiedad concejil y el tradicional sistema de aprovechamientos vecinales.

En fin, en esta alocada carrera a la búsqueda constante de “arbitrios de hacienda” que pudieran venir en ayuda de las necesidades regias no faltaron algunos tan curiosos como el previsto en una real cédula de 6 de noviembre de 1634 mediante la cual se ponían a la venta aquellas jurisdicciones que, al decir de los hombres del Consejo de Hacienda, usaban los lugares de señorío “por permisión y tolerancia”. Curiosos por redundantes, se precisará, pues los únicos admitidos a compradores eran los dueños de dichos lugares (es decir, sus señores) o los mismos concejos, y el objeto de la transacción, la cosa vendible, “aquello que fuere conservarse el tal concejo en el estado y ejercicio de su jurisdicción que tuuieren, según el estilo y costumbre que corriere en cada vno”. Y claro, como lo que se vendía era “materia jurisdiccional”, a los concejos que optasen por comprar se les daría también facultad para que pudiesen hacer la paga de su precio (y de los censos que para ello tomasen) de lo que procediere de sus propios o, a falta de ellos, del producto de los arbitrios que eligieren. Sirva de ejemplo lo hecho por la ya citada villa de Aldea del Río (Córdoba), la cual, mediante escritura firmada en 16 de junio de 1635 con don Francisco Antonio de Alarcón, caballero de Santiago, del Consejo y Cámara de Castilla, especialmente comisionado para la venta de tales jurisdicciones, adquirió los oficios que había venido usando hasta entonces al parecer —es lo que se le dijo— sólo por “permisión y tolerancia”, a saber: dos alcaldes ordinarios, dos de la hermandad, un alguacil mayor, dos regidores, un jurado, un mayordomo de propios, guardas del campo y apreciadores de daños, portero de ayuntamiento y alcaide de la cárcel, además de otros oficios menores que la villa tenía por costumbre nombrar, haciendo elección, en aquellos oficios que hacían “cuerpo de villa”, de personas dobladas para que de ellas eligiera una el señor. Se prometía a la villa que en lo sucesivo tales oficios no podrían ser vendidos, ni acrecentados ni vueltos a vender, y a cambio de lo uno y de lo otro ésta se obligaba a pagar a razón de 5.000 mrs. por cada vecino en ciertos plazos⁷³, cantidad que aquélla hubo de arbitrar de alguna manera.

⁷³ Se presupuso que la villa tenía 160 vecinos por lo que, a la dicha razón y sin perjuicio de lo que determinasen las futuras averiguaciones, montó el precio provisional 800.000 mrs. AGS, MP, leg. 254, fol. 20.

No es necesario proseguir. Se habrá advertido, en todo caso, que era bastante normal que las localidades incurrieran sucesivamente en varias de estas vías de endeudamiento hasta llegar a acumular una deuda que en no pocos casos terminaba revelándose insoportable. Una consulta del Consejo de Hacienda de 15 de noviembre de 1620 se hacía eco, por ejemplo, del “triste y miserable” estado en que se hallaba la villa de Villarrobledo (Albacete) “de algunos años a esta parte” no ya por las sumas que pagaba a su majestad de alcabalas, millones, servicio ordinario y extraordinario, etc., sino por lo que contribuía en concepto de réditos de censos, concretamente por aquellos que había tomado con motivo de su exención y compra de la jurisdicción, operación que le costó 50.000 ducados, así como para la adquisición del oficio de la correduría, por el que pagó otros 7.000; incluso los 2.500 ducados con que socorrió a la compañía de don Gaspar de Guevara (y que reclamaba a la Hacienda regia) los había tenido que pedir a censo, de que pagaba también intereses. No es extraño, pues, que la villa se estuviese despoblando, circunstancia que hacía aún más insoportable la carga para los que se quedaban, hecho que venía a acentuar a su vez aquel otro proceso⁷⁴. Mayor endeudamiento si cabe soportaba, por estas mismas fechas, el lugar de Getafe, cerca de la capital, un ejemplo más entre otros muchos que podrían ponerse. En virtud de varias facultades su concejo había tomado a censo de diferentes personas y conventos 26.695.012 mrs. para pagar la cantidad con que había servido por el consumo de seis regimientos y dos escribanías del número y ayuntamiento⁷⁵, así como para la paga de las alcabalas y los oficios de mojonería, correduría y otros que también se le habían vendido, en este caso perpetuos⁷⁶, cantidad en la que entraban 1.125.000 mrs. correspondientes a la alcabala de dichos censos. Le faltaban por tomar todavía 2.488.534 mrs. para acabar de pagar dichas facturas, y además tenía sobre sí 2.143.420 mrs. del principal de cuatro juros a 20.000 el millar situados sobre dichas alcabalas. En total, la deuda acumulada ascendía a 31.326.960 mrs., y el lugar no hallaba otra forma de amortiguar

⁷⁴ Además de esta deuda colectiva, los vecinos particulares estaban debiendo cerca de 200.000 reales según el mismo documento. AGS, CJH, leg. 567.

⁷⁵ Se hicieron ambos consumos merced a dos asientos tomados con el lugar el 23 de noviembre de 1593 y el 20 de julio de 1594. El coste de dichas operaciones fue de 3.781.000 mrs., pues además de los 2.250.000 y 495.000 mrs. que entregó en las arcas de la Tesorería por dicha merced, el lugar hubo de pagar a los propietarios de tales oficios el precio que en su día habían pagado por ellos. AGS, CJH, leg. 569.

⁷⁶ Compró el lugar de Getafe sus alcabalas en 1614 a la Diputación del Medio General de 14 de mayo de 1608, haciendo puja de 500 mrs. sobre los 35.000 mrs. al millar con que se habían vendido en 1609 al doctor Sepúlveda, médico de la Inquisición, con lo que su precio fue de 20.691.034 mrs. La escritura de venta propiamente dicha no se extendió, sin embargo, hasta 17 de abril de 1631, y el privilegio, algunos meses después, en 23 de diciembre de 1631. Por el oficio de corredor y mojonero pagó Getafe 3.209.016 mrs. AGS, CC.GG., legs. 910, fol. 23, 2.311, fol. 46 y 2.313, fol. 70; y CJH, leg. 569.

su impacto sobre los vecinos que renegociarla, tomando otros 26.695.012 mrs. a censo (al parecer había encontrado persona que se los daba a más bajo precio y en una sola partida) para con ellos redimir los que estaban fundados —y corrían— a un interés más alto⁷⁷. Como es lógico, dicha fórmula significaba un alivio (el concejo hizo cálculos y estimó que el ahorro llegaría a los 500 ducados de renta al año), pero nadie podía pensar seriamente que se trataba de una solución definitiva; por el contrario, la deuda iba a seguir viva (y los costes de financiarla también) hasta tanto no se procediera a su amortización.

Obviamente, el nivel de endeudamiento era mayor en el caso de las localidades grandes y medianas, como lo era también su capacidad para incurrir en él. Veámoslo a través del siguiente ejemplo. El 20 de mayo de 1634 se tomó asiento con la ciudad de Málaga sobre el concierto de los pleitos que la Real Hacienda le había puesto en razón de la llamada dehesa del Rey y ciertas “tierras realengas” (baldíos) de su término, así como de los oficios que el regimiento acostumbraba a nombrar cada año y del señorío sobre el lugar de La Puebla de Ríogordo, por todo lo cual se obligó a servir a su majestad con 50.000 ducados⁷⁸, la tercera parte en plata y el resto en vellón, que se consignaron enteramente a Lelio Invrea por cuenta de su asiento de 23 de diciembre de 1633. Apenas transcurridos unos días, el 17 de junio de 1634, Málaga volvió a suscribir un asiento con la Real Hacienda, esta vez con motivo de la compra de los lugares de Benamargosa, Benajarafe, Mijas, Casarabonela, Cútar, Sedella, Almáchar, Alocina, El Borge, Olías, Benalmádena, Alhaurinejo, El Moclinejo, Churriana, Totalán, Benagalbón y la Alcaldía de Manrique, que formaban parte de su Tierra y cuyo precio fue estimado en 22.000 ducados. No era, sin embargo, la primera vez que la ciudad había tenido que salir en defensa de la integridad de su espacio jurisdiccional: unos meses antes, por sendos asientos de 25 de febrero y 29 de marzo de 1634, se había comprometido a pagar 25.000 ducados para mantener dentro de su jurisdicción las localidades de Almogía y Yunquera. Consecuentemente, sólo en este año de 1634 (aunque es de suponer que no habría muchos así) Málaga hubo de desembolsar, sumadas las cantidades referidas, 97.000 ducados al

⁷⁷ Es la petición que se encuentra en dos memoriales remitidos en 1619 al Consejo de Hacienda, quien, tras informarse de cómo se había actuado en otros casos semejantes (se citan los de Logroño y de la villa de Algete), se avino a conceder la facultad que el lugar solicitaba. AGS, CJH, leg. 569.

⁷⁸ AGS, CJH, leg. 779.

Los oficios puestos en almoneda eran los siguientes: depositario, dos fieles de la ciudad, dos fieles y un alcaide de la alhóndiga, un fiel de pesos y medidas, un alcaide de la mar y un sotoalcaide, un veedor de la anchoa, un veedor de cargas, un alcaide de la puerta nueva, dos fieles y un alcaide del matadero, fiel del peso del carbón y fruta, fiel del peso de la harina, fiel de cargas, la romana del pescado, el repeso de la carne, dos fieles ejecutores, un cuadrillero mayor, un receptor de las carnes, dos escribanos del cabildo, corredurías de lonja, renta de la jifa, escribano de la aduana, oficio de fiscal y depósito general. AGS, CJH, leg. 779.

monarca sin más contrapartidas en realidad que la de poder conservar o retener aquello de lo que hasta entonces había dispuesto.

Los asientos dichos contemplaban que para la paga de la citada suma (esto es, para hacer frente a la deuda contraída en forma de censos) se concedería a Málaga facultad para hacer correr los arbitrios que pareciesen “justos y convenientes”, expresión de uso corriente, como hemos tenido ocasión de comprobar, en este tipo de escrituras. Pues bien, si no los más justos ni los más convenientes, la ciudad consideró que los arbitrios menos “dañosos” que podía imponer eran los mismos que le concedió don Juan de Chumacero, del Consejo y Cámara de Castilla, para la paga de los 95.000 ducados con que Málaga contribuyó al monarca “por vía de donativo” el año de 1629 (se trataba, en efecto, del *donativo* de ese año, el segundo del reinado), añadiendo a ellos, por resultar insuficiente su recaudación, el poder cargar en cada arroba de bacalao que saliese de la ciudad un real, y en cada arroba de sardina arenque y salada, un cuartillo, y vender hasta 200 puestos de tabernas siempre y cuando esto no impidiese a los vecinos vender en sus casas los vinos de sus cosechas⁷⁹. Es decir, con decisiones como ésta no sólo se prolongaban en el tiempo las contribuciones al enlazarse unas con otras sin interrupción (la misma liquidación de los donativos, cuando su recaudación corría por cuenta de los ayuntamientos, solía alargarse durante varios años), sino que a medida que el volumen de la deuda municipal aumentaba (por razones como las que quedan expuestas) nuevas contribuciones venían a sumarse irremisiblemente a las existentes (cuyo rendimiento, por otra parte, tendía a decrecer), incrementándose de este modo la carga tributaria total.

Y esto es, a la postre, lo que hay que significar, pues los impactos de esta particular fiscalidad (y lo mismo podría predicarse de otras formas de tributación por medios indirectos o extraordinarios a las que recurrió la Monarquía) continuaban notándose hasta tanto no acabara de amortizarse la deuda que la había generado. Desde luego a la mayoría de los pueblos metidos en estos procesos no les fue fácil redimir los censos que habían impuesto sobre sí, y no sólo porque las condiciones adversas de la coyuntura así lo determinaran, revelando cuán infundada podía ser la confianza que habían depositado en sus propias fuerzas; la incompetencia en la gestión, la corrupción y el fraude, cuando no el propio interés de los *poderosos* locales presentes en los ayuntamientos (en cuanto demandantes de las tierras y pastos arbitrados o como oferentes de los capitales tomados a préstamo, por ejemplo), provocaban a menudo la misma consecuencia. Son precisamente las continuas —y sucesivas— peticiones de prórroga de arbitrios los hechos que mejor informan de estas situaciones de

⁷⁹ AGS, CJH, leg. 779.

persistente endeudamiento, responsables al cabo tanto de la continuidad en el tiempo de esa fiscalidad sobrevinida como de la consagración de unas formas de explotación y aprovechamiento de los patrimonios municipales poco acordes con los tradicionales usos comunitarios y, por ende, lesivas para la mayor parte de los vecinos, comenzando por los más pobres.

La villa de Azuaga (Badajoz), por asiento tomado con ella el 19 de noviembre de 1599, se obligó a servir con 12.000 ducados por el consumo de los oficios de regidores y alférez perpetuos; de este modo, en adelante no tendría más que cuatro regidores añales elegidos y nombrados por insaculación conforme a la ley capitular de la Orden de Santiago a la que pertenecía. Para pagar dicha cantidad, con otros 200 ducados para costas, y lo que había de desembolsar a los dueños de dichos oficios, que en total se presupuso serían 20.200 ducados, se le concedió facultad para tomarlos a censo. Y para redimir éste y pagar los réditos, los arbitrios siguientes: echar sisa en todos los mantenimientos que se vendiesen; arrendar a labor las tierras que se hubieren roturado para la paga de los millones (luego esta concesión se trasladaría a otras tierras más a propósito para el cultivo, quedando éstas para pasto); arrendar la hierba y bellota de sus dehesas y cotos; cortar y vender la leña de las tales dehesas, y cortar por el pie las encinas viejas e inútiles; aplicar todas las sobras de propios y alcances en las cuentas de propios, sisas y arbitrios, millones, repartimientos de servicios, etc.; y tomar prestadas las ganancias del pósito, todo por tiempo de cinco años o “los que menos fueren menester”. No es necesario decir que esta segunda posibilidad no se materializó. Es más, llevadas las cuentas de los cinco primeros años al Consejo de Hacienda, se comprobó que aún faltaban por redimir 5.828.061 mrs.; en consecuencia, por real cédula de 17 de octubre de 1604, se prorrogaron a la villa los mismos arbitrios por otros cinco años pero con la condición de no echar sisa en el vino y aceite⁸⁰. Esta primera prórroga cumplió en noviembre de 1609 y al cabo de la misma resultó que la villa no había podido desempeñar nada de los dichos 5.828.061 mrs. Hubo, pues, concesión de una nueva moratoria (real cédula de 21 de octubre de 1609), esta vez por diez años más. “Y en todo este tiempo —certificaba la Contaduría de la Razón en 11 de abril de 1619— no a podido sacar de los adbitrios de que a usado cantidad bastante para poder desempeñar los dichos censos”, salvo uno de 300 ducados de principal⁸¹. En consecuencia, la villa solicitó que se la prorrogara la concesión de

⁸⁰ Se trataba con ello, naturalmente, no hacer la competencia a la recaudación de los millones, que en su segunda edición habían comenzado a correr el 1 de abril de 1601.

⁸¹ Las cuentas de estos últimos años arrojaban, por lo que hace a los gastos, los siguientes guarismos: 4.158.863 mrs. por los intereses de los censos en contra; 382.268 a los arrendatarios de las alcabalas por la correspondiente a los arrendamientos y ventas de leña, hierba y bellota que se hicieron; 78.732 por los prometidos ganados en dichos arrendamientos; 60.000 en concepto de

arbitrios por 20 años más y que a ellos se añadiera el poder aprovechar, para pasto y labor, una dehesa junto a la villa de La Granja. Así lo determinó el Consejo de Hacienda en su resolución de 2 de mayo de 1619, si bien rebajó la prórroga solicitada a sólo ocho años.

Carecemos de la información necesaria para saber si la villa de Azuaga pudo desempeñar, al cabo de esos ocho años, la deuda que tenía pendiente, o si por el contrario, ésta siguió siendo una realidad actuante durante bastante más tiempo. Desconocemos por la misma razón cuándo acabó de redimir Albuquerque (Badajoz) los 45.330.000 mrs. que, según lo concertado en un asiento de 27 de septiembre de 1629, tomó a censo para comprar sus alcabalas⁸²: valga en su defecto el dato de que en 1676 la Real Hacienda le reclamaba 4.407.066 mrs. que al parecer le faltaban por pagar (con más 14.759.447 mrs. en concepto de intereses, que también se le exigían), y de que por entonces todavía seguían en pie los arbitrios que se le concedieron para extinguir los censos fundados con ese fin, lo que equivale a decir que tal extinción aún no se había producido⁸³. En fin, como en el caso de otras operaciones similares, el principal arbitrio concedido a Morón de la Frontera para amortizar los 160.000 ducados de principal de censo (con otros 8.000

salarios de los depositarios de dichas rentas; 112.500 del principal del único censo que se redimió y 526.348 en salarios y costas de los ejecutores que habían ido a la cobranza de los réditos de los censos, truecos de moneda de vellón a plata, gastos de pleitos sobre los arrendamientos y otros necesarios. En cuanto a los ingresos, los procedentes de la hierba, bellota y leña de las dehesas, pues no se había podido usar en todo ese tiempo de ningún otro arbitrio de los concedidos (seguramente porque habían devenido improductivos), ascendían a 5.177.423 mrs. Es decir, la villa era alcanzada en 141.288 mrs y aún la faltaban por redimir 5.705.020 mrs. de los censos que seguían en pie. AGS, CJH, leg. 560.

⁸² Se vendieron primero estas alcabalas a Octavio Centurión por cuenta y en conformidad de un asiento tomado con él en 18 de marzo de 1628 sobre la provisión de 316.666 escudos y ducados en Flandes. La villa las compró casi de seguido por 120.000 ducados, los cuales se obligó a pagar de esta manera: 40.000 a Esau del Borgo por la misma cantidad que por un asiento tomado con él en 29 de mayo de 1629 sobre la provisión de 200.000 escudos en Flandes le estaban consignados en esta venta y 80.000 a Octavio Centurión por la misma cantidad en que tenía empeñadas dichas alcabalas. AGS, CC.GG., leg. 902, fol. 5 y MP, leg. 262, fol. 12.

⁸³ Consistían tales arbitrios, básicamente, en el arrendamiento de los baldíos, dehesas y pastos comunes, incluida la espiga de la hoja de los panes que hubiere en los baldíos y acotados, y la pámpana de las viñas. También se concedió a la villa el poder echar los maravedíes que le pareciere en todos los mantenimientos que se consumieren y gastaren en ella, excepto en los que ya hubiere sisas de millones, en la cebada de los mesones y en el pan cocido. Justificaba Albuquerque el no haber satisfecho totalmente el precio de las alcabalas y lo que legítimamente habían podido importar los intereses por la “total imposibilidad” para poderlo hacer a causa de la “nezesidad y estrechez en que se halla por las muchas y continuadas pérdidas y daños que han padecido sus vecinos en el decurso de de veinte y ocho años de guerra uiua [la guerra de secesión portuguesa], de que resultó la falta de más de dos mil y quinientos vezinos y el hauerse aruinado la mayor parte de sus edificios y casas”. Lo que no explicaba Albuquerque, en el memorial de 1678 en que daba cuentas de estos hechos, es por qué habiendo tomado inicialmente a préstamo más de 120.000 ducados no había hecho pago entonces del entero precio de la cosa comprada. AGS, MP, leg. 262, fol. 12.

para costas) que tomó de diferentes particulares para pagar la composición de sus alcabalas fue la facultad para poder romper y arrendar dehesas y baldíos⁸⁴. Pues bien, a comienzos del siglo XVIII tales censos aún no habían sido redimidos: por real cédula de 15 de diciembre de 1709 despachada por la Junta de Incorporación (donde se mandó se presentasen y “expeculasen” los privilegios expedidos tocantes a rentas y oficios enajenados), Felipe V tuvo por bien, en atención a la “calidad” del contrato ejecutado con la villa, de preservar sus alcabalas de los decretos de incorporación, manteniendo a su vez a los acreedores censualistas en la posesión de cobrar sus réditos hasta tanto no se les redimieran los principales de los censos impuestos sobre ellas. Es más, por estas fechas el producto de las alcabalas (que mientras tanto los vecinos habían continuado pagando) no alcanzaba a la satisfacción de los réditos de dichos censos, siendo tan crecidos los atrasos acumulados que la villa se había visto obligada a ceder la hipoteca (o sea, las mismas alcabalas) a los acreedores a fin de que la administrasen por su cuenta y riesgo y pudiesen cobrar sus créditos, lo que venía a ser una suerte de enajenación⁸⁵.

Villanueva de Guadamajud (Cuenca) fue una de tantas localidades a las que la compra de su jurisdicción abocó a una situación de endeudamiento que, habida cuenta de su prolongación en el tiempo, terminaría revelándose perjudicial para su desenvolvimiento futuro. Integrante de la tierra de Huete hasta 1597, por un asiento tomado con ella en agosto de este año se obligó a servir al monarca con 1.980.000 mrs. por su exención, y a pagar además otros 187.500 mrs. por el consumo de la escribanía del concejo que estaba vendida. Siguiendo el protocolo establecido en estos casos, se concedió a la nueva villa facultad para tomar ambas cantidades a censo, así como arbitrios para redimirle y pagar sus réditos. De algunos de dichos arbitrios no llegó a hacer uso en realidad por razones obvias: el de arrendar la caza y la pesca, por no haberla; el tomar prestadas las ganancias del pósito, por ser éstas de poca consideración; el echar sisa en los mantenimientos, por ser de poca vecindad y sitio no pasajero; el arrendar el horno, por ser propio del lugar y no tener otro... En consecuencia, la atención del concejo se centró en aquellos que presumiblemente podían procurar los ingresos que se precisaban: arrendar el

⁸⁴ Se hizo dicha composición conforme a lo ajustado en el asiento de 2 de abril de 1618. El privilegio a la villa de estas alcabalas fue despachado el 27 de julio de 1620 (AGS, CC.GG., leg. 899, fol. 34, y CJH, legs. 555 y 560). De los sesenta cuentos que se comprometió a pagar Morón, 38.250.000 mrs. se consignaron a los seis asentistas con quien el monarca firmó asientos el 8 de septiembre de 1618, a cuenta del principal e intereses de 100.000 escudos que se encargaron de proveer en Alemania, y lo demás a Vincenzo Squarciafico, Juan Andrea y Bartomé Spínola, Carlo Strata, Juan Lucas Palavesín y Jacome Justiniano a cuenta de consignaciones inciertas de los asientos tomados con ellos en 9 de febrero de 1617 y 14 de febrero de 1618 (AGS, CC.GG., leg. 133).

⁸⁵ AGS, CC.GG., leg. 899, fol. 34.

molino, cortar la leña de ciertas dehesas, descuajar y rozar para sembrar otras y acotar un pedazo de redonda y vender la hierba para los ganados, todo por tiempo de ocho años. Sin embargo, el balance contable al final de este primer periodo no podía ser más desalentador: del censo suscrito y de los arbitrios usados había sacado la villa 4.128.804 mrs. (2.606.250 tomados a censo de diferentes personas, la mayor parte además a 14.000 el millar, que para la fecha era un interés alto, 937.500 de las dehesas roturadas y sembradas, 438.804 de la corta de leña y 146.250 de la renta del molino); siendo lo gastado 4.767.208 mrs. (2.167.500 que importó la “merced”, 781.939 que empleó en el juez que fue a dar la posesión, costas y pago del precio de la escribanía a su dueño, 225.000 de romper las dehesas por haber sido condición del remate el darlas roturadas y 1.592.769 de intereses pagados hasta fin de 1606), resultó de alcance contra los arbitrios 638.404 mrs., más los 2.606.250 mrs. del principal del censo y los réditos de dicha cantidad a partir de 1607.

A la vista de dichas cuentas, el Consejo de Hacienda, por real cédula de 4 de noviembre de 1611, prorrogó a la villa los citados arbitrios por diez años, autorizándole además a repartir entre los vecinos 100.000 mrs. al año. Hasta 1616 en que se cumplió dicha prórroga lo procedido de los citados arbitrios fueron 1.711.930 mrs.; empero, como lo pagado de réditos durante dicho periodo ascendió a 1.767.920 mrs., las nuevas cuentas seguían arrojando un déficit de 55.990 mrs., que sumados a los 638.404 mrs. del alcance anterior y a los 2.475.088 mrs. del principal de los censos aún sin redimir, montaba todo 3.169.483 mrs. En los tres años siguientes, se consiguió reducir algo este déficit pero en una proporción a todas luces insignificante. De ahí que a comienzos de 1620 la villa volviera a solicitar prórroga de los mismos arbitrios, ahora por 12 años más... Es decir, como otras muchas localidades, pues no se trata, se reiterará, de un caso aislado, Villanueva de Guadamajud había entrado en una dinámica que era difícil romper y cuyo final resultaba imposible de predecir, dado además el contexto inequívocamente recesivo en el que se había instalado por esas fechas la mayor parte del país. Lo había dejado dicho alguien de la Contaduría al examinar las cuentas del último trienio, en nota escrita al margen de ellas: “conforme al valor de los arbitrios, aunque se le den diez años, no se podrá desempeñar este lugar”⁸⁶.

Las dificultades que los pueblos encontraban para desempeñarse y los efectos perjudiciales que de ellas se derivaban eran bien conocidas por los hombres de la Hacienda del rey, de eso no hay duda, razón por la cual se hace aún más difícil de comprender el porqué de la persistencia del soberano en esta política de enajenaciones. Tan expresivas o más que las del testimo-

⁸⁶ AGS, CJH, leg. 571.

nio anterior son, a este mismo respecto, las palabras vertidas por el fiscal del Consejo de Hacienda en su dictamen de 31 de marzo de 1619 sobre la petición de licencia efectuada por el lugar de Villanueva, jurisdicción de la villa de Valverde, para repartir entre los vecinos 130.000 mrs. que debía por los oficios de corredería, almotacén y peso mayor que había comprado perpetuos: “tiene por muy menos dañoso y más conueniente a este lugar, y aun a otros cualesquiera, haçer algún repartimiento moderado y suaue conforme a las haziendas que cargar e imponer censo, *con que se ba siempre reçibiendo daño, demás de que las redempçiones se quaxan y haçen mal y tarde*”⁸⁷. De que las redenciones de los censos “se cuajaban” (puesto que no era sencillo proceder a ellas) hemos ofrecido algunos ejemplos, y se podrían poner muchos más; sin olvidar que las Respuestas Generales del Catastro de Ensenada son en muchos casos, como indicábamos al comienzo de este trabajo, expresión manifiesta de esa insidiosa continuidad. Que no pocas redenciones se hicieron “mal y tarde” (o sea, cuando ya era mucho el “daño” recibido) es, por otra parte, una realidad de la que podemos ofrecer asimismo múltiples testimonios. Pues si bien muchas localidades consiguieron, mal que bien, liquidar las cargas que habían contraído por su participación en la almoneda del patrimonio regio, otras, en número igualmente importante, para desembarazarse de aquéllas, hubieron de vender finalmente, tras numerosos esfuerzos y menoscabos que habrían de seguir notando y padeciendo en el porvenir, lo que habían comprado.

Las compras de rentas reales (de alcabalas sobre todo) y de la jurisdicción, señorío y vasallaje (en sus diversas modalidades) fueron las que dieron lugar a un mayor número de estas situaciones. No en balde, fueron también estas operaciones las que obligaron a movilizar las mayores sumas de dinero y las que dieron lugar, por tanto, a los mayores endeudamientos. En principio las compras de alcabalas suponían la subrogación de las localidades compradoras en el lugar del rey en el derecho a percibir dicha renta; consecuentemente, en el futuro aquéllas tenían la posibilidad no sólo de modular el peso de la carga fiscal en función de sus necesidades e intereses sino de contar con unos ingresos con los que financiar cómodamente el negocio en el que se habían embarcado. No hace falta insistir, sin embargo, en que tales previsiones, por razones diversas que no viene al caso detallar, se incumplieron bastante a menudo. Así, por ejemplo, la villa de Canillas (Madrid), que había comprado sus alcabalas con el goce desde 7 de julio de 1614 por 652.774 mrs. (de que se le descontaron 380.920 mrs. por el principal de los juros situados sobre ellas al comprometerse a seguir pagando sus intereses⁸⁸), declaraba en 1619 que había

⁸⁷ AGS, CJH, leg. 564.

⁸⁸ La escritura de venta tiene fecha de 9 de junio de 1619 y la de privilegio, de 23 de diciembre de 1625. Copias de una y otra en AGS, CC.GG., legs. 2.312, fol. 19 y 905, fol. 49 respectivamente.

tomado a censo el precio de dichas alcabalas (y algo más para las costas), con hipoteca de las mismas y obligación de los vecinos, pero que por estar éstos “muy pobres y alcançados” no podía pagar los réditos del referido censo, “antes por la dicha causa se ua despoblando y cada día va en disminución”. Por consiguiente, a juicio de la villa la única salida a esta situación consistía en solicitar facultad real para romper una dehesa, una dehesilla y un sotillo, como en efecto así lo hizo, tras asegurar que de ello no venía daño a nadie sino únicamente beneficio, pues lo que montasen los arrendamientos de tales rompimientos se invertiría en pagar los réditos del censo y conseguir su redención ⁸⁹.

Las predicciones de Canillas resultaron fallidas. Cuarenta años después, por escritura firmada el 28 de octubre de 1658, vendía a don Miguel de Salamanca, caballero de Santiago, de los Consejos de Castilla y Hacienda, su señor, estas alcabalas “respecto de las muchas necesidades y cargas que a tenido esta villa y sus vezinos” desde que las compraron. Entonces tenía la villa 70 vecinos y después se fueron reduciendo hasta llegar a seis, de suerte que éstos ya no podían hacer frente al situado y crecimiento de las alcabalas ni al censo impuesto para su compra, y tampoco a cuantos servicios para el rey se les habían repartido ni a las costas causadas por los ejecutores enviados a la cobranza. Tantas cargas, al decir de Canillas, habían sido la causa de su despoblación, dándose la circunstancia de que en muchos años había faltado la justicia y regimiento y carecido incluso de tienda, taberna o carnicería. Para colmo de males, la villa había arrendado sus propios por diez años al convento de San Basilio de Madrid, “para podernos alíbiar y desempeñar”, pero éste incumplió los términos del contrato, particularmente en lo relativo al pago de los referidos situado y crecimiento; la villa le había puesto pleito, aunque hasta el momento no había obtenido otra satisfacción que el recrécersele los gastos. También el rey había contribuido a ese deterioro al haberse valido durante años de la media anata del juro que compró —que tuvo que comprar— con motivo de la vuelta de la Corte... Así, pues, ante tantas dificultades concurrentes, Canillas terminó pidiendo a su señor que adquiriese las alcabalas y el juro dichos, a lo que éste se avino. El concierto implicaba que Don Miguel se encargaba también del situado y crecimiento, y que hacía entrega de 4.000 reales por una vez a la villa para que ésta pudiese responder a los atrasos que debía a la Hacienda y para reparar las casas del concejo, fuentes y pósito, “que están arruinadas” ⁹⁰.

A Canillas le correspondió comprar además un juro de 14.978 mrs. de renta a 25.000 el millar por el crecimiento de las alcabalas con motivo de la vuelta a Madrid de la Corte.

⁸⁹ AGS, CJH, legs. 564 y 569.

⁹⁰ La venta a don Miguel de Salamanca en AGS, CC.GG., leg. 905, fol. 49.

La localidad de Hortaleza protagonizó con relación a sus alcabalas una historia casi calcada de la de su vecina Canillas, si bien en este caso la posterior —y también obligada— venta a un particular se produjo antes: desde 1 de septiembre de 1631, en efecto, el marqués de la Puebla de Obando, don Francisco Dávila y Guzmán, comendador de Las Casas de Toledo, de la Orden de Alcántara, mayordomo del rey y gobernador del Consejo y Contaduría Mayor de Hacienda, pasó a gozar dichas alcabalas tras haberlas poseído Hortaleza durante 17 años⁹¹. Menos tiempo aún estuvieron las alcabalas y tercias de Cebreros (Ávila) en manos de su concejo. Vendidas por primera vez ambas rentas en 1610 (junto con las alcabalas de El Tiemblo) a don Enrique de Guzmán, marqués de Pobar, gentilhombre de la cámara de su majestad y del Consejo de Guerra, en 1615 las pujó la villa, ofreciendo 500 mavedíes más por cada millar de renta en el caso de las alcabalas y 300 en el de las tercias, aparte claro está de pagar al marqués todo lo que había desembolsado por ellas. No habían transcurrido tres años desde esta última transacción, cuando Cebreros representó en el Consejo de Hacienda que a causa de haber tomado a censo de 15 personas los 36.584.200 mrs. que montó el principal de dichas rentas y estar consignadas las pagas en “muchas y remotas partes y lugares” y tener cada censo dos salarios de juez y parte, se le seguían muchos gastos (¡sólo por estas razones, o sea, sin considerar los intereses ni la devolución del principal!), motivo por el cual había cedido las alcabalas y tercias a don Juan de Mendoza, marqués de la Hinojosa, del Consejo de Guerra y capitán general de la artillería de España, para quien pedía el despacho de las correspondientes escrituras de venta y privilegio. El Consejo consideró la “necesidad y carga” en que se hallaba la villa como argumento suficiente, y mediante consulta de 14 de enero de 1618 transmitió al monarca su parecer favorable a la petición de la villa, consulta a la que aquél (o quien actuara en su nombre) respondió afirmativamente con un escueto “como parece”⁹².

Por su parte, Olivares de Duero (Valladolid) consiguió retener durante más tiempo sus alcabalas. Aunque tanto la escritura de venta como el privilegio tienen fecha de 1627, el goce de ellas se remontaba al 1 de mayo de 1614, habiendo satisfecho en aquella fecha enteramente su precio merced a que se endeudó. Sin embargo, como les sucediera a otros muchos pueblos metidos —de buen grado o a la fuerza— en esta clase de negocios, las cosas no acabaron como Olivares las había previsto. Hacia 1645 se formó, a petición propia, pleito y concurso de acreedores ante la Chancillería de Vallado-

⁹¹ AGS, CC.GG., legs. 2.312, fol. 85 (venta al concejo) y 2.313, fol. 44 (venta a don Francisco Dávila).

⁹² Los títulos de las sucesivas enajenaciones en AGS, CC.GG., legs. 2.311, fol. 42 y 2.312, fol. 64, y la consulta en CJH, leg. 556.

lid, donde se sentenció que para que éstos fuesen pagados de sus créditos habían de venderse todos sus bienes y rentas, básicamente las alcabalas y la jurisdicción civil y criminal, alta y baja, mero mixto imperio, la cual tenía también Olivares a título oneroso desde que Felipe II la desmembrara del abad de Valladolid en la segunda mitad de la centuria anterior. Se sacaron los referidos bienes a pregón “en diferentes partes y por dilatados términos”, pero no habiendo recibido postura que le satisficiese, la villa, apremiada por los corridos de los censos que tenía a su cargo, terminó ajustándose con Ventura Donis para que hiciese postura y puja y proceder a continuación a su venta. Eso sí, a la hora de obtener el necesario refrendo real todo fueron facilidades. Hecha la averiguación del estado que tenía la villa y de la “utilidad y provecho” que se le seguía de que se efectuara lo capitulado, según lo dispuesto en una real provisión de 23 de octubre de 1646, por real cédula de 23 de febrero de 1647 se concedió facultad a la villa de Olivares para efectuar la referida venta, como en efecto así se llevaría a cabo sólo dos meses después ante Domingo Fernández, escribano del número de Valladolid⁹³.

Desde luego Olivares de Duero no fue la única localidad cuyo concejo y vecinos se vieron en la precisión de vender, amén de las alcabalas como es el caso, la jurisdicción de la que eran propietarios por haberla adquirido antes. Traemos a colación el tema para terminar porque son precisamente estas ventas de la jurisdicción protagonizadas por las propias villas, comprendieran o no otros bienes y efectos enajenados⁹⁴, ventas de sí mismas al cabo (de ahí el nombre de autoventas con que a veces han sido designadas tales operaciones), las que mejor dan cuenta de las consecuencia negativas derivadas del empeño de las haciendas municipales y, por ende, pues el fenómeno remite indefectiblemente a ella, de la política enajenadora regia. En la literatura histórica sobre el siglo xvii español el pequeño pueblo de Redueña (Madrid) ocupa, como es bien sabido, un espacio señalado; no en balde, Domínguez Ortiz construyó, después de analizar su trayectoria desde las últimas décadas de la centuria anterior, el paradigma explicativo de ese complejo proceso

⁹³ La mayor parte de la información procede del privilegio de estas alcabalas y jurisdicción despachado el 6 de mayo de 1677 en cabeza de Ambrosio Donis, caballero de Santiago, del tribunal de la Contaduría Mayor de Cuentas, alguacil mayor de la Santa Cruzada y regidor perpetuo de Valladolid, hijo y heredero del referido Ventura Donis y de doña Isabel de Onís, su mujer. AGS, CC.GG., leg. 903, fol. 8. Datos sobre esta familia de hombres de negocios en Carmen SANZ AYÁN, *Los banqueros de Carlos II*, Valladolid, 1989, pp. 410-411.

⁹⁴ En otro lugar me he referido, por ejemplo, al caso de Villamediana (Palencia), villa que en 18 de enero de 1599 obtuvo de Felipe III licencia para vender su jurisdicción, alcabalas y rentas jurisdiccionales (además de una parte de las tercias) a la persona que más diese por ellas con el fin de redimir los censos que había tomado en 1588 para pagar su tanteo y los atrasos acumulados en forma de réditos impagados, los cuales en apenas diez años ascendían a seis millones de maravedíes: “Un mapa inacabado: el proceso de señorialización en tierras palentinas durante la época moderna”, en *De esclavos a señores*, Valladolid, 1992, pp. 282-284.

económico-social de decadencia rural que él bautizó con la expresión de “la ruina de la aldea castellana”⁹⁵. Y, ciertamente, no andaba muy desencaminado nuestro autor al proceder de esta manera, ya que en la Castilla de esa centuria hubo otras muchas “Redueñas”, esto es, lugares (y también villas) que se compraron a sí mismos (las más de las veces para no caer bajo el dominio de un señor particular) o que se eximieron de las villas y/o ciudades a las que estaban sujetos, pero que, incapaces de afrontar las deudas contraídas para pagar su precio, hubieron de optar finalmente por venderse a quien quisiera comprarles, no sin antes haber experimentado las consecuencias de tales empeños en forma de pérdida de población, aumento de la presión fiscal y pignoración y/o enajenación de los patrimonios municipales, con el consiguiente menoscabo de sus posibilidades futuras de crecimiento económico.

Ése fue el caso de Hinojosa y su lugar de San Leonardo (Salamanca), que Felipe II desmembró, en virtud del breve de Gregorio XIII de 6 de abril de 1574, de la dignidad episcopal de Ciudad Rodrigo con la intención de venderla. Habiendo llegado a su noticia que algunas personas trataban de comprarla, la villa ofreció servir a su majestad con alguna cantidad para mantenerse en el realengo, que, una vez realizadas las oportunas averiguaciones del número de vecinos y del valor de las rentas jurisdiccionales (o sea, los dos conceptos tenidos en cuenta para estimar el precio de la cosa), quedó fijada en 6.307.156 mrs. Se despachó carta de venta a su favor el 29 de noviembre de 1576, pero ya en 1599 Hinojosa representaba a Felipe III que montando sus propios 235.304 mrs. al año no podía hacer frente a los 433.187 mrs. que había de pagar anualmente de réditos por los 6.856.000 mrs. que tomó a censo para pagar el tanteo, de suerte que hasta fin de septiembre de dicho año estaba debiendo 2.638.858 mrs. A cuenta de ellos los herederos de don Félix Nieto de Silva, propietarios del censo, habían tomado posesión de una dehesa boyal y “otros bienes”, y temía la villa que si no se daba forma de redimir dicha deuda se acabarían de consumir los propios en la paga de los réditos y todavía quedaría en pie el principal, lo cual sería causa de que los vecinos la desamparasen y se fuesen, “como algunos lo hauían hecho y acían”, por hallarse pobres y necesitados con la “esterilidad de los tiempos”. Dado que por la misma razón tampoco podían cumplir con los repartimientos que se les hacían para pagar dichos réditos, Hinojosa solicitó licencia para vender su jurisdicción y vasallaje a alguna persona que se encargase de redimir y quitar dicho censo para que relevada de él pudiese —era un argumento que solía causar efecto— acudir mejor al real servicio.

⁹⁵ Así tituló el siempre recordado don Antonio uno de sus primeros artículos, el que vio la luz en el número de la *Revista Internacional de Sociología* correspondiente a 1948 y que no obstante el tiempo transcurrido desde entonces conserva todavía plena vigencia.

Vistas en el Consejo de Hacienda las diligencias y averiguaciones que sobre ello se hicieron y consultado al monarca lo que de ellas constó, por real cédula de 9 de octubre de 1600 se concedió a la villa la licencia solicitada. Ésta, sin embargo, no tuvo aplicación entonces, pues aunque se trajo la villa “en pregón” la orden dada por el nuevo monarca de que no se tratase de la venta de jurisdicciones eclesiásticas (por más que Hinojosa hubiese perdido esa condición cuando fue desmembrada) paralizó la operación. Volvió a suplicar la villa “con mayor instancia” para que la licencia que le estaba dada pasase adelante. Por una real cédula de 30 de junio de 1606 se cometió al corregidor de Ciudad Rodrigo la realización de nuevas averiguaciones, las cuales confirmaron las necesidades representadas por la villa unos años antes y la voluntad de sus vecinos, expresada en concejo abierto, de venderse. Tras nuevas consultas, una cédula de 12 de octubre de 1608 despejó el camino y dio licencia definitiva a la villa para venderse y acudir con lo procedido a la redención y paga del censo. Pregonada la jurisdicción en Madrid y en las ciudades de Ciudad Rodrigo, Salamanca y Zamora, además de en la propia villa, se remató finalmente en don Juan de Mendoza, del Consejo de Estado y presidente del de Indias, marqués de San Germán (y luego también de la Hinojosa), como mayor ponedor, al ofrecer 7.162.500 mrs. que depositó en el depositario general de la Corte para redimir la deuda que la villa tenía contra sí. Aceptó ésta el remate el 3 de marzo de 1612 y cinco días más tarde una real provisión mandaba amojonar el término y dar la posesión al nuevo señor ⁹⁶.

La villa de Arganda (Madrid) también tomó a censo los 10.200 ducados en que se tanteó para evitar caer bajo el dominio de Sebastián Cordero Nevares Santoyo, ayudante de la cámara real, tras su desmembración en 1580 de la dignidad arzobispal de Toledo. Veinte años más tarde, en 1613, todavía no había podido redimir nada de dicha cantidad, encontrándose por el contrario “muy cargada” a consecuencia de las sisas impuestas para pagar sus réditos, “de que resulta —el diagnóstico desde luego era certero— hauer mucha carestía en los mantenimientos que se venden en la dicha villa” y “otros muchos inconvenientes”. Para salir de ellos y del dicho empeño, Arganda, como otras localidades que se hallaban en su misma situación, no encontró otro medio que vender el señorío, jurisdicción y rentas jurisdiccionales, para lo cual había tratado con el duque de Lerma, a cuyo nombre y tras la obtención de la correspondiente licencia, extendió escritura de venta en 30 de agosto de 1613, si bien la villa quedaría vinculada, conforme a lo que se había asentado entre las dos partes, a los estados de su hijo mayor ⁹⁷.

⁹⁶ El otorgamiento de la escritura de venta no se hizo, sin embargo, hasta el 17 de julio de 1618. AGS, MP, leg. 254, fol. 21.

⁹⁷ La licencia regia para poderse vender se expidió el 23 de julio y no fue gratis, pues hubo de pagar por ella 300 ducados “por una vez”. Al igual que otros pueblos en su situación, Arganda sirvió

Podría pensarse, y los casos de Hinojosa y Arganda lo sugieren, que las localidades que tomaron la decisión de venderse exageraban sus males de cara a obtener más fácilmente la licencia que les habilitara para ello, y que lo hacían además utilizando unos procedimientos y unos formularios revestidos de un grado de formalización cada vez mayor y cargados de tópicos, modo de actuar que en principio abonaría también esa sospecha. Sin embargo, no hay que olvidar que las relaciones y memoriales remitidos al monarca con este fin eran cuidadosamente examinados en el Consejo de Hacienda, donde se ordenaba practicar las diligencias que parecían necesarias, se recababa la información pertinente de las distintas Contadurías y se escuchaba la opinión del fiscal, y que sólo después de comprobada la veracidad de las peticiones se concedía la facultad solicitada. Así se hizo, por ejemplo, el 6 de febrero de 1600 con la villa de Canalejas y el lugar de Calaveras de Abajo (León), los cuales fueron desmembrados conjuntamente del monasterio de Sahagún y consignados de seguido a Hernando de Frías Ceballos a cuenta de lo que hubo de haber conforme al Medio General que siguió a la bancarrota de 1575. Pero “con el amor que tuvieron de yncorporarse en mi corona real”, decía retóricamente la licencia, se tantearon, pensando que lo que costase la operación lo sacarían de sus montes y términos y de los frutos que esperaban obtener con los buenos temporales. Guiados en definitiva por esa confianza, tomaron a censo sobre sus bienes propios y rentas 3.282.582 mrs. de diferentes personas y a diferentes precios, cuyos réditos ascendían a 218.000 mrs. La realidad, sin embargo, les haría ver que los propios no rentaban más que 32.000 mrs., y por consiguiente pronto empezaron a notar las consecuencias de ese desfase. La primera y más visible de todas, el descenso poblacional: de hecho, de 90 vecinos que había al tiempo que se tantearon no quedaban en el momento de solicitar licencia para venderse más de 40, con viudas y clérigos, por haberse ausentado los demás⁹⁸, “y adelante arán lo mismo los que quedan si no se redimen los dichos censos, porque los dueños de ellos se ban haciendo señores de las haciendas y propios de la dicha villa y lugar por no poder pagar los réditos”. Más aún, conscientes ambos pueblos de que era mucha la cantidad que debían de los censos ofrecieron dar a la persona que los comprase y librase de la carga y paga de ellos a modo de prima, además de las rentas que solía llevar el monasterio de Sahagún, su antiguo señor, las alcabalas que los vecinos de Canalejas habían comprado, de que solían pagar anualmente 12.000 mrs., y asimismo 22 cargas de pan, la mitad cada localidad. Como era de esperar, no hubo ningún problema para conseguir lo solici-

además con 700 ducados por el derecho que tenía la Real Hacienda al precio en que más se vendiere. AGS, MP, leg. 259.

⁹⁸ En realidad el desplome demográfico era mayor pues los vecinos tasados para el tanteo fueron 106 y medio en vez de 90.

tado. Hechas en virtud de una real cédula de 28 de septiembre de 1598 las diligencias que en estos casos se mandaban realizar, por ellas pareció ser cierta la relación dada por los vecinos de ambas localidades, y merced a las mismas se les concedió, en 6 de febrero de 1600, la referida licencia. Eso sí, puesto que las necesidades regias también apremiaban, en ella se puso por condición que si sacaban más por la venta de lo que les había costado el tanteo la demasía (al igual que el precio de la misma licencia) sería para su majestad⁹⁹.

Obviamente, las villas que imperiosamente solicitaban licencia para venderse aducían ejemplares que pudiesen venir en apoyo de sus pretensiones. También el Consejo de Hacienda tenía en cuenta esta especie de “jurisprudencia” en sus actuaciones al respecto. Un buen ejemplo de ello lo ofrece la tramitación de la facultad para venderse realizada por la villa de Gajanejos (Guadalajara). Esta localidad se desmembró de la dignidad arzobispal de Toledo y se incorporó a la Corona en 1585 tras haberse comprado¹⁰⁰, contribuyendo a tal efecto con 6.000 ducados, los cuales tomó a censo sobre sus propios y vecinos, de que estuvo pagando réditos. Sin embargo, en 1607, habiendo visto “por yspiriencia” que la villa se iba despoblando y los vecinos consumiendo, “porque la carga de los dichos réditos es mucha y no la pueden pagar”, acordaron venderse para quitar el censo y “quedar libre del dicho tributo”, para lo cual habían hablado ya con don Juan de Zúñiga, hijo del conde de Benavente, virrey de Nápoles¹⁰¹. La Contaduría de la Razón informó entonces, a petición del Consejo, que licencias como la que pedía Gajanejos

⁹⁹ AGS, CJH, leg. 401.

La venta de las alcabalas de Canalejas se efectuó en 1592 y su concejo pagó por ellas 360.000 mrs., que se pusieron a cuenta de los 40 cuentos que por cédula de 16 de abril de 1590 se libraron a Ambrosio Spínola en alcabalas conforme a un asiento tomado con él sobre dos millones y medio de escudos que se obligó a proveer en Flandes en 28 de febrero de 1590. AGS, CC.GG., legs. 904, fol. 15 y 2.311, fol. 27.

¹⁰⁰ Primero se dio a Juan Curiel de la Torre a cuenta de lo que hubo de haber en moneda de vasallos conforme al medio general de 1577, por la cual se le cargaron 2.270.028 mrs. Habiéndola vendido al licenciado Barrionuevo de Peralta, la villa se tanteó e incorporó a la Corona en dicho año. AGS, CJH, leg. 481.

¹⁰¹ Se despachó cédula de diligencias al corregidor de Guadalajara, aunque fue su teniente quien las hizo, el cual, una vez llegado a la villa, mandó juntar concejo abierto en día festivo como dictaba el protocolo que había que seguir en estos casos. Todos los asistentes (65 de 90) consintieron en que la villa se vendiese, “que de no se hazer se berná a asolar y acabar”. El cura y otros testigos refirieron, por su parte, que los vecinos estaban tan pobres y necesitados que no podían sufrir durante más tiempo la carga, y que de 130 vecinos que había no quedaban al presente 90. De las cuentas que se tomaron constó, a su vez, que de los propios sólo procedían 33.000 mrs. (“que se convierten en gastos ordinarios y forçossos”), cuando sólo en concepto de réditos por los 6.200 ducados que tomaron a censo para el tanteo debían abonar 116.250 mrs. Es lógico, pues, que el dicho juez concluyera que “conviene, es útil y necesario que se dé a la dicha villa la dicha licencia [...] así porque no tiene propios ni arbitrios de donde sacar y pagar los dichos réditos y redimir el dicho censo como porque los vezinos están muy pobres y necesitados, y que por no poder sufrir esta carga y los demás pechos y tributos se an ydo y desavezindado más de 40 vezinos”. AGS, CJH, leg. 481.

se habían dado recientemente a otras villas, habiendo contribuido por ellas con alguna cantidad a su majestad. Entre las que tenían una vecindad parecida y se localizaban más cerca de la Corte citaba en concreto a: Corpa, a la que se dio licencia en 1605 y sirvió por ella con 500 ducados, Tielmes, que la obtuvo en 26 de agosto de 1606 a cambio de 200 ducados y Poveda, que por igual suma recibió también la ansiada licencia en 30 de septiembre de ese mismo año, siendo compradas las dos primeras por el conde de Villalonga y la tercera por don Diego Fernández de Alarcón¹⁰². Sin embargo, de todos los datos aportados por la Contaduría, el más llamativo, el más dramático si se quiere, aquel que debió mover los ánimos de los consejeros de Hacienda en favor de lo solicitado por Gajanejos, era el que resultaba de comparar la población que tales villas tenían cuando se tantearon con la que exhibían en el momento presente, pues venía a poner de manifiesto el fuerte hundimiento demográfico que habían experimentado en esos años de finales del siglo XVI y comienzos del XVII, años que marcan, no nos olvidemos, el tránsito definitivo de una coyuntura alcista a otra de signo claramente recesivo, una evolución en fin en la que algo tuvieron que ver sin duda los acontecimientos que aquí se estudian: Corpa había perdido nada menos que el 52 por 100 de su vecindario al pasar de 270,5 vecinos a 131; Tielmes, el 48 por 100 (de 77 a 40 vecinos); Poveda, el 30 por 100 (de 113,5 a 80 vecinos); Canalejas y Calaveras de Abajo, el 62 por 100 (de 106,5 a 40 vecinos)...

No pocas de las villas y lugares que adquirieron su jurisdicción o se eximieron de sus cabezas a partir de 1625 en virtud de las facultades concedidas a diversos hombres de negocios para enajenar vasallos en nombre del rey terminaron igualmente vendiéndose a sí mismas al no poder hacer frente a las deudas contraídas con ese fin; por lo general, además, no dejaron transcurrir mucho tiempo entre una operación y otra, lo que a fin de cuentas constituye una manifestación más del contexto ya claramente depresivo en que tales enajenaciones estaban teniendo lugar. Ése fue el caso, por ejemplo, de los Ogíjares (Ogíjar la Alta y Ogíjar la Baja), que el 21 de mayo de 1633 otorgaron escritura de asiento sobre apartarse de la jurisdicción de la ciudad de Granada y hacerse villas “de por sí y sobre sí”, concierto que daba por revocada la venta que de ambos lugares se había hecho en primer término a don Pedro

¹⁰² Las tres villas se vendieron por menos de lo que costó su tanteo por lo que no hubo lugar a que el monarca cobrase las demasías. En una relación de 30 de octubre de 1607, amén de los ejemplos citados, figuran también la villa de Canalejas y lugar de Calaveras de Abajo, comprados por don Luis Enríquez Almansa, mayordomo del rey; la villa de Gómara, desmembrada de la iglesia de Osma y adquirida por don Antonio López del Río; la villa de Villanueva de San Mancio, que fue comprada por su antiguo señor, el monasterio de Sahagún, y la villa de Pajares, que perteneció en otro tiempo a la iglesia de León y recayó finalmente en Juan de Balboa al haberla comprado a sus vecinos. AGS, CJH, leg. 481.

Gómez de Cárdenas. Para la paga de los 2.240.000 mrs. de su precio las nuevas villas obtuvieron facultad para tomarlos a censo, así como para usar de diferentes arbitrios. No obstante, por el mes de mayo de 1637, sólo cuatro años después de la conclusión del referido asiento, acudieron a su majestad manifestando que por la “esterilidad de los tiempos” y carecer de propios no habían podido —ni podían— pagar los réditos de las cantidades tomadas a censo, razón por la cual los acreedores enviaban ejecutores contra ellos y les hacían muchas “costas y vejaciones”, vendiéndoles sus bienes y haciendas por menos de lo que realmente valían, lo cual iba también en perjuicio de la Real Hacienda ya que ambas localidades contribuían a su majestad con la *renta de población* del antiguo reino de Granada y no podían hacerlo en tales circunstancias. En consecuencia, habían decidido vender su jurisdicción, señorío y vasallaje a la persona que diese más por ello, para lo que solicitaron del monarca la correspondiente licencia, que éste, a la vista de las diligencias practicadas, no tuvo inconveniente en otorgar ¹⁰³.

Valdeaveruelo (Guadalajara) y Hontanar (Toledo) fueron otras dos localidades que no tuvieron más remedio que vender su jurisdicción muy poco tiempo después de haberla comprado ¹⁰⁴. Algo más resistió Aldea del Fresno (Madrid), perteneciente a la jurisdicción de Segovia. En 1628 este lugar fue vendido a doña Catalina de Mendoza, vecina de Trujillo, pero el concejo y vecinos pujaron su oferta dentro del plazo de los 40 días establecido para ello, ofreciendo un 2 por 100 más y poniendo el precio definitivo en 2.428.875 mrs. A cambio consiguieron facultad para tomarlos a censo, así como para usar de los arbitrios que pareciesen “justos y convenientes”. Aunque Aldea del Fresno hizo un gran esfuerzo en los años siguientes para salir del atolladero en el que se había metido, a finales de 1638, vencidos ya todos los plazos, aún estaba debiendo, del principal e intereses del precio, 991.462 mrs., sin contar los 3.244.875 mrs. que había pagado a cuenta. El envío de los siempre temidos ejecutores, por tanto, no se hizo esperar. Éstos actuaron sin contemplaciones sobre la misma jurisdicción, dehesas, casas del concejo y otros bienes de propios y rentas de la villa sacándolos en venta y pregón. Así estuvieron durante bastante tiempo, hasta que finalmente Diego Suárez, caballero del hábito de Cristo, del Consejo y Contaduría Mayor de Hacienda y secretario de estado de Portugal, hizo postura en ellos (amén de en la escri-

¹⁰³ La deuda acumulada en estos cuatro años, contando principales y réditos, ascendía a 3.751.220 mrs., más otras cantidades de 50 ducados que habían pagado diversos vecinos “y otras sumas”. El comprador definitivo de ambas villas fue don Francisco Robles de la Puerta, oidor de la Chancillería de Granada, quien tomó posesión de ellas en 1638. AGS, CJH, leg. 778. También Enrique SORIA MESA, *La venta de señoríos en el Reino de Granada bajo los Austrias*, Granada, 1995, p. 117 y *Señores y oligarcas: los señoríos del Reino de Granada en la Edad Moderna*, Granada, 1997, p. 290.

¹⁰⁴ Información sobre una y otra en AGS, CJH, legs. 574 y 752 respectivamente.

banía del número y ayuntamiento), “todo junto y no lo uno sin lo otro”, en 5.119.142 mrs., que era justamente la cantidad a la que ascendía el empeño y débitos de la villa. Una parte, 999.974 mrs. en plata concretamente, se debían a la Real Hacienda del resto del precio de la exención, pero los demás correspondían a los censos (y sus réditos) que estaban impuestos sobre la villa a favor de vecinos de Segovia y Casarrubios, y a algunas otras deudas y cargas. Pregonada la postura en diferentes sitios de Madrid y Segovia y no habiendo quien la mejorase, se remató todo en el susodicho, a cuyo nombre el factor Bartolomé Spínola extendió escritura de venta judicial el 3 de julio de 1642¹⁰⁵. En resumidas cuentas, al cabo de unos años —no muchos— Aldea del Fresno no sólo había perdido lo que había comprado sino que además se había visto obligada a enajenar su patrimonio a favor de quien en lo sucesivo iba a ser también su señor.

Claro que a veces ni tan siquiera era necesario que alguien viniera a redimir las cargas contraídas, pues los mismos dueños de los censos eran los que se quedaban con las hipotecas, empezando por la propia jurisdicción. Lo acontecido con el pequeño lugar de Reillo resulta a este respecto revelador. Para pagar su exención de la ciudad de Cuenca tomó a censo 3.200 ducados en plata del doctor Joseph de Villaviciosa, relator del Consejo de la Inquisición y arcediano del Alcor de la Catedral de Palencia. La concesión de diversos arbitrios (hacer una dehesa para arrendar la hierba para el ganado mayor y menor; cortar y entresacar todos los pinos de su término, acotar y vender la bellota de las carrascas y robles) parecían garantizar la redención del censo y la paga de sus réditos. No fue así en realidad, a pesar de que los arbitrios se prorrogaron tras finalizar el periodo de cuatro años de la primera concesión. Es más, una vez entregada la posesión, se comprobó que el lugar tenía de término más superficie de la que se había presupuesto a la hora de determinar el precio, con lo cual, por el sobreprecio y los intereses del mismo correspondientes a siete años, debía a su majestad, hasta fin de 1636, 985.000 mrs., suma que continuaba creciendo y por la que la villa fue ejecutada y molestanda por jueces enviados con esa comisión. Y se hubiera despoblado y arruinado del todo, relataba Reillo en un memorial de 8 de enero de 1638, si el tal Joseph de Villaviciosa, “por nos haçer buena obra”, no hubiera impuesto sobre el vínculo y mayorazgo que tenía fundado en la ciudad de Cuenca la susodicha cantidad, amén de otros 200 ducados en vellón para gastos, constituyéndose de este modo en el principal fiador y pagador de la villa. Obviamente, nadie pensaba que tal solución fuera definitiva, entre otras cosas porque la deuda no se había amortizado y sus intereses seguían acumulándose. Habiéndose “sentado a cuentas” las partes, se comprobó, en efecto, que la

¹⁰⁵ AGS, MP, leg. 254.

villa debía al arcediano 2.795.963 mrs., la mayor parte en plata (2.235.150 mrs.) y lo demás en vellón (564.063 mrs.), ante lo cual se convino con él para, con licencia del monarca (cuya solicitud hacía a través del memorial citado), venderle la jurisdicción en 1.795.200 mrs., que era el precio en que finalmente la había habido de su majestad; también le vendería la escribanía de la villa, el horno y la mitad del molino, y la almotacenia, todo por 600 ducados; el resto, hasta completar la cantidad que se le adeudaba, quedaría impuesto a censo a su favor. En esto devino, al final, la “buena obra” de don Joseph Villaviciosa. Y, ciertamente, quizá no había otra salida a la situación de endeudamiento creada a raíz de la compra de su exención que ésta. Al menos los vecinos que permanecían en Reillo así lo creían cuando aseguraron, en su petición al rey de licencia para venderse, que si no era por este medio “es ynposible que la dicha villa se pueda conservar”¹⁰⁶.

Debemos concluir, al menos por el momento. La casuística analizada, mucho más rica y compleja en la práctica de lo que aquí hemos podido ver, demuestra fehacientemente que la Real Hacienda usó —y abusó— de la capacidad de crédito de las haciendas locales; o, por mejor decir, se sirvió de los ayuntamientos para expandir su propia capacidad de crédito. Empeñadas las rentas que conformaban su patrimonio fiscal ordinario debido al crecimiento imparable de la deuda consolidada en forma de juros, la Corona, para mantener su crédito y poder seguir atendiendo a sus precisiones de gasto, no tuvo más remedio que ensanchar la hacienda extraordinaria y ampliar los llamados “arbitrios de hacienda”. Entre éstos, uno de los más socorridos y que mayores ingresos deparó al tesorero, fue, sin duda, el de la enajenación por precio de porciones crecientes del patrimonio regio, esto es, de bienes y efectos propiedad del monarca o que el monarca, a partir de un determinado momento, declaró como suyos, haciendo caso omiso por tanto de los derechos que otras instancias tenían o pretendían tener sobre ellos. Tal almoneda fue posible merced a que los compradores o bien contaban con disponibilidades para intervenir directamente en ese mercado, o bien se valieron de su capacidad de endeudamiento, poniéndola de esta manera al servicio del soberano. En el caso de las municipalidades esta segunda circunstancia se observa todavía con más claridad que en el de los compradores particulares. Y es que la Corona nunca planteó demasiados inconvenientes para que los concejos pudieran expandir su crédito si era ella, en efecto, la receptora de las sumas tomadas a préstamo. De ahí, por ejemplo, que la ciudad de Málaga argumentase con toda naturalidad, en memorial dirigido al Consejo de Hacienda en 1638, que no se la podían quitar ni mandar cesar —“por regalía

¹⁰⁶ AGS, CJH, leg. 779.

ni por otro derecho alguno”— los bienes propios, arbitrios y oficios que servían de respaldo a los censos que había tomado para pagar las cantidades convenidas en el asiento de 1634 ya citado, “por quanto el dinero de los dichos censos se a de conbertir [como de hecho se convertiría] en pro y utilidad de la Real Hazienda”¹⁰⁷. Es más, la Corona, para poder vender, no sólo permitió a las localidades (léase, a las oligarquías y poderosos que gobernaban sus regimientos) la constitución de censos sobre los bienes de propios y rentas que ya tenían sino que para incrementar su capacidad de endeudamiento y, consecuentemente, de compra (de la una y de la otra dependía a la postre, no lo olvidemos, su provecho) les concedió prácticamente cuantas facultades solicitaron para, entre otras cosas, atentar contra la integridad de los patrimonios comunes y/o para modificar las formas tradicionales de aprovechamiento de los mismos, y también para poner en marcha tal o cual arbitrio o echar esta o aquella sisa, inaugurando así nuevas formas de extracción de renta, con las consecuencias para sus respectivas poblaciones que ya se han apuntado.

Así, pues, también por esta vía, y no sólo por la de los juros, la Monarquía alentó la detracción de capitales de la oferta monetaria. En consecuencia, miles de millones de maravedíes fueron sustraídos de las actividades productivas y movilizados, merced a la contratación de censos por los ayuntamientos, hacia fines no productivos, pudiendo haber tenido mejores empleos que los que realmente tuvo. Los costes de financiar esa deuda, de sostenerla hasta su amortización, ya han sido analizados y merecerá la pena volver sobre ellos en alguna otra ocasión. No obstante, el endeudamiento municipal tuvo también otros costes menos visibles a los que no hemos aludido y que merecerían asimismo un estudio en profundidad del que, hoy por hoy, carecemos: los derivados de tener que destinar al pago de sus intereses unos recursos que, de otra manera, hubieran podido invertirse en servicios que la Monarquía no atendía (desde la sanidad y la educación hasta la construcción y el mantenimiento de las infraestructuras) y redundar así en beneficio del bienestar y desarrollo material de las comunidades respectivas.

¹⁰⁷ Se había quejado Málaga de que no encontraba quiénes le dieran las cantidades a censo que precisaba si no era con ciertas “calidades” (garantías), entre otras ésta de que las hipotecas fueran “durables y perpetuas”. AGS, CJH, leg. 779.

**DEL CENSO CONSIGNATIVO
A LA HIPOTECA A FINALES
DEL ANTIGUO RÉGIMEN**

Mariano Peset Reig
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. LOS CENSOS CONSIGNATIVOS.—II. CENSOS Y CIUDADES.—III. ESCRITURAS NOTARIALES Y REGISTROS DE PROPIEDAD: 1. Fianzas e hipotecas en la administración de rentas públicas; 2. Comerciantes y obligaciones; 3. Censos consignativos y enfitéuticos; 4. Las ventas a carta de gracia.

Es evidente que los mecanismos de crédito —como tantas otras cosas— cambiarían con la revolución liberal. O mejor, van a ayudar, como una pieza más, en aquella honda transformación que se produjo en Europa y en España desde fines del setecientos a inicios del ochocientos. En las vísperas de aquellos cambios se conservaba en buena parte el mundo feudal: la iglesia y los señores mantenían vastos dominios jurisdiccionales y territoriales, y sus súbditos y campesinos pagaban rentas por las tierras en que se asentaban. La burguesía de las ciudades captaba parte de esa renta a través del comercio de los productos que vendía a señores y campesinos, de los servicios que les prestaba... Pero también a través del crédito que proporcionaba a unos y otros —como también la iglesia, máxima institución crediticia en el antiguo régimen—. Para evitar ese drenaje de forma abierta y libre se prohibió desde viejos tiempos la usura: el dinero no podía producir dinero¹. Aunque, como siempre ocurre, se admitieron otros instrumentos análogos que la encubrían: en el reino de Valencia, junto al préstamo mutuo—condenado—, se constituyeron *violaris*, *debitoris*, *censales* o *censos consignativos*...

De estos últimos me voy a ocupar, de su hundimiento durante el siglo XVIII que provocó sin duda un rápido proceso de adquisición de tierras de campesinos de los señoríos o realengos en favor de los ciudadanos de Valencia u otras poblaciones —también de la iglesia—, que debilitó las gastadas estruc-

¹ Bartolomé Clavero Salvador, *Usura. Del sentido económico de la religión en la historia*, Madrid, Tecnos, 1985.

turas feudoseñoriales². Los compradores no eran ya otros campesinos sujetos a los dueños de los lugares, sino gentes de la ciudad que se enriquecieron y fortalecieron, y después propiciaron la revolución política y social mediante la conquista del poder. Los levantamientos o alborotos en el campo o en las ciudades, frecuentes desde edad media, no buscaban transformar las estructuras de poder; pero ahora los cambios estaban impulsados por personas ricas, propietarios y comerciantes, burguesía de las ciudades, capaces de originar una sociedad nueva... Las ideas de Montesquieu o de Rousseau —la proximidad de la Francia revolucionaria—, proporcionaron la ideología adecuada; pero importa aquí analizar los procesos de cambio en la propiedad de las tierras y el crédito, más que las ideas que los acompañaron. Los viejos censos fueron sustituidos por adquisiciones de tierras, y por préstamos con hipoteca, como forma de colocar dinero y lograr rentabilidad. El hundimiento del crédito provocó dificultades a los campesinos, que se vieron forzados a vender sus fincas y pasar a ser arrendatarios...

Las transformaciones previas de la propiedad y el crédito jugaron notable papel en la revolución. Los registros de hipotecas creados en 1768, en los que debían inscribirse propiedades, censos e hipotecas, robustecieron estos mecanismos jurídicos y favorecieron a las clases emergentes. Con la decadencia de los censos, pasaron a convertirse, sobre todo, en registros de propiedad para asegurar titularidades y desvelar viejas o nuevas cargas, las hipotecas cada vez más frecuentes... Su función y reflejo de esta transformación de censos a hipotecas es indudable, y pretendo exponerla en estas páginas. Estoy convencido de que nos proporcionan —junto con los protocolos notariales—, una visión del derecho vivo. Es lo que nos interesa, pues las solas leyes son tan sólo papel, como decía Jhering. Si me limitase a ordenar —aunque fuera con los esquemas de la dogmática más moderna— las normas existentes entonces sobre censos e hipotecas ¿cómo entendería estos procesos de cambio con las leyes de *Partidas* y la *Recopilación*, que estaban vigentes? Para conocer la vida del derecho hay que recurrir a los documentos jurídicos, a las escrituras y sentencias, a la doctrina, a los registros de propiedad... El derecho que interesa no está en las leyes, sino en cuanto se aplican a la realidad; pues éstas muchas veces son sólo buenos deseos, o vehículos de propaganda de monarcas y parlamentos: en su articulado todo es perfecto...

² Sobre estos procesos remito a mi libro *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, Madrid, Edersa, Madrid, 1982; también “Derecho y propiedad en la España liberal”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 5-6 (1976-1977), 463-507. Sobre el crédito, en época posterior, me ocupé en “Propiedad y crédito agrario”, *Derecho privado y revolución burguesa*, Barcelona, 1990, pp. 157-185.

I. LOS CENSOS CONSIGNATIVOS

En las primeras décadas del XVIII puede afirmarse que todavía eran un instrumento por el que una persona o una institución podía conseguir el dinero que necesitaba, con garantía y seguridad³. También a través de la venta a carta de gracia o con pacto de retroventa, pero con desplazamiento de la propiedad y sin duda con intereses mayores, que no se revelan en las escrituras —también me ocuparé de ella—. En cantidades menores cabían los préstamos con prenda, que se hacía sobre joyas u objetos, retenidos a cambio de unas monedas: el rector de Valencia Joan de Salaya la practicaba dos siglos antes, a juzgar por la balanza y otros objetos de oro y plata que aparecen en el inventario de sus bienes⁴. En el setecientos se crearon los montes de piedad para evitar estos abusos a pobres viudas y menesterosos.

Era el censo consignativo un medio muy generalizado, y suele traerse a colación la frase de González de Cellorigo, “España es un pueblo de hombres encantados...” Todos quieren vivir de rentas...

Y Quevedo lo alude en una estrofa:

Sólo apacibles respuestas
y nuevas de algunas fiestas
le daré a la más altiva;
que de diez reales arriba,
ya en todo mi juicio pienso
que se pueden dar a censo,
mejor que a paje o criada.
Solamente un dar me agrada
que es el dar en no dar nada.

La meta de toda persona era vivir de sus rentas, como la nobleza. En la Valencia foral comerciantes ricos abandonaban sus negocios cuando habían reunido cierta fortuna en censos y tierras, y pasaban a ser *ciutadans honrats*, especie de hidalguía o nobleza menor a la que se reservaban cargos y distinciones...⁵ Una real cédula de Carlos III en 1783 quiso poner remedio a ese

³ No quiero complicar mi exposición con otros mecanismos a que ya he aludido, como debedor o violaris, ya entonces desaparecidos. Incluso, en algunos inventarios de iglesias y monasterios aparecen “censos morts”, perpetuos, sin luisimo ni fadiga que cumplieron esa finalidad, tal vez eran donaciones en favor del alma; la letra de cambio estaba muy limitada al ámbito entre comerciantes.

⁴ Enrique González y Vicente Vallés Borrás, “Libros y bienes del rector Joan Llorenç de Salaya”, *Estudis. Revista de historia moderna*, 16 (1990), 31-88.

⁵ Su paso a hidalgos en 1724, Mariano Madramany y Calatayud, *Tratado de la nobleza de la Corona de Aragón, especialmente del reino de Valencia, comparada con la de Castilla*, Valencia,

desprecio por las tareas más humildes, aunque era pura retórica sin reflejo apenas en la realidad ⁶.

Censo era una pensión que se pagaba con regularidad, por lo que diversos instrumentos jurídicos se agruparon en esta categoría en la doctrina del derecho común. El censo enfiteútico, con su doble dominio, luismos y fadigas, servía para asentar a los campesinos en sus tierras, como siglos antes la enfiteusis a los colonos del bajo imperio ⁷. El consignativo, en cambio, busca lograr una cantidad de dinero con la garantía de un inmueble. Apareció desde el siglo XIII, y en Valencia se encuentra testimoniado desde el XIV. Martín V en 1420, apenas elegido papa y terminado el cisma, lo declara no usurario, y diez años después se dirige a Valencia y recuerda que este censo se usa hace más de cien años en tierras polacas de Bratislava; exige que sea sobre inmuebles —sobre bienes, derechos y censos—, que el capital y la pensión deben determinarse en dinero y que la devolución se hiciera en el tiempo que decida el censatario —se concibe como un derecho de retroventa absoluto o libre, sin plazo—. El inmueble puede venderse con la carga... Otros pontífices y monarcas lo regularon, con un interés máximo del diez por ciento... ⁸ La iglesia cedía a la necesidad de crédito, y eximía de usura —aunque siguiera practicándose el préstamo mutuo con prenda o hipoteca—. Por ejemplo, Covarrubias plantea la cuestión de la usura en las *Variarum resolutionum*, ya que el censo consignativo se hallaba cerca del préstamo. Lo distingue de censo como tributo —en Valla o San Mateo—, o del enfiteútico, y exige para su licitud que el censatario sea dueño de la cosa, pues en otro caso sería pecunia por pecunia, usura, un *mutuo ficto*. No es una renta, pues el dominio queda para el censatario, y por tanto soporta la pérdida de la cosa. Como en el usufructo se adquieren los frutos, la pensión del censo se debe a

1788. Sobre su fortuna y presencia en el ayuntamiento, Jean Mouyen, "Identification et situation de fortune de l'oligarchie de Valence dans la première moitié du XVIIe siècle", *Les élites locales et l'État dans l'Espagne moderne: XVI-XIX siècle*, CNRS, 1993, pp 97-128; traducción catalana en *Afers*, 23-24 (1996), 201-242.

⁶ *Novísima recopilación*, 8, 23, 8.

⁷ Remito a mi análisis, "L'emfiteusi al regne de València. Una anàlisi jurídica", *Estudis d'història agrària* 7 (1988), 99-126.

⁸ Sobre su figura puede verse la doctrina de la época, Juan Sala, *Ilustración del derecho real de España*, Valencia, 1803; uso edición de Madrid, 1820, pp. 306-345. Miguel Aznar, *El Febrero adicionado librería de jueces, escribanos, abogados y jueces... por el licenciado*, 7 vols., 8.ª impresión, Madrid, 1825, II, pp. 151-166, en 159-160 sobre redención forzosa, si el censatario cita al censalista para hacerla, conforme la bula de Pío V (1569), no recibida en España, *Nueva recopilación*, 5, 15, 10. No entro en la legislación pontificia de Martín V (1423) y Calixto III (1455), que se encuentran en *Extravagante comunes*, 3, 6, capítulos 1 y 2. La bula de Martín V para Valencia se recoge *Aureum opus privilegiorum...*, Valencia, 1515, pp ojo. Prescindo de la antigua doctrina, como Feliciano de Solís, véase Adela Mora Cañada, "Unas notas sobre los comentarios de censibus (1594-1605) de Feliciano de Solís", *Universidades españolas y americanas. Época colonial*, Valencia, 1987, pp. 403-414.

los que produce la cosa; aunque no se adquiere los frutos ni la pensión, sino el derecho de percibirla... No resulta tan clara su licitud si se establece hasta la muerte del censatario, o se fija para la devolución otro plazo determinado. A Covarrubias le preocupa si tiene carácter personal, pues sería como un préstamo al que se añade una hipoteca; o si recae sobre varias cosas y estas pasan a terceros, o si puede pedirse la pensión *in solidum* o a prorrata... En todo caso, sabe y afirma que son muy frecuentes en la republica cristiana, y además los papas lo habían aceptado⁹.

Junto al censo, Covarrubias trata de la venta a carta de gracia o pacto de *retroviendo* o *lex commissoria*, que trasmite el dominio y concede al comprador desde el inicio la acción reivindicatoria, una vez pagado el precio, aunque no se haya hecho la entrega. Plantea su licitud, que apoya en el *Levítico*, y siempre que se cumplan tres condiciones: que sea vendida por precio justo, si es menor cabe usura; que el plazo para su rescisión sea de 7 a 9 años, mejor si son 10, y, por último, que no se pague rédito o interés durante ese tiempo, que indiciaría un negocio usurario¹⁰. Pero volvamos a nuestros censos.

II. CENSOS Y CIUDADES

Desde principios del XVIII los censos consignativos van a soportar una amenaza, que hundiría en buena parte esta vía de crédito¹¹. Durante la guerra de sucesión, en 1705, Felipe V decide por una pragmática sanción disminuir su interés en Castilla al tres por ciento. Busca atraerse partidarios en aquellos momentos en que defiende su trono frente a la coligación europea. Podría interpretarse como un acto de benevolencia hacia sus vasallos, pero los grandes señores o las ciudades son los principales deudores de estas rentas, mientras la iglesia aparece como principal acreedora. Tras la batalla de

⁹ Diego de Covarrubias y Leiva, *Variarum resolutionum*, libro 3, capítulo 7: “De annuis redditibus, an hi possint titulo emptionis in pecunia constitui”.

¹⁰ *Variarum resolutionum*, libro 3, capítulo 8, “Pacti, quod de retroviendo vulgo dicitur, proprie vis et natura expediuntur”, *Variarum resolutionum*, libro 3, capítulo 8. Se refiere al Ordenamiento de Alcalá, 8, 8 sobre la rescisión en *certum tempus*. En el capítulo 9 examina la venta con *pacto redimenti*, a voluntad del comprador, que no he visto en la documentación.

¹¹ Para mayor detalle sobre esta crisis remito a Mariano Peset, M.^a Fernanda Mancebo y Vicente Graullera, “El señorío de Alfara del Patriarca 1601-1845”, *Estudis d'història contemporània del país valencià*, 2 (1981), 5-60; Mariano Peset y Vicente Graullera, “Els censals i la propietat de la terra al segle XVIII valencià”, *Recerques* 18 (1986), 107-160. Sobre su última etapa, Mariano Peset y Yolanda Blasco, “Redención y extinción de censos en el siglo XIX”, *Saitabi. Homenatge al professor Josep Trenchs Odena*, 47, 2.^o (1992), 63-79, cuando, para sostener los vales reales, se facilita la redención de censos, pero si son de manos muertas se depositan en la caja de amortización al tres por ciento.

Almansa y la abolición de los *Fueros* la reducción debía aplicarse a Valencia. Los canónigos de la catedral y otras autoridades acuden al monarca queriendo hacer ver que son enfiteúticos y que con aquella medida se destruíra el crédito, pues en adelante nadie prestaría a esa tasa; si se baja el interés cesará el comercio y se arruinará el país, las ciudades no podrán lograr dinero cuando lo necesitan, y en la ruina general se percibirán menos impuestos, y perderán buena parte de sus patrimonios las iglesias y obras pías. Demás, no se puede disminuir sin intervención del papa, como se hizo en ocasiones anteriores¹². El rey la retiró en 1710, de momento, aunque años después se impondría la reducción a los censalistas valencianos. Un nuevo memorial de la iglesia catedral, más extenso y con mayor erudición, insistía en aquellos argumentos¹³. De nuevo en 1720 exponen al consejo de Castilla sus temores, las posibles consecuencias:

... los sujetos acaudalados, hechos en este reino a mayores ganancias, por la abundancia de sus comercios, por la fertilidad de los fundos y por la corriente facilidad de los censos, negarían el socorro por tan corto interés, y el pobre, estrechado de su necesidad, se vería obligado o a vender por precios ínfimos sus bienes, o a redimir su trabajo con otros tratos injustísimos de mucha mayor desigualdad... El estado eclesiástico, regular y secular, que es su porción más distinguida, no puede padecer mayor ruina, porque todo él se mantiene con estas rentas, que siempre se han juzgado más proporcionadas para su condición...

El estado de los señores nobles, en cuya clase subsiste lo más lucido de la República, no son menores los perjuicios. Pues grande parte de sus rentas consiste en esta especie, y la mayor parte de los mayorazgos están fundados con la ley de que en caso de empleos de sus efectos, se practiquen en censos sobre buenas hipotecas...

Los mercantes y demás particulares del Reino no pueden dejar de dar por nociva esta reducción: pues a más de imposibilitar el alivio en las necesidades en que pueden verse, como se ha apuntado, dificultará también el deseado aumento de tantas fábricas de seda y lana que florecen en este Reino: pues con el medio de los censos se conseguirían fondos considerables, necesarios para adelantarlas, con lo cual podrían lograr acudir a los acreedores y quedarse aun con bastantes ganancias que ofrecen estas negociaciones: y sin este

¹² Luis Rocamora, *Representación jurídica al Rey Nuestro Señor por los canónigos y cabildo de la Santa Iglesia metropolitana de Valencia*, s. a., pp. 7-20, a continuación evalúa las pérdidas que supondría; examiné la cuestión y los diversos memoriales en "Notas sobre la abolición de los fueros de Valencia", *Anuario de historia del derecho español*, 42 (1972), 675-715. Estas disposiciones en *Nueva recopilación. Autos*, 5, 15, 5, y *Novísima recopilación*, 10, 15, 8 y 9. Ya hubo tasas anteriores, *Nueva recopilación*, 6, 15, 6 y 7 de Felipe II, y de sus sucesores leyes 12 y 13, de 1608 y 1621.

¹³ Pedro Lázaro Doménech, *Memorial al Rey Nuestro Señor y nueva representación jurídica... sobre la reducción de los réditos de los censos*, s. a.

contrato, nadie puede pensar en tratar sino en caudal propio, lo que dificulta y aun imposibilita las ventajas del comercio ¹⁴.

Se defienden con denuedo, porque saben que se cierne sobre los censos graves amenazas: y en efecto, la pragmática de Fernando VI en 1750 reduce las pensiones de los censos al interés del tres por ciento en el reino de Valencia ¹⁵. Fue un golpe duro contra el crédito a través de censos... Había empezado ya antes un proceso de adquisición de tierras y bienes raíces, en lugar de colocar el dinero en censos, como hasta entonces... No emplean su dinero en censos consignativos, sino compran tierras que después explotan mediante arrendamientos cortos, de seis a ocho años. Con esta nueva situación, los campesinos pierden sus propiedades y empeora su situación; los cleros o iglesias y la burguesía de Valencia —o de otras ciudades— amplían sus patrimonios en los realengos, entran en los señoríos, se convierten en terratenientes en vez de obtener rentas campesinas o urbanas a través de censos... ¹⁶

El dinero colocado en censos consignativos era menos rentable ¹⁷. Pero además en aquel momento concurre otra causa esencial, que venía ya de antes: las ciudades y pueblos, la corona, muy recargados de deuda por censos o juros, no pagaban las pensiones, o lo hacían con retraso, lo que retrae a los posibles inversores. Ya desde fines del xvii son frecuentes concordias o arreglos de los pueblos con los acreedores censalistas, para ver de asegurar los pagos y some-

¹⁴ *Reflexiones que el cabildo y canónigos de la Santa Iglesia metropolitana de Valencia exponen a los señores del Real Consejo de Castilla sobre el precio de los censos*, s. a. [1720], pp. 7, 8 y 9. También entre papeles de Mayans en la biblioteca universitaria, manuscrito 24, hay escritos del fiscal José Martínez Talón sobre esta materia.

¹⁵ *Novísima recopilación*, 10, 15, 9. Hay ediciones coetáneas: *Pragmática que su Majestad ha mandado promulgar, reduciendo los réditos de los censos de la Corona de Aragón del cinco al tres por ciento, conforme a la que se publicó para los Reynos de Castilla y León en veinte y tres de febrero de mil setecientos y cinco*, Madrid. Por Antonio Sanz, impresor del Rey Nuestro Señor y de su Real Consejo. Y por su original, en Valencia, por la Viuda de Antonio Bordázar, Impresora de la Real Audiencia, 1750.

Un memorial anónimo, sin duda de Mayans, preveía la ruina que significaría para el crédito y el alza del precio de las tierras, *Escritos económicos*, estudio preliminar de Ernest Lluch, edición de Antonio Mestre, Valencia, 1976, pp. ojo.

¹⁶ Intenté cuantificar este proceso de compra a través de los registros de hipotecas de algunos pueblos, "Propiedad y señorío en la Ribera del Júcar", *I Assemblea d'historiadors de la Ribera* (Sueca octubre 1980), Valencia, 1982; resumido en *Dos ensayos*, pp. 253-273, donde puede verse otra bibliografía. Para su inicio, a través de las visitas del juzgado de amortización, Javier Palao Gil, *Patrimonio eclesiástico y amortización en Valencia. La catedral y la parroquia de Sant Joan del Mercat (siglo xviii)*, Valencia, 1995 y *La propiedad eclesiástica y el juzgado de amortización en Valencia (siglos xiv a xix)*, 2001; sobre el colegio del Corpus Christi, véase Mariano Peset, M.^a Fernanda Mancebo y Vicente Graullera, "El señorío de Alfara del Patriarca...", citado en nota 11. De los jesuitas, Pilar García Trobat, *El patrimonio de los jesuitas en Valencia y su desamortización*, Valencia, 1999; también, *La expulsión de los jesuitas*, Valencia 1992.

¹⁷ Es evidente que las tierras y casas aseguraban mejores rentas. A inicios del xviii se comprueba a través de arrendamientos de algunos inmuebles del colegio del Corpus Christi; quizá al subir el precio de la tierra a fines de siglo, pudiera ser menor, pero al menos se cobraba.

terlos a acuerdos de quita o rebaja y espera, con promesa del municipio de dedicar una parte fija de sus rentas a las pensiones y redención del censo.

A través de los pagos al Colegio del Corpus Christi puede percibirse que los retrasos en el pago de pensiones tenían un promedio de 5,22 años en 1692, mientras cincuenta años después alcanzaban los 27,19 años¹⁸. A fines de siglo aquella situación es peor todavía:

Censales de colegio del Corpus Christi Año 1795

Lugar	Año	Capital (en libras)	Pensión (en libras)	Años de retraso
Agullent	1594	14.000	420	95
Algemesí	1609	18.712*	561*	139,5
Algemesí	1620	1.860	55*	57
Albaida	1686	4.000	120	4,7
Alcúdia	1686	5.000	150	14,9
Carcaixent	1592	10.000	300	15,6
Carcaixent	1661	600	18	24,6
Cullera	1686	3.000	90	1,2
Elda	1691	1.000	30	61,6
Elda	1697	500	15	58
Eslida	1401	375	9*	6,3
Xest	1675	500	15	42,8
Ibi	1594	17.000	510	68,7
La Iessa	1613	600	18	67,7
Morvedre	1588	10.000	300	34,9
Morvedre	1588	10.000	300	34
Ollería	1590	10.000	300	53
Ontinyent	1594	15.080	452	55,6

FUENTE: Mariano Peset, M.^a Fernanda Mancebo, Vicente Graullera, "El señorío de Alfara", p. 16, donde puede verse con mayor detalle. *El capital de Algemesí es exactamente de 18.712 libras, 9 sueldos y 10 dineros; en las pensiones, al 3 por cien, prescindiendo de sueldos y dineros.

¹⁸ *Dos ensayos...*, pp. 234-235. Luis Rocamora, *Representación jurídica...*, p. 22, al echar cuentas de los censos que cobraba la catedral a inicios de siglo, muestra que el ayuntamiento y la

El monarca por lo demás, para asegurar el cobro de los repartos del equivalente de alcabalas, agravó la situación: por real cédula de 4 de marzo de 1730, prohibió a los censalistas la ejecución de bienes de los pueblos y de los vecinos y limitó, salvo con licencia real, que los municipios hicieran derramas o repartos para sufragar sus gastos y cargas o deudas por los censales. En tiempos forales se podían cargar censos por un acuerdo municipal aprobado por un juez, así como hacer repartos entre los vecinos para hacer frente a sus gastos. Además, los vecinos respondían con sus propios bienes, que podían ser ejecutados... Ahora se prohibía y se sujetaban las haciendas municipales a la voluntad real; los pueblos y los censos quedaron arruinados....¹⁹.

De otro lado, aun cuando los censales en Valencia se establecen en moneda de cuenta —libras, sueldos y dineros— se había producido una devaluación secular, por lo que el largo tiempo reduce la pensión y el valor del capital devuelto. Por todas las razones indicadas los censos entran en una crisis final: rentan poco, no se pagan... Con los atrasos e impagos señalados, se entiende su caída y desaparición de nuevos cargamientos, aunque los existentes pudiesen persistir durante largos años, ya que no se redimían. Más aún, en la década de los treinta se liquidaron por un tercio de su valor los censos sobre las rentas de la *Generalitat* —al desaparecer ésta por la nueva planta—²⁰. Dejó de ser por tanto una posibilidad de crédito...

La creación del registro de propiedad miraba sobre todo a recoger las cargas que pesaban sobre la propiedad. Fue instaurado en 1768 para asegurar el conocimiento de los censos e hipotecas que gravaban los bienes, para poner en claro la situación de las propiedades²¹. Pero los censos estaban ya heridos

Generalitat deben por atrasos cerca de 400.000 libras, casi la suma de sus capitales: al cinco por ciento significa que un atraso que superaba los 20 años.

¹⁹ Archivo del reino de Valencia, ARV, Real acuerdo de la audiencia, 1730, fols. 136 y siguientes, véase Mariano Peset y Vicente Graullera, “Els censals i la propietat de la terra...”, pp. 120-127. Acerca de la fiscalidad en la nueva planta, mi artículo “La ciudad de Valencia y los orígenes del equivalente”, en M. J. Peláez y J. Fernández Viladrich (eds.), *Una oferta científica ius-histórica internacional al Dr. Font i Rius por sus ocho lustros de docencia universitaria*, Barcelona, 1985, pp. 321-344; Jorge Correa Ballester, *El impuesto del equivalente y la ciudad de Valencia (1707-1740)*, Valencia, Conselleria de hisenda, 1986, 9-23; Pilar García Trobat, *El equivalente de alcabalas, un nuevo impuesto en el reino de Valencia durante el xviii*, Valencia, 1999; de la misma autora, “A Forgotten Result of the Spanish War of Succession: the Cadastre and its Fiscal Effects on the Crown of Aragon”, *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, 13 (2001), 193-216.

²⁰ Sobre la liquidación última, Sergio Villamarín Gómez, *La Generalitat valenciana en el siglo xviii. Una pervivencia foral tras la nueva planta*, Facultat de dret-Universitat de València, 2005.

²¹ “Los orígenes del registro de la propiedad en España”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 54, 527 (1978), 695-716. Ya desde principios del xvi se intentó un registro de censos, *Nueva recopilación*, 5, 15, 3, en *Novísima recopilación*, 10, 16, 1; el establecimiento de los oficios de hipotecas por real pragmática, 10, 16, 3. Véase Margarita Serna Vallejo, *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, Madrid, Centro de estudios registrales, 1996.

de muerte... A partir de mediados del setecientos apenas se logra dinero por esta vía; como veremos, en el registro o en las escrituras notariales, aparecen escasos censales nuevos...

El préstamo mutuo acompañado por hipoteca estaba menos extendido en estos tiempos, porque sobre él pesaba la sospecha de usura, aunque ambos instrumentos estaban regulados en *Partidas* y en *Furs*²². En las escrituras notariales aparece disimulado como reconocimiento de deuda que no suele expresar su origen o causa. La hipoteca aparece desde antiguo en las fianzas que los administradores de rentas reales dan al hacerse cargo de su recaudación; menos en casos arrendamientos de rentas municipales y de señoríos, o para garantizar la concesión de monopolios o derechos privativos: hornos, almazaras o panaderías... Se utilizaba a veces por los comerciantes, por mercaderías entregadas o por diversas deudas, así como en el precio aplazado de la venta de un inmueble u otras...

III. ESCRITURAS NOTARIALES Y REGISTROS DE PROPIEDAD

El derecho vivo, que no se percibe en las leyes, debe rastrearse en otras fuentes jurídicas. En Valencia, en la capital, no se han conservado los viejos registros de propiedad; están perdidos, salvo de algunos pueblos de la Ribera, en torno a la Albufera, que nos permiten asomarnos a los asientos de escrituras; como también, más al sur, las contadurías de hipotecas de Conçentaina²³. Para observar mejor la práctica jurídica, he acudido también a protocolos notariales... Y he procurado ordenar distintos supuestos.

1. Fianzas e hipotecas en la administración de rentas públicas

La presencia de hipotecas es evidente, muy temprana, en las fianzas por administración de diferentes rentas, con frecuencia para la concesión de estancos u otros servicios de la renta del tabaco. El fiador, garante personal, añade a veces una hipoteca sobre algunos bienes suyos; otras, es el mismo administrador quien presta esta garantía²⁴. También a veces, como garantía

²² Otra cosa es que exista la hipoteca expresa o tácita en numerosos ámbitos del derecho privado, incluso en el censo consignativo se emplea la expresión de hipoteca para señalar la sujeción del inmueble a la garantía de la pensión.

²³ Más completos en Orihuela, aunque no he consultado.

²⁴ Archivo histórico provincial de Alicante, AHPA, contadurías de hipotecas. Conçentaina, número 58, estanco de tabaco a tres labradores, uno de ellos fiador, hipoteca casa por 200 libras, 1788, fol. 2v; 1789, fols. 8v-9r; AHPA, protocolo de Vicente Izquierdo, número 1042, año 1772,

de sus alcances, se encuentra a veces en los arrendamientos de rentas municipales y señoriales, o en la concesión de una encomienda de las órdenes ²⁵. Los gremios, en cambio, no suelen exigir garantía hipotecaria en las fianzas de los arrendatarios de sus rentas ²⁶. Quizá conocen mejor a las personas a quienes encomiendan su pagos y derramas...

2. Comerciantes y obligaciones

Entre los comerciantes, por regla general a fines del XVIII, el reconocimiento en escritura pública de una obligación no aparece respaldada por hipoteca, sino por el patrimonio del deudor, su persona y todos los bienes habidos y por haber... Aunque se utiliza cada vez más la hipoteca —entre comerciantes además, la letra de cambio, un instrumento esencial que no abordamos—. Incluso la prenda, por cantidades menores aparece alguna vez en los protocolos ²⁷.

fol. 5r y v, 7r y v, 112 v-113r, conducción de tabacos 138v-143v; número 1051, año 1789, fols. 113v-115v. Archivo del reino de Valencia, ARV, contadurías de hipotecas, Albalat, número 1, por el estanco de Segorbe, muy lejos, 105v. Arrendamiento de derechos señoriales, ARV, Juan Bautista Martínez, número 6678, años de 1764-1766, fols. 30v-31v; abasto de carnes y tajón a dos personas, con fianza y responsabilidad general de todos sus bienes, fols. 18v-20v.

En la época liberal continuán estas fianzas con hipoteca, AHPA, protocolo de José Cirer y Palau, número 487, año 1841, suministros a tabacos de palillos o de cajones, fols. 131v-134r, 176v-178v; administrador de rentas de la provincia, 198v-199r; en 108r-109r, se obliga con todos sus bienes y de su mujer, el tesorero de rentas de las Islas Baleares nombrado por la regencia provisional del reino.

²⁵ ARV, protocolos de Vicente Ibáñez de Lara, número 6214, año 1782, fols. 40r-43r, arrendadores de derechos señoriales de Chiva se prestan mutua garantía con hipoteca.

No se requiere en las fianzas carceleras, para asegurar la presentación del reo, como impone el promedicoato a maestros sangradores y otros intrusos, ARV, protocolo de José Vicente Entraigues, número 5501, año de 1774, fols. 290r-291r, 291r-292r, 323v-324v, 331v-332v; número 5502, año de 1775-76, fols. 33r-34v, contra un cirujano sin título, fianza en fols. 38v-39r, otras en 162v-163v, 170v-171v; ARV, protocolo de Juan Bautista Martínez, número 13102, año de 1791, fols. 48r y v, 48r-49v, cárcel por una disputa con heridas. Ni siquiera en los años liberales, en Alicante por los detenidos de los sucesos de 1843, y en otros casos, APA, protocolo de Pablo Manchón y Soriano, número 1119, año de 1845, fols. 1r y v, 12r, 15v-16r.

Tampoco en la fianza de la ley de Toledo, para ejecutar un juicio sumario ejecutivo, del que se apela, ARV, protocolo de José Patricio Rodríguez, número 10734, 1771, fols. 101r, 102r, 102r y v; número 10735, 1772, 58v-59v, 59v-60r. ARV, protocolo de Vicente Antonio Barrachina, número 8527, año de 1848, fols. 71v-73r, ejecución de préstamo de 23.577 reales por escritura de 1846, apelación ante la audiencia de la sentencia de remate, con todos sus bienes y el resto del valor de la casa ejecutada. APA, protocolo de Pablo Manchón y Soriano, número 1119, año de 1845, fols. 39 r y v.

²⁶ ARV, protocolo de José Vicente Entraigues, número 5502, años de 1775-76, fols. 25r, administración de la tacha de 8 dineros por maestro, cada semana; fols. 29v-32v, tacha del gremio de zapateros. En cambio, un médico nombrado para cobrar por el colegio de San Isidro de Madrid, de terciopeleros, presenta fiador, y éste hipoteca especial, el mismo notario, número 5501, año de 1774, fols. 44v-46r.

²⁷ ARV, protocolos de Vicente Ibáñez de Lara, número 6214, año 1782, fols. 11v-12v, por unas 400 libras, se obliga un abogado a un comerciante por 374 libras de goma arábiga y 9 cajas de lunetas, entrega un anillo de diamantes rosa con un topacio en medio.

Los notarios introducían en las escrituras diversas cautelas que facilitaban el cobro de la obligación. En el caso de un matrimonio que debe a un comerciante 60 libras por un préstamo entregado “en dinero contante”, renuncian a la excepción de *non numerata pecunia* y otras; la mujer se obliga, y renuncia a diversas leyes romanas que la protegen, la ley *duobus vel pluribus* (D. 45, 2, 3), el senadoconsulto Veleyano o las leyes de Toro. Incluso, en otro caso —por entrega de géneros—, en presencia del notario y testigos, la esposa “juró por Dios nuestro Señor y por señal de la cruz”, que responde con la dote, las arras y los bienes hereditarios parafernales...²⁸. Se encuentra esta práctica en notarios tardíos, que años después unen el juramento con la hipoteca: juramento ante Dios y garantía del diablo...²⁹. Siempre que son dos o más los obligados, se renuncia a la ley *duobus*, a la auténtica *praesente hoc ita* (Novelas 4, 1-2), y a los beneficios de división y excusión, para que respondan *in solidum*, cada uno por el total de la deuda³⁰.

En segundo lugar, se expresa en la escritura que han recibido los géneros en buen estado. Y además que valga como sentencia definitiva, y paguen “llanamente y sin pleito”, con renuncia a prueba; para que el juez acepte la escritura en juicio ejecutivo “como si fuera sentencia definitiva, dada y pasada en autoridad de cosa juzgada y por la otra parte consentida”; que con solo el juramento del acreedor, sin pleito, se pagará el principal y costas, como si fuera sentencia definitiva... Como también se someten al fuero y jurisdicción del juez que corresponde al acreedor, con renuncia de las leyes que existen en

²⁸ ARV, protocolos de Vicente Ibáñez de Lara, número 6213, año 1781, fols. 35r-36r. Una carta de pago pone fin a la obligación, puede verse algunas en fols. 93r-94r y 93v-95r. El segundo caso, ARV, protocolo de José Vicente Entraigues, número 5501, año de 1774, fols. 19r-20v, se obligan por una cuenta de más de 100 libras, por granos y un caballo, sin hipoteca; tampoco lleva hipoteca el reconocimiento que varios hijos hacen de préstamo de su padre ciego, en escrituras separadas, fols. 48r-49r, 49r-50r, o por parte de precio, 292r y v, o por venta de un telar para medias de seda, 316r y v.

²⁹ AHPA, protocolo de José Cirer y Palau, número 487, año 1841, a favor de un comerciante de bacalao, fols. 158v-159r; número 489, año de 1845, obligación a favor de un abogado, fols. 16r-17v. En cambio, no llevan hipoteca ni juramento, algunas que se contraen para lograr sustituto en el ejército, año 1841, fols. 1048r-1049r, 1049r y v, 1049v-1050r. ARV, protocolo de Vicente Antonio Barrachina, número 8527, año de 1848, fols. 274r-276v, fianza por los gastos de un cadelte del colegio nacional de artillería.

³⁰ Incluso para pago del precio en venta verbal de 5 cahizadas en Chiva, de 1772, elevada a escritura en 1780, ARV, protocolo de Vicente Ibáñez de Lara, número 6212, fols. 72v-74r. En venta de un maestro odrero a un comerciante, de dos cahizadas, de tierras sujetas a dos censos en favor de la parroquia de Santa Catalina y del párroco de Albalat, se redimirán los censos o se pasarán a otras propiedades, y renuncia a reclamación por precio justo del ordenamiento de Alcalá, incluso a la vieja norma foral *exceptis clericis*, número 6214, año 1782, fols. 95r-97v. ARV, protocolo de Juan Bautista Martínez, número 13102, año de 1791, fols. 4r-5r, se reconoce el justo precio: “y del que más valor pueda tener y valer le hago gracia y donación pura, perfecta y acabada, que el derecho llama inter vivos con insinuación y renuncia del Ordenamiento de Alcalá, los cuatro años de engaño y las demás leyes que con ella conciertan...”

contra, la ley *si convenerit, de iurisdictione omnium iudicum* (D. 2, 1, 18), o la reciente “pragmática de las sumisiones”³¹. En ocasiones, sí que se añade hipoteca para garantizar la obligación asumida, incluso las he podido ver a principios de siglo³².

En la mayoría de las ocasiones, como he advertido, la obligación se origina como pago por géneros entregados, lo que significa un simple aplazamiento del precio. Pero en otras, se hace clara referencia a un “préstamo gracioso”, sin interés³³. A veces se indica el sentido —facilitar la simiente y siembra— de una operación de más de dos mil libras, “... procedidas de dinero prestado a pagar en quince de septiembre de este año en el fruto del arroz que tenga en su cosecha...”³⁴. O bien sólo se menciona en la escritura una cantidad adeudada, sin especificar origen: sin duda en muchos casos se tra-

³¹ No acierto a identificar la pragmática, que no aparece en Novísima recopilación, véase Manuel Danvila y Collado, *El poder civil en España*, tomo 6.º, pp. 581-582. Pienso que podrían referirse a la reciente delimitación de los alcaldes de cuartel y de barrio, por real cédula de 1769, Novísima, 5, 13, 1. Tampoco se encuentra en Raquel Rico Linaje, *Carlos III: textos jurídicos en la prensa oficial, Documentación jurídica XV*, Madrid, Ministerio de justicia, 1988, pp. 271-277; 316-321, la citada. AHPA, protocolos de Vicente Izquierdo, número 1042, año 1772, numerosas escrituras de la viuda de un comerciante al por mayor, doña Angela Dolzini, por libretas de clavillos”, quintales de sartenes y otros, fols. 1v-2r, 11r-12r, 13v-14v, 22v-23v...; tendría problemas con la administración de tabaco por extraer una cantidad de una partida para Lisboa, fols. 144r y v.; un tratante de mulos por seis animales, fols. 119r-120r. También otras escrituras, en número 1051, año de 1789, 1r y v., 1v-2r, 2r y v, 3r y v, 15r y v; de tratantes de ganado, fols. 16v-17r, 18v-19r y numerosas de comerciantes de bacalao al por mayor, fols. 16r y v, 134v-136r... Aquellos tratantes de ganado son frecuentes en Valencia, ARV, protocolo de José Vicente Entraigues, número 5502, año de 1775-1776, fols. 213v-214v, 214v-215v, 215v-216v: en éste, se dice que se paga el “justo precio y valor de una mula de tres años, pelo negro, ojos castaños, que con todas sus tachas y achaques, buenos o malos, y como si fuera un saco de huesos y a uso de feria”, sin duda para evitar evicción; más aún, en el ámbito rural, protocolo de Juan Bautista Martínez, Paterna, Manises, Cullera, número 6678, años de 1764-1766, “pollino de pelo negro” fols. 21v-22v, “pollino de pelo pardo” fols. 22v-23r, “dos bueyes”, 27r y v; del mismo notario, número 13102, año de 1791, fols. 2v-3r, 59r y v, 63 r y v, y muchas más. AHPA, protocolos de Francisco Boix, número 304, año 1732, de San Juan en Alicante: “por una mula de pelo rojo y un mulo de pelo castaño y una galera”, 37r-38v; por un tonel de vino, 28r-28v, también 46r-46v; o a favor de negociantes ingleses, 240r-240v.

³² ARV, protocolos de Vicente Ibáñez de Lara, número 6214, fols. 32r-33r, obligación de 160 libras a pagar en un año, en otro caso entregará un pedazo de tierra con olivos y una viña, valorados por las partes. AHPA, protocolos de Francisco Boix, número 304, año 1732, fols. 83r-84v y 157r-158v, a Luis Lombardón, y de otros negociantes 71r-72v, 198r-199v.

³³ ARV, protocolo de José Vicente Entraigues, número 5502, año de 1775-1776, fols. 95r y v, carta de pago de 500 libras; fols. 216v-217r, se reconoce obligación de 110 libras, en favor del abogado Blas Pons, parte por alimentos a su hijo para estudiar artes, y otra parte que “por hacerme bien y merced me ha prestado graciosamente...”; fols. 140v-141v, 400 libras a un cortante de Turís, “que me ha prestado graciosamente”, en ambos se responde con todos sus bienes, sin hipoteca.

³⁴ ARV, contadurías de hipotecas, Albalat, número 2, 18-6-1785, fol. 7v. En Almusafes, la operación se encubre mejor con obligación de numerosos labradores en favor de un comerciante de Valencia, por suministro de arroz, ARV, protocolo de José Patricio Rodríguez, número 10735, 1772, fols. 27r y v, 27v-28v, 29r-30r, 30r-31r, 31r y s, 31v-32r

taría de entregas de dinero, de préstamos que aseguran con hipoteca. No hacen referencia al interés, para evitar usura, que quedaría sumado al principal —como ocurre con las cartas de gracia—. Por tanto, se añade hipoteca especial para garantía de deudas, que son o pueden ser derivadas de préstamo³⁵. Incluso una viuda a favor del clero de Santa María de Concentaina, se obliga a pagar en cuatro años, e hipoteca una casa, que proporciona más seguridad y certeza de cobrarlo en unos plazos determinados. La inscripción de la hipoteca, por lo demás, es obligatoria...³⁶.

Ya en el XIX, en una nueva época, se especifica un interés del cinco por ciento, aunque todavía en muchos se afirma su gratuidad. En los registros de propiedad de Valencia, pude observar que una misma persona presta a muchas, de modo gratuito. Es fácil suponer que oculta en el principal los intereses, no lo hace por caridad o por filantropía. Ya antes de la ley hipotecaria, vemos cómo ha cambiado la utilización del crédito y sus garantías. Las obligaciones se acompañan, casi sin excepción, de hipoteca especial, de la inscripción en el registro, con sus plazos de devolución y un interés, si se confiesa, del cinco por ciento³⁷. Sean originadas las obligaciones o deudas por mercancías entregadas o por préstamos, responden con todos sus bienes, sin perjuicio de la hipoteca especial, añadida para mejor garantía.

3. Censos consignativos y enfiteúticos

Los censos consignativos siguen siendo estando presentes a fines del setecientos y durante buena parte del siguiente siglo. Su larga duración los conserva durante largos periodos, los perpetúa casi, hasta que se liquidaron. Pero entran en crisis desde la segunda mitad de siglo —apenas se cargan nuevos—.

³⁵ Por ejemplo, ARV, Juan Bautista Martínez, número 6678, años de 1764-1766, fols. 8r y v, pago de todas las deudas que resultan de unas cuentas. En los registros de propiedad se pueden rastrear numerosas, AHPA, contadurías de Concentaina, número 58, 1788, fols. 27r y v reconocimiento de deuda a un ganadero por unas 98 libras, 16 sueldos, a pagar en 3 plazos, hipoteca 4 jornales de tierra; 1789, fols. 13v-14r, deuda de 224 libras por 70 arrobas de aceite, con hipoteca especial; 1790, fols 1v-2r, un comerciante obliga a un arriero y tendero y su mujer, por 130 libras, hipoteca 6 jornales; 1791, fols. 11v-12r, una viuda de un abogado se obliga por 50 libras.

³⁶ AHPA, contadurías de hipotecas de Concentaina, número 58, 1789, fols. 11v-12r.

³⁷ AHPA, contadurías de hipotecas. Concentaina, número 65, 1844, fols. 9r-9v, a comerciante de Alcoy por 20 arrobas de aceite, hipoteca de casa; 18v, un soguero reconoce deuda que pagará en dos años, e hipoteca una tierra en Alfar; 6v-7r; un rentista 200 libras, al 5%, en cuatro años, hipoteca 4 jornales de tierras; 18v-19r, incluso una obligación de 4500 reales por sustituir al hijo en el servicio de quinto, hipoteca casa; también el mismo caso, sin hipoteca especial, 23v-24r. En el protocolo de José Cirer Palou, número 492, año 1845 pueden verse otros casos, 40v-43r, 43v-45v. Esta última, como otras, está acuñada con un cajetín de inscripción en el registro, aunque no creo que sea práctica estricta.

La preferencia por la adquisición de tierras e inmuebles, anterior, desde el reinado de Felipe V, atrae y coloca el dinero de forma más rentable y más segura...

En primer lugar, las ciudades y pueblos buscaban dinero a través de censos, aunque por las dificultades de su hacienda logran ya escaso atractivo en esta época. La corona también, a través de juros, que asimismo se hallan alcanzados; tendrá que acudir a otras vías, como los vales reales o billetes de banco, con todos los problemas que generaron. La deuda pública va ascendiendo con la quiebra de la hacienda de la monarquía, la guerra contra Napoleón...³⁸. Los gremios y colegios se mantuvieron mejor en esta vía de crédito, al tener menor dificultad para satisfacer sus pagos. He podido ver en algunos casos escrituras gremiales de pago de pensiones, con ligero retraso de seis meses, y numerosas redenciones o quitamientos de censos, aunque se requeriría un estudio más amplio para abordar las finanzas de los numerosos gremios y colegios³⁹.

Los labradores encontraban en los censos una secular vía de crédito. Pero apenas se recogen ya operaciones de *carregament* de censos en los notarios de la ciudad de Valencia. Las iglesias y las gentes acomodadas se inclinan por la adquisición de tierras e inmuebles. Más bien, se inscriben algunas redenciones o quitamientos de censos antiguos⁴⁰.

Si nos acercamos a la Albufera, a los marjales de arroz en Albalat de la Ribera, podemos observar mejor esa última presencia y desaparición de los cargamientos de censos. Al reunir numerosas escrituras, los registros de propiedad nos deparan una visión más general, aunque menos detallada que las

³⁸ Es clásico el libro de Josep Fontana, *La quiebra de la monarquía absoluta*,

³⁹ ARV, protocolo de José Vicente Entraigues, número 5501, año de 1774, redenciones de censos o quitamientos del gremio de herreros, herradores y albeitaires de Valencia, fols. 230v-232r, 302r-303v, 303v-304r, 334r y v, los dos últimos a clero de San Esteban y convento de la Merced; número 5502, años de 1775-1776, redenciones, al convento de dominicos, de la Presentación, la Merced y la parroquia de San Esteban, fols. 173v-174r, 209 r y v, 210r y v, 200v-201r, y a particular 184v-185r; pago de pensiones, a la Merced, a los agustinos y otras numerosas 114r-115r, 140r y v, y otras numerosas; número 5503, años de 1777-1779, el gremio de molineros, a la heredera de un presbítero, finiquito por todas las deudas, fols. 46 r y v. fols. 119v-121r, otro del municipio de Albalat, fols. 160r-161v.

⁴⁰ ARV, protocolo de José Vicente Entraigues, número 5501, año de 1774, fols. 119v-121r, otro del municipio de Albalat, fols. 160r-161v. ARV, protocolo de Juan Bautista Martínez, número 13102, año de 1791, fols. 42v-43r, el clero de Cullera acuerda en capítulo el quitamiento de dos censos antiguos de fines del xvii sobre varias fincas de la parroquia y de una fundación, por 590 libras; redimir y librar "de los censos impuestos sobre ellas y sus especiales hipotecas, y también de las pensiones, hecha gracia de algunas y sus prorratas discurridas... que desde hoy quedan rotas, inválidas y anuladas...". En ARV, protocolo de Joaquín José Ferriz, número 5705, año de 1790, fols. 169v-171v, el clero de San Lorenzo, reunido a "campana tañida" acuerda quitar un viejo debitorio de los regidores de Concentaina.

escrituras⁴¹. En los primeros años todavía se carga alguno, después vemos cómo se generaliza la hipoteca para garantizar un préstamo mutuo.

Un inciso sobre censos enfitéuticos: las tierras de Albalat de la Ribera estaban, como tantas otras, concedidas a censo enfitéutico en favor del dueño del lugar, el marqués de Belgida, con “luismo, fadiga y demás derechos del enphiteusin”, con un canon o pensión de 4 sueldos por cada 18 hanegadas⁴². Lo que hace que en el precio o valor de las ventas de tierras o casas, se rebaje el luismo y el doble valor del marco —o valor del dominio directo—. El señor en ocasiones permite retrasos en el pago del canon enfitéutico, como favor al campesino —otro viejo medio de obtener crédito—. Pero dejemos aparte estos censos enfitéuticos, relacionados con el señorío, para centrarnos en los consignativos, instrumentos de crédito externo, que son cosa bien distinta. En todo caso, los censos enfitéuticos apenas se inscriben en los libros del registro, pues se recogen en los *capbreus* o cabreves señoriales. En cambio, en las escrituras de venta u otras, sí se hace referencia a que la tierra o casas están sujetas al dominio mayor y directo, como dije. Menos aun puedo entrar en si las tierras están amortizadas por la iglesia o vinculadas a mayoraazgo...

Como tampoco en las propiedades del real patrimonio de Valencia, que se conservó como patrimonio particular de la dinastía durante el siglo XIX, y aun hoy tiene administración especial. En algún notario de mediados de siglo, vemos como se siguen haciendo establecimientos enfitéuticos, de dominio útil sobre sus tierras, con un canon, y se pagan luismos en las ventas... Se establecen enfitéuticas sobre las tierras para ponerlas en cultivo⁴³.

⁴¹ Trabajé sobre estos registros de Albalat, Cullera, Sueca, Sollana y Almusafes y otros en “Propiedad y señorío en la Ribera del Júcar”, citado en mi nota 16.

⁴² Registro de hipotecas a consecuencia de la real pragmática sanción de 31 de enero de 1768, ARV, contadurías de hipotecas, Albalat, números 1-4. Ya en la primera escritura registrada, número 1, fols. 1r y 1v, aparecen en casi todas las ventas; a veces, en determinadas zonas, están sujetas a partición.

⁴³ ARV, protocolo de Francisco Ponce, número 9876, año de 1854, numerosísimas sobre ventas, algunas de establecimiento de enfitéuticas, con varias condiciones, la pensión o canon de 3 reales 24 maravedises por hanegada —en Sedaví, partición de frutos; en Alboraya 2 dineros—, fols. 14r-18r, 36r-41v, 42r-48r, 249r-255v, etc.; cuando aplazan el pago de la entrada o precio del establecimiento, aseguran con hipoteca, cartas de pago a la condesa de Alcudia por unas 120 hanegadas en Sueca, 213r-216v, otra carta 469r-470v. Una redención de censo, sobre las escribanías de Bañeres, al ser vendidas por el anterior concesionario a un abogado, fols. 521r-522v, pago de 738 reales 14 maravedises por el capital y censo; también loaciones o reconocimientos de ser tierras censadas, fols. 71r-72v, 101r-102v. En Manises, ARV, Juan Bautista Martínez, número 6678, años de 1764-1766, fols. 4v-7r, en venta de casa y corral, a censo de 15 sueldos en favor del marqués de la Escala, Vicente Boyl. Véase Encarna García Monerris, *El patrimonio real en el País valenciano: absolutismo y liberalismo, tesis de licenciatura*, Valencia, 1981; yo me ocupé del mismo en prólogo a Jorge Correa Ballester, *La hacienda foral valenciana*, Valencia, 1995, pp. 11-20.

Los censos consignativos, redimibles, viejas cargas que subsisten de tiempos anteriores, aparecen con frecuencia en las ventas de casas y tierras. En los primeros años del registro, en Albalat se produce una inscripción masiva de los que ya existían —pero no en cambio en otras poblaciones cercanas como Sueca o Sollana—. En Albalat, la iglesia pensó que de este modo aseguraba su publicidad y garantía⁴⁴. Luego hay algunos casos de *carregament* de nuevo censo en favor del “clero y capellanes de dicha villa”, por 30 libras, pensión de 30 sueldos, en favor de las ánimas de ocho difuntos, con hipoteca especial y expresamente de 18 hanegadas de arrozal a censo enfiteúatico del marqués de Belgida; pero por los antecedentes que recoge, es una familia, que reorganiza varios censos antiguos⁴⁵. Por último, algunas redenciones o quitamientos de censo sobre casa y corral que tenía el clero⁴⁶. Las hipotecas, aunque escasas, también están presentes: primero en el sector público, en la concesión del estanco del tabaco, se da una fianza de 200 libras, “para cuya seguridad hipoteca ... 15 hanegadas de tierras rodeadas de moreras”⁴⁷. No es sólo fianza o garantía personal sino hipotecaria. Y empiezan a aparecer hipotecas de comerciantes; muy numerosas en los años liberales...⁴⁸.

⁴⁴ Del análisis de estos viejos censos inscritos en ARV, contadurías de Albalat, número 2, se ocupó Telesforo Hernández Sempere, “La inscripción de censos en Albalat de la Ribera : propuestas para un estudio sobre el crédito agrario en el campo valenciano durante el setecientos”, *Actes du 1^{er} colloque sur le pays valencien à l'époque moderne*, Université de Pau, 1980, pp. 283-315, en página 300 ordena por décadas los que lleva fecha, 107, la mitad: de 1751 a 1777, hay sólo 13 —en los 30 años anteriores, 53. La mayoría pertenecen al clero de Albalat, por cercanía, y también porque el clero de Valencia, por estas fechas prefiere comprar propiedades. En los años siguientes apenas hay cargamientos de nuevos censos, tan sólo se inscriben antiguos, ARV, contadurías de Albalat, número 2, 1775, fols. 69r y 69v —de 1728 y 1668—; 1778, 71r y v, 72r y v —de 1728 y 1668—; 1781, 73r, 73v, 73v, 74r, 74r y v; 1786, 8r; 1787, 5v-6r y 6r y v, se carga por la villa de Albalat, para redimir antiguos, como también en 1789, 8r y v. En 1788, 8r y v se carga deudor por 230 libras 16 sueldos y 4 dineros, por diez años, por venta de 12,5 hanegadas.

⁴⁵ ARV, contadurías de hipotecas, Albalat, número 1, fols. 2v-4r, 5-6-1769. Hay algún otro, en 9v-10r; en 18v-19r, novación de un censo de 1698, 200 libras sobre unas 28 hanegadas, “que fue nueva hipoteca”; en 42v reconocimiento de tres censos de 1650, 1690 y 1720 al clero de Albalat; y en 8v-9r, se carga en su favor, tras un pleito sobre censos antiguos. En contadurías de Albalat, número 2, fols. 9v-10r, 76v...

⁴⁶ ARV, contadurías de hipotecas, Albalat, número 1, fols. 93r y v, se redime censo, entre particulares de 1685, por 225 libras.

⁴⁷ ARV, contadurías de hipotecas, Albalat, número 1, 22-10-1771, fol. 30r.

⁴⁸ ARV, contadurías de hipotecas, Albalat, número 1, 26-5-1771, fol. 27v, en 26-5-1771, un vecino de Albalat en favor de Orcades, Monic y compañía por unas 700 libras, hipoteca 30 hanegadas de tierra; comerciante maltés Claudio Amaira, 14-3-1772, escritura de 23 de febrero, para que se paguen 341 libras en dos plazos de san Juan y todosantos, hipoteca 24 hanegadas, fol. 37r; 17-9-1772, Pedro Monich y compañía en favor un teniente coronel, 400 en dos plazos de 8 de septiembre de 1773 y 1774, hipoteca de 11 hanegadas, fol. 40r. En el siglo XIX, número 3, son muy frecuentes: fol. 3r, un tendero se obliga por 98 libras, suministro de comestibles; fol. 8r, 200 libras que se deben; fol. 14r, un labrador se obliga a un barbero por 100 reales, que le presta “graciosamente”; otras, fols. 17r, 18r, 22r, 24r, 26r, 42r, 47r... Incluso de utiliza por tratantes de ganado, 57r, 59r...

En los registros de propiedad de Concentaina la situación es análoga. Es zona de señorío, que aparece en las escrituras inscritas: dominio directo del conde de Concentaina o duque de Santisteban, que, por lo visto, inscribe cuando realiza algunas concesiones o modificaciones en censos y tributos⁴⁹. También a través de su apoderado inscribe los arrendamientos de derechos de monopolio sobre hornos y otros, como las neverías o lugares donde se almacena la nieve para el verano... Por lo usual se prestan fiadores, sólo por excepción hipotecan alguna finca⁵⁰. Pero ya he dicho que prescindo de los aspectos señoriales, que se recogían en cabreves de los dueños del dominio directo, los señores; no obstante, ante los nuevos registros de propiedad, algunos señores llevan sus documentos, pensando lograr mayor firmeza⁵¹. Incluso

⁴⁹ AHPA, contadurías de hipotecas, número 58, Alcocer: reconocimiento de censo de 2 celemines, luismo y fadiga en favor del conde, 1788, fol. 2r; regulaciones de pechos en su favor, 1789, 1r y 1790, 1v.; también en las ventas de tierras se reconoce el dominio mayor y directo, en una carta de gracia, de 3,5 tahullas, el censo de 5 barchillas de trigo, 2 celemines, 1790, 2v; en Concentaina, se inscriben reconocimientos o loaciones, 1790, 9r y v. En 1844, número 65, fol. 16r y v, aparece el dominio mayor y directo del duque de Medinaceli, donde antes era al conde de Concentaina y duque de Santisteban, acerca de la concentración del señorío, Mariano Peset y Vicente Graullera, "Nobleza y señoríos durante el XVIII valenciano", *Estudios de historia social*, 12-13 (1980), 245-281. En Quart loación en favor de la condesa de Almenara, ARV, protocolo de Joaquín José Ferriz, número 5705, año de 1790, fols. 139r-140v.

También el tercio diezmo de Alcolecha, del marqués de Santiago, que había adquirido este tributo en todo el reino y lo subasta por poblaciones, por cuatro años, se asegura con fianza de un comerciante de paños e hipoteca, Alcolecha, 1789, fols. 1r y v; y en Concentaina, 1789, fols. 1r y v. Incluso se presta hipoteca e inscribe la administración de las rentas o primicias del párroco, por tiempo de seis años y 1800 libras, 1791, fols. 32r-33r.

⁵⁰ AHPA, Contadurías de hipotecas. Concentaina, número 58, arrendamiento de los derechos señoriales de Sela de Núñez, dueño don Rafael de Pedro, vecino de Valencia, registrado en la alquería de Aznar, fol. 2r; cinco hornos de Concentaina: nuevo, mayor, el de la plaza, del rincón y el del Ravalet, 1788, 23r-24r, 24r y v, 24r y v. 25v, 26 r; heredad y casa, con cuatro neveros, con censo de media arroba de nieve, luismo y fadiga, 26v-27r; también otros, como el coto de la sierra de Mariola 1788, 29r, diezmos del "paner", 29v-30v, molino 30v-31r. En número 65, fols. 24r y v, el administrador de contribuciones municipales de Concentaina, responde con todos sus bienes. Sobre los señoríos de la zona Antonio Gil Olcina, *La propiedad señorial en tierras valencianas*, Valencia, Del Cenía al Segura, 1979 y del mismo, en colaboración con Gregorio Martínez Canales, *Residuos de propiedad señorial en España. Permanencia y ocaso en el bajo Segura*, Alicante, Instituto Juan Gil-Albert, 1988.

Arrendamientos de rentas en Almusafes, realengo, en ARV, protocolo de José Patricio Rodríguez, número 10734, 1771, arrendamiento de tienda fols. 1r-2v, aguardiente 2v-4r, carnes 4r-5v, sal 5v-6v, otros en fols. 29v-32r, 32r-34v, 34v-35v, de habitaciones del castillo por el intendente, 11r-112r, 112r-113r; número 10735, 1772, panadería 26r-27r.

En la época liberal continúan estas fianzas pero con hipoteca, AHPA, protocolo de José Cirer y Palau, número 487, año 1841, fols. 176v-178v, 198v-199r; en 108r-109r, en cambio, se obliga con todos sus bienes y los de su mujer, el tesorero de rentas de las Islas Baleares nombrado por la regencia provisional del reino.

⁵¹ AHPA, Contadurías de hipotecas. Concentaina, número 58, hay algún establecimiento enfiteútico o reconocimiento al señor, 1790, fols. 9r y v; el apoderado del duque en favor de un campesino con carga de 3 barchillas y dos celemines, de trigo, fols. 17r y v, otros en 35v-36r, 36v-37r. También cabreves del clero de San Juan y San Pedro de Valencia, número 58, 1791, 9r-11r, 14v-15r.

aparecen a veces fianzas acompañadas de hipoteca, para hacerse cargo de rentas señoriales o de la encomienda de una orden militar. Y, desde luego, por administración de estancos de tabaco y rentas, que, como indiqué, existen desde antiguo, con hipotecas especiales, dadas por el interesado o por otro, que aparece como fiador⁵².

Los censos siguen existiendo, cargados sobre propiedades, con frecuencia a favor de los cleros. Incluso algún nuevo cargamiento: un labrador 150 libras de censo sobre una casa en favor del convento de Nuestra Señora de la Consolación; otro al clero de San Salvador, sobre todos sus bienes, que se describen con detalle; pero hay más redenciones...⁵³.

En la época liberal las leyes desamortizadoras dieron facilidades para la redención de los censos que habían pertenecido al clero. En las escrituras notariales se refleja la nueva situación, así como remates de fincas⁵⁴. El censo consignativo termina, aunque puedan seguir años, hasta que desaparezcan los antiguos, particulares o los que han pasado al estado liberal...

4. Las ventas a carta de gracia

En cambio, las ventas a carta de gracia, perdurarían. Tenían la ventaja, sin duda, de encubrir y asegurar préstamos con interés. Bastaba que el precio recibido en verdad por el vendedor, fuera menor que el escriturado, a pagar en caso de retroventa. Si fuese un precio inferior al valor de la finca, como sospechaba Covarrubias, habría ventaja si el vendedor, apurado como estaba, no podía redimir o volver a adquirir por retroventa su tierra o casas; en todo caso, se valían de una la venta para garantizar un préstamo. Lo usual era un precio inferior, que correspondía al préstamo más los intereses.

Pero como a veces no existía relación entre la cantidad prestada y el precio del inmueble, si no se podía devolver, en un segundo momento el com-

⁵² AHPA, Contadurías de Concenterina, 1790, fols. 3v-4r, un teniente de artillería, administrador de Cuevas de Vinromà, encomienda de Burriana, fianza de 70000 reales, con hipoteca especial y expresa de bienes.

⁵³ AHPA, Contadurías de Concenterina, 1786, fol. 3v, 16v-17r; aparecen también redenciones, por ejemplo 1787, 11v-12r, 1788, 27v-28r; 1791, fols. 17r y v, 24r y v. Alguna en AHPA, protocolo de Vicente Izquierdo, número 1042, año 1772, fols. 132r-134r, redención de censo del convento de la Santa Faz. Pero en algún caso, los clérigos de Santa María usan ya obligación con hipoteca para cubrir alguna deuda, 1789, 11v-12r, 13r y v.

⁵⁴ AHPA, protocolos de José Cirer y Palou, número 487, año de 1841, fols. 156v-158r, un censo de las religiosas de la Santa Faz, de 600 libras de capital, paga el equivalente en reales, por real decreto de 5 de marzo de 1836 y orden de 24 de febrero de 1837. Pueden verse numerosas ventas de inmuebles desamortizados, con impresos para facilitar su escritura, aparte de algunas ventas judiciales, en el protocolo de Pablo Manchón y Soriano, número 1119, año de 1845. Sobre esta nueva situación, remito a mis *Dos ensayos...*, pp. y desamor.

prador pagaba una cantidad por derechos de redención, con que se ajustaría el valor y toda la cuenta de la operación: el préstamo desembocaba en una venta⁵⁵. En todo caso, no es posible descubrir el interés, encubierto en el precio y en esa segunda adquisición del derecho de redención. La venta a carta de gracia, tan cómoda pues deja velado el interés, y asegura con la transmisión de la propiedad resistió los nuevos tiempos.

Todos saben que encubre préstamos, pero como ocurre en los censos la mediación o presencia de tierras o casas en la venta —con esos extraños artificios que siempre presenta el derecho—, le confiere licitud, con algunas condiciones que analizaba en Covarrubias. Aunque en ocasiones se descubre evidente en las escrituras, porque no se recatan en afirmarlo las partes, o surge por desidia del notario. Veamos un caso: en una venta a carta de gracia de 12 hanegadas tierra por 450 libras, por un labrador de Cullera a una viuda e hijas, se acuerda que se ha de retrovender en plazo cuatro años, “y no cumpliéndolo se haya de estimar por peritos y pagar el más o el menos valor que tuviere”. Pero el notario usa después la fórmula general de otras ventas, y añade: “y del que más valor pueda tener y valer le hago gracia y donación pura, perfecta y acabada, que el derecho llama *inter vivos* con insinuación...”. Una contradicción que revela aquella realidad latente por debajo de ese tipo de ventas⁵⁶. Otro caso: una reunión de los regidores de Cullera, con la junta de electos para la construcción de la torre del campanario, en 1779, había autorizado a un comerciante “para que pudiera tomar a carta de gracia del Real Colegio del Corpus Christi de la ciudad de Valencia 1500 libras para atender al pago del metal de las campanas que se hicieron para dicha Iglesia...”: ahora decide acudir al fiscal del consejo para que les permita utilizar bienes de propios para redimir aquella cantidad...⁵⁷.

La venta a carta de gracia conserva todo su vigor en las postrimerías del antiguo régimen. Su garantía es nada menos que la propiedad de las tierras y casas, aunque condicionada al pacto de *retrovendendo*. Son por tanto fre-

⁵⁵ ARV, contadurías de hipotecas, Albalat, número 2, 1778, fols. 14r y v; muy frecuentes por los administradores del Corpus Christi.

⁵⁶ ARV, protocolo de Juan Bautista Martínez, número 13102, año de 1791, fols. 152r-155r.; también en 174v-176r, entre labradores, 4 hanegadas, 500 libras, 8 años, pudiéndose devolver de 100 en 100; o en 244r y v, una retroventa entre labradores en Cullera, tras unos meses de la venta condicional, quizá podría relacionarse con préstamo hasta la cosecha.

⁵⁷ ARV, protocolo de Juan Bautista Martínez, número 13102, año de 1791, fols. 44v-45r.

⁵⁸ ARV, contadurías de hipotecas, Albalat, número 1, una de 1713, en otra escritura 3v, en favor de un vecino de Valencia. También 20r, que además al vender unas tierras, asegura “hipotecando especialmente para la seguridad una casa sita...”; en 6-7-1776, una casa y 6 hanegadas por 1600 libras, pero retiene la mitad a cuenta. Otras ventas 4-2-1777 a un tratante de comercio de Valencia 78v, 4-3-1779 a convento de religiosos calzados de V; retroventas 79r, 89r y 89v, 93r y s..

cuentas en aquellos años últimos⁵⁸. Suele dejarse de plazo de 6 a 8 años, aunque, en muchas ocasiones el comprador, en un nuevo acto adquiere los derechos de redención. En algún caso, el clero de san Martín el mismo día la compra a carta de gracia y los derechos de redención; quizá se reconocía un préstamo anterior y, al tiempo, se renunciaba a la retroventa. El caso opuesto podía ser la prolongación, no rara, del plazo de retroventa o de satisfacer la ulterior redención⁵⁹.

Y en el XIX se mantienen en proporción elevada⁶⁰. Tan sólo empezarían a decaer cuando las hipotecas se generalicen más —se regulen en 1861—, y el impuesto de transmisión sea elevado. Aunque en el antiguo régimen ya se gravaba con alcabala, y en tierras de señoríos enfiteúticos con el luismo... Pero todo lo pagaría el vendedor que se encuentra apurado, sin dinero.

Una utilización más de la hipoteca he podido observar en la documentación de la época liberal. Los arrendamientos de las tierras, que muestran evidente continuidad en duración y cláusulas desde fines del antiguo régimen, van a ser reforzados con hipoteca del arrendatario para asegurar el pago del

102r-103r clero del Salvador de Valencia. Y contadurías de hipotecas, Albalat, número 2, aparecen numerosas ventas a carta de gracia y retroventas, 1787, fol. 4v; 1788, 1v, 2v, 9r, 9v-10v... AHPA, Contadurías de Concentaina, número 58, ventas a carta de gracia en favor del clero de Santa María, con licencia del duque, por razón de fadiga, 1787, 1r y v; otras en 2r, 3r, 19r, 1789, fol. 14v; a personas distintas del clero, 5r y v, 14v-15r, 15v.; en favor del duque de Santisteban, 1789, fol. 15v. También retroventas, 1786, fol. 21v; 1788, fol. 12v., y en AHPA, protocolo de Vicente Izquierdo, número 1042, año 1772, fols. 45v-46r, 46r-48v.

⁵⁹ ARV, contadurías de hipotecas, Albalat, número 1, inscrita en 19 de junio de 1770 por el clero de san Martín de Valencia, que adquiere el total el mismo día, fol. 8r., sólo se explica quizá porque reconocía deuda anterior el primero, y el vendedor estaba ya dispuesto a vender sin condición. En el mismo archivo, ARV, protocolo de Juan Bautista Martínez, número 13102, año de 1791, fols. 27v-28r, al parecer había trascurrido el plazo desde 1783 en que se vendió a menor con curador una barraca en Cullera, ahora “restituyendo como restituyen y retrovenden”, sin evicción alguna, salvo “por hechos propios”.

⁶⁰ Contadurías de hipotecas, Concentaina, número 65, 1844, fols. 11v, 12v, 25r y v..., con plazos diferentes de uno a cuatro años para la retroventa. Tan sólo tendrá su límite esta operación cuando el impuesto sobre la doble transmisión encarezca esta forma de crédito. En algún caso la venta condicional expresa que es garantía de una deuda de 36 libras, que se pagará en tres años, protocolo de José Cirer y Palau, número 492, año 1845, fols. 5v-7r. Una venta a carta de gracia de un labrador a un hacendado de Valencia, 10 hanegadas, plazo de tres años, de realpatrimonio, paga luismo y se obliga a inscribir porque el real decreto de 23 de mayo de 1845 lo exige, bajo pena de nulidad, ARV, protocolo de Francisco Ponce, número 9876, año de 1854, fols. 619r-620v.

⁶¹ Sobre arrendamientos José M.^a Goerlich Peset, “Revolución liberal y arrendamientos rústico en la práctica notarial valenciana”, *Estudios dedicados a Juan Peset Aleixandre*, 3 vols., Universidad de Valencia, 1982, I, pp. 197-216. Puede verse sin hipoteca, en ARV, protocolo de José Vicente Entraigues, número 5502, año de 1775-1776, fols. 124v-127v arrendamiento de don Felipe Musoles de numerosos campos, por 411,5 libras, con responsabilidad general de todos sus bienes, al que siguen otros cinco; dio poder en fols. 19r y v. También otras personas 144r-147v, 151v-153v, 153v-155v, 155v-157r —responden a una misma fórmula—; en 87v-89v un doctor en medicina, tierras en Burriana por 4 años, 200 libras cada uno, aparece fiador. Arrendamientos

precio o merced arrendaticia⁶¹. A fines del XVIII a los arrendatarios se les exige que se comporten como buen labrador, les prohíben subarrendar, el pago de gastos de escritura, contribuciones y tacha de agua; que soporten el caso fortuito de mala cosecha, pero no se garantiza el arrendamiento con una hipoteca. Incluso, en algún caso, en que ya están vencidos los pagos y terminado el arriendo, se firma ante notario una obligación simple de satisfacerlos⁶².

En los protocolos de Alicante he podido hallar la utilización tardía de la hipoteca, generalizado en las escrituras de arrendamiento de grandes propietarios, con garantía de fiadores e hipoteca especial para asegurar el pago de la merced, siempre en dinero metálico, así como los deterioros, pago de las contribuciones y riesgo del caso fortuito. Su duración sigue siendo de seis u ocho años⁶³. En cambio, algunos propietarios menores no utilizan esta garantía, sin duda porque conocen al arrendatario o son tierras de menor extensión o calidad, aunque cada vez se extiende más la exigencia de hipoteca especial, junto a la responsabilidad general de todos los bienes⁶⁴. La razón de esta situación es doble: de un lado, muestra la indudable expansión de la hipoteca, gracias al registro, que confiere seguridad al negocio, y que conduce hacia la ley hipotecaria —las leyes suelen producirse *ex post* de una práctica o

urbanos, casa en la calle Palau 2, fols. 69v-70v. Protocolos de Vicente Ibáñez de Lara, año 1780, número 6212, fols. 1 r y v, una casa habitación, responde con todos sus bienes, se sujeta a la jurisdicción de Valencia y pagará como se fuera por sentencia definitiva, como cosa juzgada.

⁶² ARV, protocolo de Juan Bautista Martínez, número 13102, año de 1791, fols. 3v-4r. En los contratos de arrendamiento sólo aparece la responsabilidad de todos los bienes habidos y por haber, pueden verse en Cullera, fols. 160r, 161r-163r; en 6r-7r, y otros, rebaja a un tercera parte el precio en el segundo año “de vacío”, sin cosecha; ni tampoco la condesa de Almenara, como tutora y curadora de su hijo el conde, ARV, protocolo de Joaquín José Ferriz, número 5705, año de 1790, fols. 13r-15r, a un labrador y su esposa por cuatro cahizadas de huerta y moreras en Ruzafa, otros semejantes, de menor extensión de tierra, 4 hanegadas 124v-126v, 11 hanegadas 129r-130v; en fol. 107r-108v el curador de un menor, arrienda a un maestro tejedor “casa con escalerilla”, en Valencia

⁶³ ARV, protocolo de Vicente Antonio Barrachina, número 8527, año de 1848, fols. 134r-137v, 138r-142v, contratos de arrendamiento de la condesa de Almodóvar aparece la correspondiente hipoteca de hanegada y media en la Albufera, aun cuando la finca arrendada sea de 6; también de otros propietarios, fols. 141r-145v. AHPA, Protocolo de José Cirer y Palau, número 487, año 1841, fols. 35v-39v, apoderado del conde de Santa Clara, 670 tahullas; 911r-914r el barón de Finestrat al mismo arrendatario 119 tahullas de viña; 1115r-1118r, Finestrat por 3 molinos; fols. 160r-163r, una viuda de un inglés, 136 tahullas y media, con árboles y plantío, agua del pantano, que pague aun en caso fortuito, contribución incluso la de culto y clero. En cambio, el conde de Sotomayor no exige 5705, fols. 569v-571v.

⁶⁴ Protocolo de José Cirer y Palau, número 487, 1841, fols. 722v-723v Juan Bautista Lafora exige dos fiadores, pero sin hipoteca, no obstante este comerciante la utiliza en otras ocasiones para deuda, fols. 906r-907r; fols. 935v-936v, responsabilidad general de sus bienes, pago en “metálico sonante, con exclusión de todo papel moneda, creado o por crear”; en 150v, el comprador, mediante carta de gracia, de una hacienda en el Altet de 1027 tahullas, la da en arrendamiento al vendedor; puede verse también en fols. 152r-154v una medianería por cuatro años a varios vecinos.

necesidad social—. De otro, los tiempos son revueltos, la nobleza y los grandes propietarios han perdido en parte su prestigio y la admiración de las gentes, el respeto social disminuido se refuerza con esa garantía... La consecuencia sería poner las tierras en manos de grandes arrendatarios, que pueden afianzar el pago, que dan seguridad y simplifican la administración; también logran una mejor explotación, mejores aperos y trabajo, en lugar de distribuir entre pequeños labriegos. Aunque a veces estos arrendatarios acomodados subarriendan parte en pequeñas parcelas...

* * *

En suma, he querido exponer y comprender el proceso de hundimiento de los censos en un largo proceso, donde intervienen diferentes razones: disminución en su remuneración e intervenciones regias desacertadas. Impago de pensiones cada vez más clamoroso. Se hunde este instrumento de crédito que durante siglos habían tenido los campesinos —las ciudades, los gremios, la corona...— para lograr dinero. Instrumento que permitía la colocación de capitales y la creación de rentas, en especial para la iglesia o las gentes acomodadas de la ciudad, menos la nobleza —muchas veces aparece como prestataria—. Ahora el clero, así como los personas ricas de las ciudades, se lanzan a adquirir tierras y propiedades que explotan a través de arrendamientos. Grandes masas de tierras cambian de manos... El crédito se reduce a ventas a carta de gracia, que facilitan esa transferencia de tierras de campesinos; cada vez más préstamos, asegurados con hipoteca. Aquella nueva clase sostendría la revolución, confiscaría a la iglesia, enajenaría en su provecho bienes de la corona, comunales y de propios, en ocasiones con indemnización. Transforma los dominios útiles que tiene en los señoríos en propiedad liberal... Surge ya una nueva época...

**CRISIS DEL ANTIGUO RÉGIMEN
Y CRISIS DEL SISTEMA CREDITICIO:
EL FIN DE LOS CENSOS CONSIGNATIVOS
EN ESPAÑA (1705-1885)**

Enric Tello Aragay
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. UNA TUPIDA TELARAÑA DE DEUDAS.—II. EL CRÉDITO Y LA USURA ANTES DE LA BANCA.—III. EL CENSO CONSIGNATIVO: UNA RED NOTARIAL DE TRANSACCIONES DESCENTRALIZADAS CON EL TIPO DE INTERÉS REGULADO POR EL ESTADO.—IV. ¿QUÉ ALIMENTABA LA DEMANDA? LA PERMANENTE ESCASEZ DE NUMERARIO.—V. UN ICEBERG DE TRANSACCIONES CREDITICIAS CON UNA LÍNEA DE FLOTACIÓN.—VI. UNA FALSA PISTA: LA ÚLTIMA REDUCCIÓN DEL INTERÉS DEL CENSAL.—VII. DEL CICLO ECONÓMICO AL POLÍTICO: LA “HUELGA” DE RENTAS Y CENSALES.—VIII. REVOLUCIÓN LIBERAL Y RESTAURACIÓN: CAÍDAS Y RECUPERACIONES DE LA RECAUDACIÓN CENSAL.—IX. DE LA DESAMORTIZACIÓN DE MADDOZ (1855) A LA NUEVA LEY HIPOTECARIA LIBERAL (1861).—X. RECAPITULACIÓN Y CIERRE: OTRA INTERPRETACIÓN DEL BLOQUEO Y LA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA HIPOTECARIO CENSUAL

I. UNA TUPIDA TELARAÑA DE DEUDAS

Tropecé por primera vez con el problema de la naturaleza, la función y la crisis final del sistema hipotecario basado en los censos consignativos (*censales* en la Corona de Aragón) en mi ya lejana tesis doctoral de historia agraria sobre la comarca leridana de la Segarra¹. Me encontré con que las ideas o hipótesis básicas que hasta entonces habían sido sugeridas por los especialistas para entender esos *censales* no encajaban bien con el funcionamiento de aquella tupida telaraña de deudas que parecía impregnar el entero sistema agrario de la zona, y jugaba un papel nada desdeñable en una acentuación de la desigualdad en el reparto de las rentas censuales y de la tierra sumadas, cuya concentración devenía muy superior a la distribución de los bienes raíces hipotecados. Un rasgo que pronto me llamó la atención era la interrela-

¹ TELLO, E., *Cervera i la Segarra al segle XVIII*, Pagès Editor, Lleida, 1995.

ción, dentro de aquel sistema hipotecario del Antiguo Régimen en dicha comarca, entre diversos tipos de contrato de préstamos cuya naturaleza parecía a primera vista muy opuesta: censos consignativos (*censals*), obligaciones (*debitoris*), retroventas (*venes a carta de gràcia*), o pensiones vitalicias (*violaris*).

La mayoría de autores que habían tratado el asunto tendían a contraponer unos contratos con otros, pero lo cierto es que coexistieron durante siglos. La contraposición era doble. Por una parte, se refería al carácter supuestamente “feudal” del censo frente a un supuesto carácter “moderno” de la obligación (ignorando que su existencia como contrato era tan antigua como el propio censo consignativo). Por otra parte se solía considerar al censal un crédito “benévolo” y poco gravoso para el prestatario, frente al carácter “moderno” de un contrato de obligación aparentemente mucho más rentable para el prestamista. Esa doble disyuntiva me resultaba particularmente paradójica para analizar históricamente el problema de la usura, ese rasgo tan omnipresente en las descripciones literarias o la memoria oral de las sociedades rurales del pasado como evanescente en la historiografía basada en las fuentes notariales o patrimoniales disponibles.

Parecería, por una parte, que las prácticas usurarias deberían haber sido habituales en el mundo económico anterior a la banca contemporánea, cuyo desarrollo habría puesto fin a sus estragos. Pero si los censos consignativos eran realmente “blandos” para el prestatario, y poco rentables para el prestamista, la historia debería leerse al revés: en vez de una liberación de las opresivas garras de la usura, el desarrollo de las prácticas bancarias contemporáneas habría supuesto un endurecimiento de las condiciones de acceso al crédito para los prestatarios. ¿Dónde situar entonces el campo de acción de aquella vieja usura rural? La única salida aparentemente airosa de los especialistas consistía en establecer otra disyuntiva radical, esta vez entre préstamos formales hipotecarios y préstamos informales no hipotecarios, que me parecía entonces y me sigue pareciendo ahora muy poco fundada.

II. EL CRÉDITO Y LA USURA ANTES DE LA BANCA

Desde un punto de vista teórico parece difícil de admitir que dos mercados con precios y condiciones tan extremadamente dispares como los que se atribuían al crédito hipotecario censal a largo plazo y la despiadada usura a corto plazo pudieran haber coexistido durante siglos sin que ningún tipo de arbitraje hubiera conseguido agujerear sus gruesos muros de contención. Por otra parte, y desde un punto de vista empírico, aquella contraposición entre contratos hipotecarios supuestamente “benévolos” y usuras informales no

hipotecarias debería hacernos descartar que fuera una práctica real o habitual uno de los mecanismos más citados de la vieja usura, a saber, la minusvalía deliberada del bien raíz que avalaba como hipoteca la cuantía del principal prestado. Pero si tal cosa sucedía, y permitía acumular sustanciosas plusvalías con la ejecución y venta de préstamos hipotecarios morosos, debería haber actuado a través de los contratos escriturados ante notario que conectaban el mercado del crédito con el de la tierra.

Durante los siglos de la edad moderna aquellos contratos que intermediaban entre los mercados de la tierra y el dinero fueron mayoritariamente censos consignativos, y uno se pregunta cómo pudieron emplearlos los prestamistas durante tanto tiempo, y tan profusamente, si de verdad resultaban tan “benévolos” para los prestatarios como pretende la “leyenda del censal”. Debo añadir que hubo un tercer factor ideológico, además de esos argumentos teóricos y empíricos, que me puso pronto en guardia hacia ese conjunto de contraposiciones cruzadas entre unos censos hipotecarios “benévolos” y una usura informal implacable, por una parte; y entre censales “feudales” y obligaciones “modernas” por otra. Me refiero a la idea, forjada y puesta en circulación precisamente durante la etapa crítica de transición entre el Antiguo Régimen crediticio y la nueva ley hipotecaria liberal, según la cual la usura sería tan sólo una situación episódica y excepcional fruto del abuso en las condiciones de una transacción crediticia que nunca podría darse habitualmente si ambas partes acceden a ella en una situación de libre concurrencia. Si de verdad queremos entender la larga historia de los sistemas de crédito hipotecario, antes y después de la legislación liberal y el desarrollo de la banca contemporánea, conviene distanciarse tanto de aquellas contraposiciones demasiado simples como del interés ideológico en difuminar la vieja práctica de la usura hasta convertirla en una rara e insignificante excepción.

A muchos economistas les encanta creer que la usura era un resultado inevitable de la oposición absurda y moralista de la Iglesia católica a la libre negociación del tipo de interés, que impedía el desarrollo “normal” del mercado de capitales². Pero hay también ilustres excepciones, que me han ayudado a encontrar otra interpretación, y entre ellos destaca John Maynard Key-

² Para una versión prototípica de ese argumento véase NORTH, D. C. y LE ROY MILLER, R., *El análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etcétera*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976. En su madurez Douglass C. North a cambiado notablemente aquel simplista punto de vista juvenil que atribuía cualquier problema económico-social a la carencia o distorsión de los mercados (véanse, por ejemplo, sus libros *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; y *Understanding the Process of Economic Change*, Institute of Economic Affairs, Londres, 1999).

nes quien al final de su *Teoría General de la Ocupación, el Interés y el dinero* (1936) escribió lo siguiente:

*“A mi me hicieron creer que la actitud de la Iglesia medieval hacia el tipo de interés era intrínsecamente absurda, y que las sutiles discusiones para distinguir el rendimiento de los préstamos en dinero del rendimiento de las inversiones activas eran meros intentos jesuíticos de encontrar una escapatoria práctica a una teoría insensata. Pero ahora leo aquellos estudios como un esfuerzo intelectual honesto que quería mantener separado lo que la teoría clásica ha mezclado de forma inextricablemente confusa, a saber, el tipo de interés y la eficiencia marginal del capital”*³.

El argumento económico neoclásico contra cualquier posible separación entre interés del dinero y rentabilidad de la inversión ha sido siempre la demanda: ¿quién podría demandar y aceptar un crédito cuyo coste financiero superara la rentabilidad de la inversión para la que se solicita? Si tal cosa sucediera, añadirían, se autodestruiría por la quiebra derivada de su misma insensatez. Se trata sin duda de una buena pregunta que ya ha encontrado, sin embargo, algunas buenas respuestas. Una de las razones que, según Keynes, podía situar de forma no episódica el interés del dinero por encima de los márgenes de beneficio habituales en la producción real de bienes y servicios era un mecanismo omnipresente en las sociedades agrarias del pasado: *“el afán de poseer tierra, con independencia de su rendimiento”*.

III. EL CENSO CONSIGNATIVO: UNA RED NOTARIAL DE TRANSACCIONES DESCENTRALIZADAS CON EL TIPO DE INTERÉS REGULADO POR EL ESTADO

Aunque estamos todavía lejos de una comprensión completa y coherente de su larga trayectoria histórica, lo que de momento sabemos acerca de la vieja institución europea de los censos o censales permite afirmar lo siguiente. El sistema de crédito hipotecario basado en el censo consignativo, y complementado con otros contratos, estuvo vigente con sólo pequeñas variantes locales en muchos países europeos desde la baja edad media hasta la crisis del Antiguo Régimen. Durante tan larga vigencia experimentó diversas crisis y modificaciones importantes, especialmente en la tasación legal del tipo de interés. Los primeros síntomas de una crisis verdaderamente terminal fueron a la par de la quiebra del entero sistema de rentas de todo tipo del Antiguo

³ KEYNES, J. M., *Teoría General de la Ocupación, el Interés y el dinero*, Fondo de Cultura Económica, México, 9.^a ed., 1977, p. 300-312.

Régimen. Pero aquella última crisis terminal tampoco dio paso directamente a otro sistema hipotecario. Por lo menos en el caso español, su agonía se prolongó hasta su liquidación definitiva entre la ley hipotecaria de 1861 y la década de 1880.

Tal como Gilles Postel-Vinay, Philip Hoffman y Jean-Laurent Rosenthal han explicado para el caso francés, a lo largo de su larga vida aquel sistema hipotecario basado en el censo perenne o la *rente constituée* mantuvo dos rasgos característicos: 1) una gran descentralización, que permitía canalizar bilateralmente ahorros y deudas mediante un red de notarios que garantizaban las transacciones; y 2) una rígida regulación desde la monarquía mediante la tasación del tipo de interés nominal de los censos consignados a un bien real hipotecado (el único que solía mencionarse explícitamente en un contrato público). Ambos aspectos estaban íntimamente relacionados: la regulación por arriba, y la extrema descentralización por abajo de una relación crediticia que permanecía bilateral y privada entre individuos o instituciones (muy singularmente las instituciones eclesiásticas en los países católicos). La regulación por el Estado del tipo legal de interés de referencia jugaba un papel decisivo para garantizar la confianza y fluidez de aquel magma de transacciones bilaterales privadas, hasta el punto que Postel-Vinay, Hoffman y Rosenthal definen de forma sólo aparentemente paradójica aquel sistema de crédito como *un marché sans prix*⁴.

Hasta donde sabemos todos los Estados modernos fijaron el interés legal máximo de los censos u otros instrumentos hipotecarios análogos, y lo hicieron probablemente por tres importantes razones. En primer lugar, para garantizarse ellos mismos un fácil acceso al ahorro privado al poder ofrecer en momentos de apuro una remuneración superior a sus prestamistas. Pero también porque moderando el fuero legal del censal también podían proteger, hasta cierto punto, los grandes patrimonios nobiliarios derrochadores de los efectos del endeudamiento con prestamistas plebeyos. A la vez y finalmente, —tal como ya observara Keynes— aquella moderación del interés contribuía a aliviar la situación económica de los estamentos no privilegiados endeudados que se encontraban en la base de la pirámide social. Pues eran ellos quienes, a fin de cuentas, estaban *pechados* por los tributos a la monarquía y las rentas feudales de los señores. Por las tres vías la regulación del tipo de interés por el Estado contribuía a la reproducción estable del sistema generando seguridad, confianza y fluidez a las transacciones crediticias privadas

⁴ HOFFMAN, Ph.; POSTEL-VINAY, G. y ROSENTHAL, J-L., *Des marchés sans prix. Une économie politique du crédit à Paris, 1660-1870*, EHESS, Paris, 2001. Véase también POSTEL-VINAY, G., *La terre et l'argent. L'agriculture et le crédit en France du XVIII^e au début du XX^e siècle*, Albin Michel, Paris, 1998.

en un mundo económico donde las tasas de crecimiento macroeconómicas y las expectativas *medias* de beneficio permanecían notablemente bajas.

Conviene evitar, sin embargo, la falacia de la composición. Una cosa son los resultados agregados o las tasas medias, y otra distinta las ganancias particulares (o pérdidas espectaculares) que pudieran esperarse y obtenerse en determinadas operaciones económicas. En aquel contexto general, y entre un abanico diverso de aplicaciones reales, un mismo tipo de contrato de préstamo hipotecario acababa siendo utilizado para transacciones de muy distinto carácter. Por eso la primera cautela analítica que debemos tomar consiste en distinguir entre el instrumento jurídico y las funciones económicas para las que terminaba empleándose. Lo cual debería llevarnos a evitar razonamientos demasiado genéricos acerca de una supuesta naturaleza “feudal” o “benévola” del censo consignativo, contrapuesta a otra sedicente naturaleza “capitalista” y “rentabilizadora” del contrato de obligación. En vez de incurrir ingenuamente en lo que Marc Bloch llamaba una “visión notarial de la historia”, debemos dirigir nuestro esfuerzo investigador en desentrañar la naturaleza económica y el significado real de las funciones concretas para las que se empleaba el censal.

La tasación legal del interés máximo que los censos convertían en una renta perenne servía, ante todo, para conferir estabilidad al propio sistema de crédito hipotecario del Antiguo Régimen. Pero esa estabilidad no debe confundirse con benevolencia, ni menos aún con filantropía. Dependiendo del margen de beneficio real que podían alcanzar (o no) los demandantes de tales créditos, el peso real del coste financiero de aquel tipo de interés debía ser muy distinto. Tasando el tipo de interés de los censos consignativos, y sólo éstos (porque también estaba abierta la opción a emplear obligaciones, retroventas o pensiones vitalicias), el poder público marcaba una especie de “línea de flotación” en el magma descentralizado de transacciones crediticias privadas hechas ante notario. De entrada eso ya contribuía a dar seguridad y confianza entre las partes contratantes. Pero no sólo no impedía la aparición de un mercado de crédito, sino que en realidad *construía* ese mercado reduciendo sus costes de transacción.

El control de la relación entre “principal” y “pensión” en los censales (pero no en las obligaciones y retroventas) establecía *una regulación en cascada de todo el sistema de crédito formal del Antiguo Régimen*, proporcionando seguridad y liquidez a una circulación bilateral de ahorros y deudas que, sin embargo, excluía por definición la creación y multiplicación de dinero bancario. Esa era la segunda gran diferencia con el funcionamiento del mercado crediticio surgido tras del desarrollo del sistema bancario contemporáneo. Aquella combinación de descentralización y privacidad por abajo,

con una drástica regulación monárquica por arriba, evoca a mi modo de ver el argumento de Karl Polanyi y otros autores sobre el decisivo papel que ha jugado el Estado en el desarrollo histórico de los mercados de bienes, y aún más en los mercados de factores: tierra, trabajo y capital⁵.

IV. ¿QUÉ ALIMENTABA LA DEMANDA? LA PERMANENTE ESCASEZ DE NUMERARIO

En todas las economías rurales preindustriales el dinero metálico era siempre crónicamente escaso. A lo largo del ciclo agrícola anual la mayoría de compraventas de poca entidad daban lugar a la circulación de deudas en vez de efectivo. Tener tienda abierta o hacer de vendedor ambulante suponía, inevitablemente, hacer de prestamista a los clientes. Sin embargo cada año los *pecheros* debían hacer algunos pagos inexcusables en metálico, como las “tercias” del catastro en los reinos vencidos de la Corona de Aragón en el siglo XVIII, u otros impuestos o rentas cuyo cobro se exigía en metálico. ¿Cómo conseguía la gente ese numerario? En ciertos momentos del año agrícola casi todo al mundo en las zonas rurales “tocaba” algo de dinero metálico: tras la recolección y venta de trigos, aceites, vinos u otras cosechas o productos llevados a los mercados de bienes (madera, ganado, manufacturas rurales, etc.). Esa obtención momentánea de dinero estaba sincronizada con el pago en metálico de impuestos, derechos señoriales, rentas de la tierra, intereses de los censos, obligaciones, salarios anuales, y las cuentas pendientes en las tiendas o talleres. La sincronización de aquellos pagos-clave hacía cambiar de manos el poco dinero efectivo en circulación, saldando totalmente o en parte las deudas del año junto a los atrasos acumulados... a menos que, como era frecuente, la deuda corriente *se acumulara*.

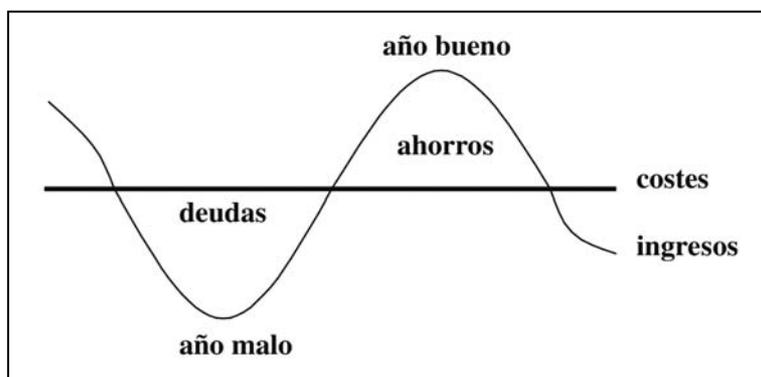
Muchas deudas tendían a acumularse, generando un proceso de endeudamiento crónico en las unidades familiares y la transmisión intergeneracional de sus patrimonios, en los dos sectores más opuestos de la sociedad tardo-feudal: entre las casas nobiliarias, por una parte; y por otra en las capas del campesinado que se encontraban en una situación económica precaria aún disponiendo de suficientes bienes raíces propios para acceder al mercado formal de crédito hipotecario. En ambos casos el censo consignativo podía dar

⁵ POLANYI, K. (1989): *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, La Piqueta, Madrid. Para una visión neo-institucionalista y neo-smithiana del papel del Estado moderno en la creación de mercados en general, y del mercado de crédito en particular, véase EPSTEIN, S. R., *Freedom and Growth. The Rise of States and Markets in Europe, 1300-1750*, Routledge, Londres, 2000.

forma jurídica a la relación crediticia que tanto señores como campesinos debían establecer con sus respectivos prestamistas. Pero no cabe la menor duda que más allá de ese isomorfismo contractual las relaciones económicas entre unos y otros era muy distinta, como atestiguan las salidas más habituales a las que conducía la acumulación de la mora: la firma de sucesivas *concordias* que a lo sumo conllevaban el secuestro parcial de algunas retas, en las deudas nobiliarias; mientras en las plebeyas solían comportar más pronto que tarde la ejecución o pérdida de bienes raíces básicos para el sostén económico de las familias campesinas.

Para comprender los mecanismos propulsores de la acumulación de impagos entre sectores sociales plebeyos debemos tener muy en cuenta que aquellas economías familiares campesinas también debían resolver, además del apremiante pago anual de tributos y rentas en metálico, otros dos problemas de ciclo más largo: las malas cosechas y la adquisición periódica de bienes fondo. Tal como se muestra en el gráfico 1, en las economías agrarias del pasado las producciones y los precios oscilaban fuertemente según los años agrícolas, mientras los gastos de manutención, la renta o los impuestos permanecían mucho más invariables y seguían cayendo regularmente (aunque la línea recta del esquema es una burda simplificación porque no distingue entre gastos fijos y variables, nos sirve para ilustrar el argumento):

Gráfico 1
Endeudamiento y recurso al crédito: Una necesidad de las economías rurales



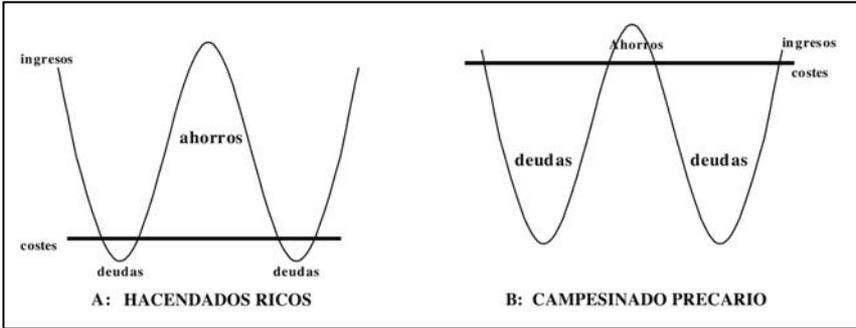
Fuente: Elaboración propia.

Ello originaba situaciones puntuales pero reiteradas de endeudamiento u obtención de ahorros que, al menos en teoría, un sistema óptimo de crédito o

seguro agrícola debería poder resolver intermediando entre unas y otras para financiar, en beneficio recíproco y con un coste razonable, las deudas de unos con los ahorros de otros. También en teoría, ninguna explotación *viable* debería encontrarse en una situación crónicamente deficitaria, porque entonces no podría responder de la deuda y acabaría perdiendo la tierra en beneficio de otras más rentables.

Ocurre, sin embargo, que la vieja cuestión de la usura rural estaba estrechamente relacionada con dos rasgos que devienen aparentemente enigmáticos si sólo los contemplamos desde la pura teoría económica hoy convencional: 1) la reproducción de situaciones donde convivían agentes prestamistas con explotaciones crónicamente endeudadas; y 2) las redes de crédito hipotecario rural raramente servían para financiar inversiones reales del ciclo productivo, porque se dedicaban preferentemente a la adquisición o transmisión hereditaria de tierras u otros bienes raíces imprescindibles para la subsistencia campesina. Era precisamente aquella adquisición y transmisión en herencia de bienes fondo, como el ganado de labor y renta, los edificios y plantíos, o la tierra misma, donde a mi modo de ver se esconde buena parte del secreto de la vieja usura rural. Para entender cómo actuaba debemos empezar por aclarar que los ciclos a corto plazo de ahorro y endeudamiento recaían de forma notablemente distinta entre los hacendados ricos o los pequeños campesinos en situación económica precaria:

Gráfico 2
Ahorro y endeudamiento entre los hacendados (A)
y pequeños campesinos precarios (B)



Fuente: Elaboración propia.

El esquema del gráfico 2 puede servir a la vez para ilustrar, de una forma groseramente simplificada, el contraste entre las necesidades y disponibilidades de numerario entre unos y otros agentes de la relación crediticia mediada

por los censos, tanto en el breve período de las fuertes oscilaciones interanuales de las cosechas como en los ciclos vitales de ahorro y endeudamiento mucho más largos que se experimentaban en la transmisión intergeneracional de los patrimonios rústicos.

V. UN ICEBERG DE TRANSACCIONES CREDITICIAS CON UNA LÍNEA DE FLOTACIÓN

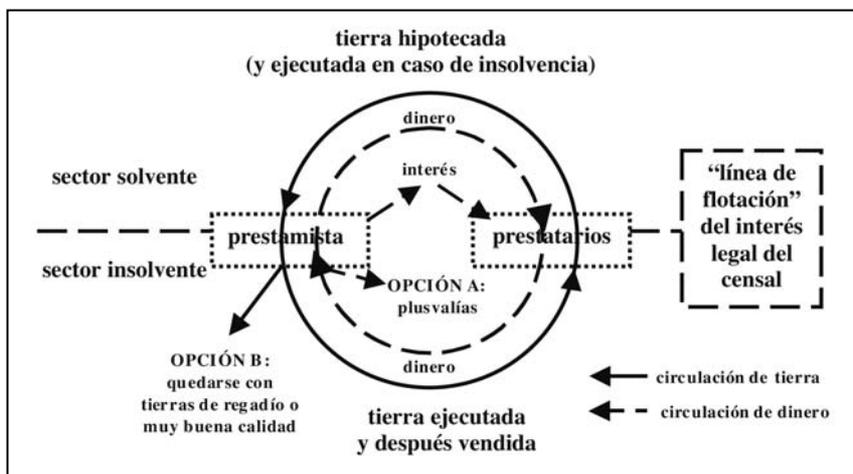
De un modo agregado podemos representarnos aquel magma de transacciones crediticias bilaterales, en forma de censos consignativos, obligaciones, vitalicios y retroventas, como un gran iceberg. El tipo de interés del censo regulado por la monarquía sería entonces su “línea de flotación”. Por encima de esa línea de flotación un cierto número de transacciones conseguían obtener vía censos una fuente de crédito razonablemente barata, porque el beneficio de la operación que financiaban era superior al interés tasado. Aunque también estuvieran sujetas a violentas oscilaciones y no pocos riesgos, la mayor parte de operaciones comerciales de cierta envergadura estarían en ese supuesto⁶. Por debajo de la línea de flotación de la “pensión” censual estaba la mayor parte del iceberg, con unas transacciones crediticias cuyas expectativas de beneficio no podían superar o incluso igualar el tipo de interés legal. Aquella segmentación jerárquica del mercado de capitales es un requisito fundamental para entender económicamente el problema de la usura, como veremos a continuación (gráfico 3).

La cuestión central de la usura es ésta: ¿podía existir y reproducirse una demanda de préstamos a un interés que igualara o superara el tipo de beneficio medio de la actividad a la que se destinaba? El economista indio Amit Bhaduri ha elaborado un modelo teórico que ofrece una interesante respuesta afirmativa, bajo las siguientes condiciones: 1) *comercialización forzada* de muchos pequeños productores campesinos en el mercado de bienes: las obligaciones tributarias y las deudas contraídas les obligaban a vender sistemáticamente en la estación de precios bajos posterior a la cosecha, y a comprar subsistencias básicas en las estaciones punta de los años con peores cosechas; 2) esa comercialización forzada en el mercado de productos conducía a un *endeudamiento crónico* en el mercado de crédito, donde *los tipos de interés les resultaban onerosos en relación al beneficio neto real* de la su

⁶ Así lo muestra, por ejemplo, que entre 1740 y 1789 el interés de las letras de cambio entre París y Londres oscilaran alrededor del mismo nivel fijado por la monarquía francesa para las *rentes constituées*: el 5% (HOFFMAN, Ph.; POSTEL-VINAY, G. y ROSENTHAL, J-L., *Des marchés sans prix...*, p. 80; POSTEL-VINAY, G., *La terre et l'argent...*, p. 89).

Gráfico 3

El sistema censalista: Un “iceberg” de transacciones crediticias de naturaleza muy distinta



Fuente: Elaboración propia.

actividad (si es que lo había); 3) la rueda de deudas conducía a la acumulación de *atrasos* en el pago de intereses, y esa *mora* llevaba a la *ejecución* de los bienes reales hipotecados bajo formas muy diversas; 4) *la hipoteca minusvaloraba sistemáticamente el valor actualizado de los bienes inmuebles* que garantizaban el préstamo, y con la ejecución y venta el prestamista obtenía sustanciosas *plusvalías*; y, finalmente, 5) el círculo se derraba con la adquisición a crédito de aquellas mismas tierras por otro campesino que de nuevo debía hipotecarlas. Para que esa forma de explotación usuraria a través del crédito pudiera funcionar y reproducirse a gran escala *todos* los mercados debían estar segmentados entre quienes accedían a ellos en situación forzada y los que sacaban partido de esa misma situación arbitrando con provecho entre los tres mercados de bienes, tierra y crédito ⁷.

Eso significa que la usura rural también podía operar a través del crédito hipotecario formal, siempre que se cumpliera a gran escala esta condición fundamental: la existencia de *una fuerte asimetría en la valoración de la tierra* por parte de los pequeños campesinos atrapados en la telaraña de deudas,

⁷ BHADURI, A., *La estructura económica de la agricultura atrasada*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987; y *On the border of Economic Theory and History*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

y sus prestamistas. O, dicho de otro modo, el mercado de la tierra también debía estar muy *segmentado*. Para los ricos el valor de la tierra sólo supondría la capitalización al tipo de interés corriente de la renta que podía proporcionar. Sin embargo, tal como ya observó el economista ruso Alexander Vasilevich Chayanov, para un pequeño campesino la tierra siempre era algo más que una simple inversión alternativa a otras. *Voluntariamente* sólo la vendería a un precio tan alto que equivaldría, de hecho, al coste de oportunidad de convertirse en rentista. Por debajo de aquel precio tan alto únicamente lo haría en situación desesperada. Por eso estaba dispuesto a endeudarse hasta la cejas para adquirirla o mantenerla en propiedad, en unas condiciones que el mismo prestamista nunca habría aceptado para sí mismo ⁸.

Muchos testimonios no hablan de la altísima valoración que la tierra adquiriría en un contexto donde era, a la vez, el bien más básico y *el máspreciado*. En su *Informe sobre la Ley Agraria* de 1795 Gaspar de Jovellanos decía que “*nadie enajena sus tierras sino en extrema necesidad, porque nadie tiene esperanza de volver á adquirirlas*”, y “*nadie compra sino en el caso extremo de asegurar una parte de su fortuna, porque ningún otro estímulo puede mover á comprar lo que cuesta mucho y rinde poco*” ⁹. En tales circunstancias la propiedad del suelo adquiriría una elevada prima de liquidez, en forma de elevados tipos de interés hipotecarios. “*Esos tipos elevados, que a veces superan el rendimiento neto probable que se deriva del cultivo de la tierra, han sido un rasgo familiar de muchas economías agrícolas*”, escribió John Maynard Keynes ¹⁰.

⁸ CHAYANOV, A. V., *La organización de la unidad económica campesina*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1974, p. 277-284; y en el mismo sentido, BHADURI, A., *La estructura económica...*, p. 104-105 y siguientes.

⁹ JOVELLANOS, G. M. De, *Informe sobre la Ley Agraria (1795)*, Edición de Materiales, Madrid, 1968, p. 82-83 y 86. Además de las asimetrías de valoración de la tierra entre campesinos y prestamistas, ya comentadas, conviene recordar aquí que la carga de la hipoteca menguaba el valor de mercado de las tierras cargada con censales, e impedía al propio campesino endeudado vender una parte de las mismas para obtener en provecho propio las ganancias de capital inherentes a su apreciación como activo. Sólo el prestamista podía ponerlas otra vez en el mercado libre de cargas. Véase, al respecto, FURIÓ, A., “El mercado de la tierra en el País Valenciano a finales de la Edad Media”, *Hispania*, vol. LV/III, n.º 131, 1995, p. 887-919.

¹⁰ Avner Offer señala que la realidad era muy distinta a la renta teóricamente definida por Ricardo como el margen residual y fluctuante del producto neto remanente tras el pago de unos salarios y unos beneficios exógenamente determinados. Por el contrario, Adam Smith atribuía al propietario la capacidad de fijar previamente el monto de la renta gracias a su fuerza contractual frente al arrendatario, sobre el que descargaba los riesgos y costes de un producto neto siempre incierto y fluctuante (OFFER, A., “Farm tenure and land values in England, c. 1750-1950”, *The Economic History Review*, 2.ª serie, XLIV, 1991, p. 8-9). Véase la discusión al respecto abierta por Robert Allen (ALLEN, R., “The price of freehold land and the interest rate in the seventeenth and eighteenth centuries”, *The Economic History Review*, 2.ª serie, vol. XLT, n.º 7, 1988, p. 33-50; y *Enclosure and the Yeoman*, Clarendon Press, Oxford, 1992 p. 171 y 187-231). Y también la recopilación sobre la cuestión realizada por Bartolomé Yun (YUN, B., “Transacción mercantil y formas

Si no estudiamos el funcionamiento de los mercados de crédito hipotecario censual teniendo muy presente su conexión con el mercado de compra-venta de tierras, que originaba la inmensa mayoría de las creaciones de censales, difícilmente comprenderemos cómo y por qué pudo perdurar durante tantos siglos, ni por qué se derrumbó al mismo tiempo que los demás sistemas de detracción de rentas del Antiguo Régimen.

VI. UNA FALSA PISTA: LA ÚLTIMA REDUCCIÓN DEL INTERÉS DEL CENSAL

Los primeros estudios sobre el fin del sistema hipotecario censalista consideraron que la rebaja del interés del 5 al 3% podría haber sido el principal factor desencadenante de su crisis terminal. Pero las mismas investigaciones situaron en el último decenio del siglo XVIII el inicio de la transición entre un sistema basado en el censo consignativo perpetuo a otro basado en las obligaciones-préstamo a corto plazo con garantía real, que interpretaron como la superación de las fórmulas crediticias feudales. Si hubiera sido aquella rebaja la que erosionó decisivamente la rentabilidad de los préstamos censuales, ¿por qué la tendencia a sustituir censos por obligaciones en los nuevos contratos sólo empezó a manifestarse hacia finales del siglo XVIII en unos casos, o después de las guerras contra Francia en otros? Las obligaciones con garantía hipotecaria, e interés implícito en la cantidad que el prestatario debía satisfacer al prestamista en el corto plazo establecido, no eran ninguna innovación contractual de finales del setecientos. Conocidos como *debtorios* en la Corona de Aragón, habían coexistido con los censales durante siglos. Si eran realmente más rentables para el prestamista que la renta perenne del censo consignativo, sin plazo legal de retorno y redimible a voluntad por el prestatario, ¿por qué no los sustituyeron antes?

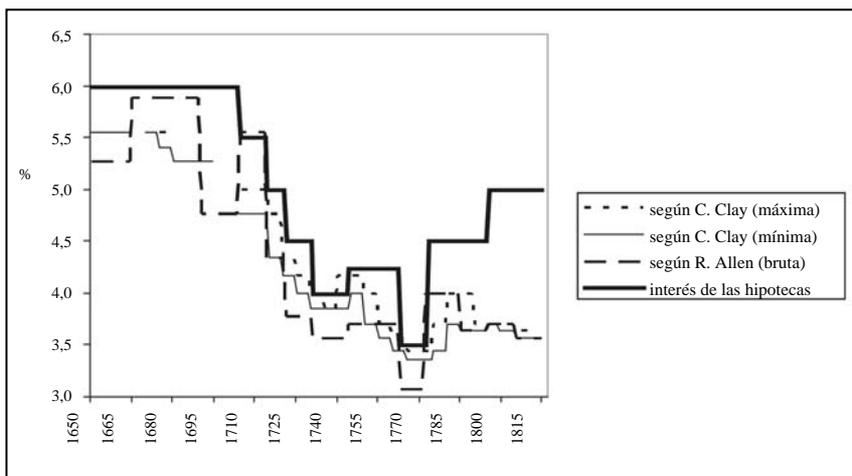
La rebaja del 5 al 3% de la “pensión” del censo consignativo no fue ni mucho menos la primera en su larga historia. A grandes rasgos, el interés de los censales catalano-aragoneses ascendía al 7,14% anual en el siglo XIV. Bajó al 5% en el XV, y ascendió nuevamente hasta el 6,67% en el XVI. En 1614 y 1622 sendas disposiciones reales volvieron a situarlo en el 5%, hasta

de transmisión de la propiedad territorial”, *Hispania*, vol. LV/III, 1995, p. 868-885). Sobre la imposibilidad de entender los precios y rentabilidades de la tierra recientes sin contemplar el papel que juega como activo, véanse las observaciones de José Manuel Naredo (NAREDO, J. M., *La evolución de la agricultura en España, 1940-1990*, Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1996, p. 424-435).

que la real pragmática del 6 de julio de 1750 aplicó a estos reinos la rebaja al 3% que la monarquía ya había dictado en los de Castilla en 1705 ¹¹.

Esas fluctuaciones de la tasa de interés, y las medidas de los poderes públicos para moderarla, fueron moneda corriente en todos los países de Europa durante la edad moderna (gráfico 4) ¹².

Gráfico 4
Rentabilidad de la tierra y tipos de interés hipotecario
en Gran Bretaña, 1650-1814



Fuente: elaboración propia a partir de CLAY, Ch., “The Price of Freehold Land in the Later Seventeenth and Eighteenth Centuries”, *The Economic History Review*, 2.^a serie, vol. XXVII, n.º 2, 1974, p. 173-189; ALLEN, R., “The price of freehold land and the interest rate in the seventeenth and eighteenth centuries”, *The Economic History Review*, 2.^a serie, vol. XL, n.º 7, 1988, p. 33-50; y HOMER, S., *A History of interest rates*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1963.

¹¹ TELLO, E., “La utilització del censal a la Segarra del set-cents: crèdit rural i explotació usurària”, *Recerques*, 18, 1986, p. 47-71; PESET, M. y GRAULLERA, V., “Els censals i la propietat de la terra al segle XVIII valencià”, *Recerques*, 18, 1986, p. 119-121; Peris, T., 1989, p. 114; PEREIRA, J. L., *El préstamo hipotecario en el Antiguo Régimen. Los censos al quitar*, Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Salamanca, 1995, p. 19, 23 y 3132; ARDIT, M., *Els homes i la terra al País Valencià (segles XVI-XVIII)*, vol. II., Curial, Barcelona, 1993, p. 187; SANZ, V., “Endeudamiento campesino y transferencia de propiedad. Los censos en la crisis del feudalismo valenciano”, en AA.VV., *VIII Congreso de Historia Agraria, Salamanca, 1997*, p. 501-511, y *Propiedad y desposesión campesina. La Bañía de Morella en la crisis del régimen señorial*, Historia Social, Valencia, 2000, p. 148-149.

¹² HOMER, S., *A History of interest rates*, Rutgers University Press, New Brunswick, 1963; EPSTEIN, S. R. *Freedom and Growth. The Rise of States and Markets in Europe, 1300-1750*, Routledge, Londres, 2000, p. 16-25 y 61-62.

Tal como se observa en el gráfico 4 para Gran Bretaña, que es el país donde de esa relación ha sido mejor estudiada, las rebajas del tipo de interés legal de referencia tenía por finalidad ajustarlo a la rentabilidad decreciente de la inversión en tierras debido a su carestía como bienes-fondo patrimoniales (expresada en un aumento del *year's purchase*, es decir, del número de años de renta que había que anticipar para comprar una tierra) ¹³.

Eso nos recuerda que la rentabilidad de la tierra era el principal coste de oportunidad para los prestamistas que docaban sus ahorros a través de censales. Y viceversa, el tipo de interés legalmente tasado por el estado para las hipotecas censales servía para resolver el dilema que se les abría ante la posibilidad de comprar tierras o crear censales: ¿preferían la renta que podía proporcionar la tierra, o la del dinero colocado en censos? Para responderla con seguridad necesitamos muchas más investigaciones que nos indiquen qué hicieron realmente los distintos tipos de prestamistas en distintas épocas y regiones agrarias, pero de momento podemos observar algunos casos concretos que nos permiten responder hipotéticamente a esa importante cuestión.

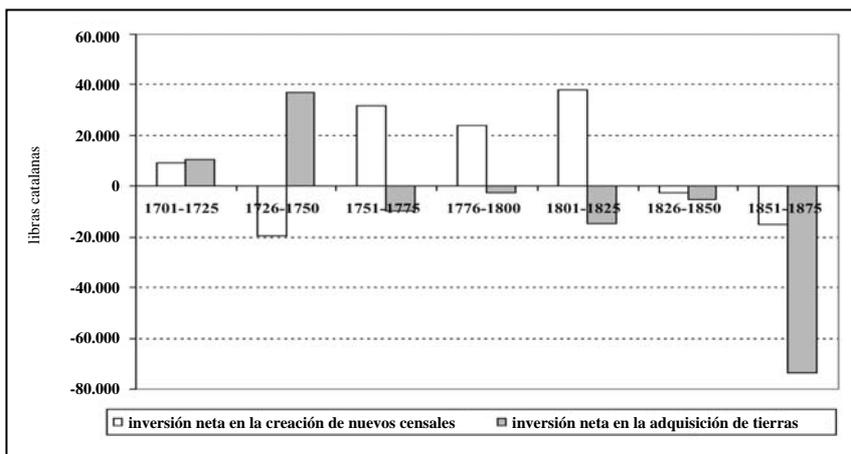
Hace ya algunos años Llorenç Ferrer obtuvo del archivo patrimonial de la sede episcopal de Manresa cuatro informaciones seriadas muy importantes para el periodo 1701-1875: el capital total colocado en censos, la colecta anual de pensiones censales cobradas, el capital empleado en comprar tierras, y los ingresos anuales obtenidos con el arriendo de dichas tierras ¹⁴. Tal como puede verse en el gráfico 5, el capital colocado en censales por aquel obispa-

¹³ Véase, además de los textos citados en el gráfico 4: YUN, B., *Sobre la transición al capitalismo en Castilla. Economía y sociedad en Tierra de Campos, 1500-1830*, Junta de Castilla y León, Salamanca, p. 357; FACCINI, L., *La Lombardia fra '600 e '700. Riconversione economica e mutamenti sociali*, Franco Agnelli, Milán, 1988, p. 54-68 y 259-266; OFFER, A., "Farm tenure and land values in England...", p. 1-20; CLARK, G., "The Political Foundations of Modern Economic Growth: England, 1540-1800", *Journal of Interdisciplinary History*, vol. XXVI, n.º 4, 1996, p. 563-588; CARBONI, M., "Alle origini della provvidenza. Il Monte del Matrimonio nella Bologna del seicento", *Rivista di Storia Economica*, vol. XV, n.º 3, 1999, p. 263-288 (en especial p. 272). La caída de la rentabilidad de la compra de patrimonio rústico en relación a la evolución coetánea de los arrendamientos parece haber sido una tendencia bastante general en Europa (véase YUN, B., "Transacción mercantil...", p. 868-885). Para Inglaterra véase CLAY, Ch., "The Price of Freehold Land in the Later Seventeenth and Eighteenth Centuries", *The Economic History Review*, 2.ª serie, vol. XXVII, n.º 2, 1974, p. 173-189; HOLDERNESS, B. A., "The English Land Market in the Eighteenth Century: the Case of Lincolnshire", *The Economic History Review*, 2.ª serie, XXVII, n.º 4, 1974, p. 557-576; BECKETT, J. V., "The pattern of landownership in England and Wales, 1660-1880", *The Economic History Review*, 2.ª serie, XXXVII, n.º 1, 1984, p. 1-7; HABAKKUK, J., *Marriage, Debt and the Estates System. English Landownership 1650-1950*, Clarendon Press, Oxford, 1994; y HOYLE, R. W., "Tenure and the land market in early modern England, or a late contribution to the Brenner debate", *The Economic History Review*, 2.ª serie, XLIII, n.º 1, 1990, p. 1-20.

¹⁴ FERRER, LI., "L'Església com a institució de crèdit: les quotidianes distribucions de la Seu de Manresa els segles XVIII i XIX", *Recerques*, n.º 18, 1986, p. 16-22.

do no sufrió contracción alguna tras la reducción del interés del 5 al 3% en 1750. El principal colocado en censos hipotecarios siguió aumentando hasta alcanzar un máximo en 1831-35, y ese capital censual siempre fue superior al invertido en patrimonio rústico:

Gráfico 5
Inversión de la Sede Episcopal de Manresa en tierras o censales
(1701-1875)



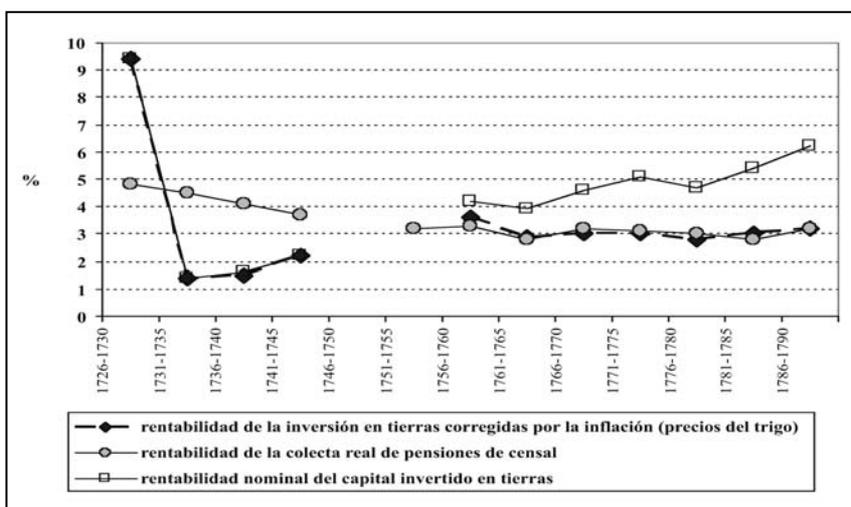
Fuente: elaboración propia a partir de FERRER, Ll., “L’Església com a institució de crèdit: les quotidianes distribucions de la Seu de Manresa els segles XVIII i XIX”, *Recerques*, 18, 1986, p. 16-22.

Para entender ese comportamiento, totalmente contrario a la presunción que la última rebaja del tipo de interés censual deparó su agonía terminal por falta de rentabilidad, conviene tener muy presente la relación coetánea entre el valor de la tierra y la renta que podía proporcionar. Si los precios de la tierra subían también lo hacía el coste de oportunidad de cederlas en arriendo, en vez de ponerlas a la venta y aprovechar la apreciación de su valor como activo. Para estimar la rentabilidad real de la colocación alternativa de fondos líquidos en censales o tierras debemos actualizar el valor de la tierra al mismo tiempo que la negociación de la renta territorial incorporaba las variaciones de precio de los productos. Si el precio del trigo subía, también lo haría el “hambre de tierras”, y con ella el valor patrimonial del suelo tendería probablemente a aumentar por encima de la renta que podía proporcionar.

Los dos primeros datos reunidos por Llorenç Ferrer permiten calcular la rentabilidad efectiva del capital colocado en censos consignativos, relacio-

nando el principal total de cada año con las pensiones realmente cobradas (que no incluían los impagos corrientes y la mora acumulada). Eso permite observar que esa rentabilidad *efectiva* de los censales ya estaba disminuyendo en los duros años posteriores a la derrota catalana en la guerra de Sucesión, y la imposición fiscal del catastro borbónico como castigo (1726-1740). Por desgracia la serie anual se interrumpe entre 1740 y 1750, pero aún así puede observarse que en términos reales la rebaja del fuero del censal del 5 al 3% sólo comportó un ajuste que reconocía legalmente la situación real de la economía agraria del momento, sin provocar una súbita ruptura en la serie (gráfico 6):

Gráfico 6
Comparación entre la rentabilidad de la inversión en tierras o censales
en la Sede Episcopal de Manresa (1726-1790)



Fuente: elaboración propia a partir de FERRER, LL., "L'Església com a institució de crèdit: les quotidianes distribucions de la Seu de Manresa els segles XVIII i XIX", *Recerques*, 18, 1986, p. 16-22.

Tras la rebaja del tipo de interés en 1750 la rentabilidad efectiva de los censos del obispado de Manresa se mantuvo siempre alrededor del fuero legal del 3% hasta 1790. Que a veces lo superara un poco, mientras era ligeramente inferior en otros momentos, se explica simplemente porque en los años buenos los prestatarios que no habían caído en una situación de mora irreversible ponían al día las pensiones atrasadas que habían dejado de pagar en años malos precedentes. No se observa, por tanto, indicio alguno de deca-

dencia irreversible del censal en la segunda mitad del siglo XVIII. Al menos en aquella comarca catalana del Bages la colocación de ahorros en censos consignativos siguió siendo una opción bastante rentable. Sin embargo la pregunta decisiva es otra: ¿era más o menos rentable colocar dinero a censal que emplearlo en adquirir y arrendar tierras?

Cuando Llorenç Ferrer publicó por primera vez estos magníficos datos cometió el error de calcular la rentabilidad de la inversión en tierras relacionando la rentas de las tierras arrendadas con el valor de la tierra en la fecha de su adquisición, como si éste hubiera permanecido invariable mientras los arrendamientos aumentaban su cuantía nominal cada tres o cuatro años. Ese resultado erróneo se refleja en el gráfico 6 como “rentabilidad nominal del capital invertido en tierras”, y a partir de 1750 se habría situado claramente por encima de la rentabilidad del 3% de los censos consignativos. Ese resultado parecía encajar con la interpretación que retrotraía la decadencia del censal hasta la última rebaja del tipo de interés en 1705 ó 1750, según los reinos de la monarquía española. Pero también resultaba claramente contradictorio con el comportamiento inversor del obispado de Manresa que se refleja en el gráfico 5, lo que obligaría a presuponer un comportamiento económicamente irracional de sus administradores. Ocurre, sin embargo, que el cálculo reflejado en dicha serie es claramente erróneo porque no actualiza el valor de la tierra a la par que los propios arrendamientos.

Para estimar correctamente su rentabilidad deberíamos acomparar los valores del capital invertido en tierras al incremento coetáneo de los precios de esas mismas tierras. Por desgracia el precio de la tierra es la variable económica más desconocida de toda la etapa histórica pre-estadística, de modo que para aproximar una respuesta he debido recurrir a la evolución coetánea de los precios del trigo en Cataluña. El resultado se refleja en la serie del mismo gráfico 6 a la que llamo “rentabilidad real de la inversión en tierras corregida por la inflación (precios del trigo)”, y muestra lo siguiente: *si los precios de la tierra hubieran aumentando a la par que los del trigo*, la rentabilidad de la inversión en tierras se habría mantenido prácticamente igual a la que podía obtenerse por las mismas fechas colocando dinero a censal. Todo apunta, sin embargo, a que los precios de la tierra debieron aumentar a un ritmo superior a los del trigo u otros productos agrarios. Si las investigaciones futuras sobre esa importante cuestión confirman dicha sospecha, eso significaría que por lo menos en aquella parte central de la Cataluña interior la colocación de ahorros en la compra y arriendo de tierras habría sido una alternativa de inversión menos rentable que la creación de censales y el cobro de sus pensiones anuales al 3%. Lo cual encajaría a la perfección con el comportamiento que adoptaron realmente los administradores del patrimonio de la sede episcopal de Manresa hasta 1790.

Mis propias investigaciones con los fondos patrimoniales de la Iglesia parroquial de la ciudad de Cervera no me permitieron una reconstrucción tan completa del capital y la renta obtenida de las tierras y censales como la obtenida por Llorenç Ferrer en el obispado de Manresa. Encontré, sin embargo, esa interesante argumentación escrita en 1776 en una carta del cura beneficiario de una fundación de patronato laico dirigida a su obispo para justificar la reconversión a censal de una viña y dos casas del patrimonio:

*“...vendidas las dos casas al público subhasto se aumentaría el dote [...], pues de la casa alquilada en pública almoneda se sacan sólo treinta y seis libras, y cinco sueldos, y de éstas [...] deberían defalcarse catastro, quistia y censos, y la pensión de mortización, sin contar las obras que necesariamente deben hacerse todos los años en las casas, y vendido en pública almoneda se crehe se sacarían mil y quinientas libras de capital, que empleados a censo redimible reditúan anualmente quarenta y cinco libras libres de todos pechos. Del mismo modo la viña, á más de expuesta a las malas cosechas, importa la manutención de un plantío, el haverse de sacar del usufructo de ella el catastro, quistias, censos y mortización; y vendida dicha viña a público subhasto, y empleado el dinero a censo, resultaría para la fundación mayor utilidad que lo que da la misma viña”*¹⁵.

Sería sin duda demasiado arriesgado generalizar de modo apresurado aquellos datos de Manresa, o la argumentación de ese cura de Cervera, al conjunto de las economías agrarias españolas de la segunda mitad del siglo XVIII. El esquema básico que hemos reproducido en el gráfico 3 contempla la posibilidad que los prestamistas prefirieran la adquisición de tierras cuando se trataba de piezas de muy buena calidad que tenían asociada una renta diferencial apreciable. Eso es precisamente lo que hace ya muchos años observó Pierre Vilar en el comportamiento inversor de un notario de la villa de Tárrega, muy cerca de la ciudad de Cervera, en los años 1761-65: a través de una maraña de deudas censuales aquella familia de doctores y hombres de leyes acapararon buena parte de las parcelas de huerta de Tárrega¹⁶. ¿Podemos encontrar otros ejemplos similares en otras zonas de regadío de la España del siglo XVIII?

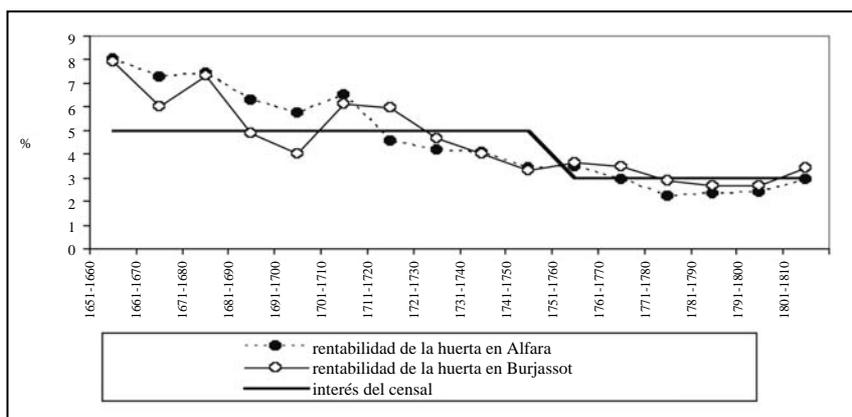
Gracias al dominio enfiteútico directo ejercido por el Colegio Corpus Christi sobre las huertas valencianas de Alfara y Burjassot, Fernando Andrés Robres ha podido calcular a través del cobro de laudemios la evolución del

¹⁵ TELLO, E., *Cervera i la Segarra...*, p. 243.

¹⁶ VILAR, P., “L’exploitació agrícola d’una propietat a l’horta de Tàrrega”, en *Assaigs sobre la Catalunya del segle XVIII*, Curial, Barcelona, 1973, p.11-42.

valor de aquellas tierras donde, simultáneamente, dicha institución eclesiástica invirtió activamente cuantiosos caudales en la creación de censales y la adquisición de parcelas entre 1651 y 1810. Esa magnífica documentación le ha permitido relacionar los precios de la tierra de unas trescientas operaciones de compraventa efectuadas por el Colegio Corpus Christi, con la renta cobrada por su arrendamiento a corto plazo. Dado que la muestra es lo suficientemente grande para reflejar en la serie la evolución corriente de los precios medios de la tierra de huerta, podemos considerar que éstos ya están suficientemente actualizados¹⁷. El resultado es harto elocuente, al tratarse precisamente de una de las agriculturas más ricas, comercializadas e intensivas de la España del siglo XVIII (gráfico 7):

Gráfico 7
Arriendo de tierras en la huerta de Valencia comparada con el interés censal (1651-1810)



Fuente: elaboración propia a partir de ANDRÉS ROBRES, F., *Crédito y propiedad de la tierra en el País Valenciano, 1600-1810*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1987 (esp. p. 146, 285, 296-297 y 326).

Incluso en las tierras de regadío en la huerta valenciana, que tenían asegurada una altísima renta diferencial, la rentabilidad de la inversión en tierras cayó por debajo del interés del censal durante las etapas en que el encarecimiento del valor patrimonial de la tierra superó el alza de los arrendamientos. Eso es lo que parece haber ocurrido durante la segunda o tercera década del

¹⁷ ANDRÉS ROBRES, F., *Crédito y propiedad de la tierra en el País Valenciano, 1600-1810*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1987.

siglo XVIII, cuando la rentabilidad de la compra y arriendo de huertas valencianas cayó por debajo del tipo de interés de los censales *antes* que se rebajara en 1750. Una vez más esa rebaja del fuero censal nos aparece en la serie como un ajuste necesario para restablecer un cierto equilibrio entre ambas opciones de inversión. El gráfico 7 también muestra que *incluso en las mejores tierras de huerta* la rentabilidad del arriendo se mantuvo a la par que el interés censal al 3% durante toda la segunda mitad del siglo XVIII¹⁸.

Sabemos que en Francia el censal se mantuvo bien vivo hasta la vigilia de la Revolución, entre otras razones porque la rentabilidad de la tierra en relación a su precio se mantuvo entre el 3% y el 4,5% durante la segunda mitad del setecientos, mientras las *rentes constituídas* permanecieron casi sin interrupción al 5%¹⁹. Aunque necesitamos sin duda muchas más investigaciones regionales, la mejor información disponible hasta el momento no avala en absoluto que la última disminución del interés de los censos consignativos desencadenara decadencia alguna de aquella vieja fórmula censal de crédito hipotecario.

VII. DEL CICLO ECONÓMICO AL POLÍTICO: LA “HUELGA” DE RENTAS Y CENSALES

Si las hipótesis y datos expuestos resultan congruentes, debemos descartar la idea de una agonía del censal provocada por la rebaja del interés nominal de los censales del 5 al 3% en 1705 ó 1750. Y eso plantea de nuevo la vieja pregunta. ¿Cuándo y por qué comenzó de verdad la crisis definitiva del sistema censalista? Tenemos cada vez más indicios que la expansión agraria del setecientos terminó en *una crisis de carácter general*, que dio al traste con las diversas formas de captación de rentas, feudales y no feudales, que habían coexistido a base de superponerse unas a otras sobre las espaldas de los productores directos campesinos²⁰. Mi interpretación coincide en ese punto por completo con la sugerida por Ricardo Robledo en su estudio sobre el crédito censal a los privilegiados del Antiguo Régimen:

¹⁸ Para una discusión detallada de ese ejemplo, y su interpretación en el contexto de la historiografía económica sobre la agricultura valenciana del período, véase TELLO, E., “El fin del crédito hipotecario censalista en España: ¿una agonía demasiado larga? (1705-1861)”, *Áreas*, n.º 21, 2002, p. 63-93.

¹⁹ HOFFMAN, Ph.; POSTEL-VINAY, G. y ROSENTHAL, J-L., *Des marchés sans prix...*, p. 36 (nota 26).

²⁰ TELLO, E., “Renta señorial y renta de la tierra en la última etapa del Antiguo Régimen en Cataluña”, *Noticario de Historia Agraria*, n.º 4, 1992, p. 283-314; “El fin de la expansión agraria en la Cataluña del siglo XVIII: factores económicos y crisis social”, *Agricultura y Sociedad*, n.º 74, 1995, p. 109-157; “La conflictividad social en el mundo rural catalán, del Antiguo Régimen a la Revolución liberal, 1720-1833”, *Historia Agraria*, n.º 13, 1997, p. 89-104.

“Desde la última década del siglo XVIII en adelante el mecanismo de los censos consignativos con tipos de interés por debajo del 3% dejó de ser el sistema habitual de crédito al que recurrían los grandes señores”, y aquel “endurecimiento del mercado crediticio no podrá aislarse del relajamiento de campesinos en sus pagos a los titulares de derechos de propiedad o de la posición de fuerza conseguida por los grandes arrendatarios para frenar el movimiento alcista de la tierra (...) Aunque no sea extensible a todas las zonas el radicalismo de los colonos valencianos, si abundan testimonios sobre huelgas de diezmos, de censos y rentas de la tierra de que eran objeto instituciones eclesiásticas o no en comarcas del interior. (...) Por una vez, señores y campesinos parece que habían coincidido en una cosa: dejar de pagar las pensiones censuales”²¹.

Abundan, en efecto, los testimonios que nos hablan —como el economista liberal mallorquín Guillem Oliver (1775-1839), quien había trabajado en Cataluña como recaudador de rentas señoriales antes de acceder en 1837 a una de las primeras cátedras de Economía Política de la Universidad de Barcelona, junto a Eudald Jaumeandreu (1774-1840)— que por todas partes los pueblos se estaban convirtiendo en “*mals pagadors*”, y lo seguirían siendo hasta la culminación de la revolución liberal a mediados del ochocientos²². El aumento de los precios de las subsistencias básicas, que expresaba tanto como cercenaba las posibilidades de crecimiento económico del setecientos, jugó sin duda un cierto papel en la erosión de la rentabilidad real de los censos consignativos que transformaban el interés hipotecario en una renta fija perenne. Pero ya hemos visto que también la rentabilidad de otras alternativas de colocación de dinero a través de la compra y arriendo de tierras experimentó una simultánea compresión. El gráfico 8 nos permite observar, además, que una vez descontada la inflación la rentabilidad real de aquellas rentas censuales perennes, aunque menguara, todavía se mantuvo positiva hasta 1790 aproximadamente.

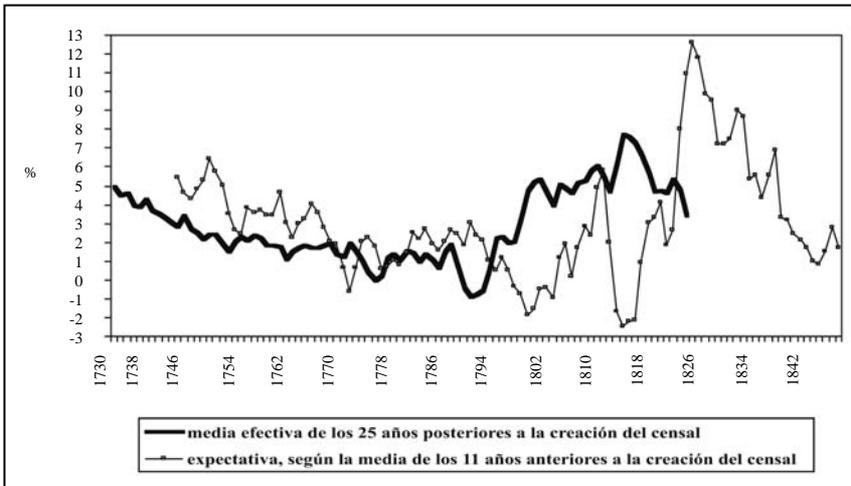
Durante la turbulenta etapa de guerras y trastornos políticos subsiguiente la inversión en censales devino sin duda un negocio muy poco recomendable, aunque las expectativas de otras opciones alternativas no parecen haber sido entonces mucho mejores. La fuerte deflación posterior a las guerras napoleónicas cambió de nuevo, radicalmente, la situación. Las rentas censuales, que seguían permaneciendo tan fijas como perennes, se revalorizaron hasta nive-

²¹ ROBLEDO, R., “El crédito de los privilegiados durante la crisis del Antiguo Régimen”, en YUN, B. edit., *Estudios sobre capitalismo agrario, crédito e industria en Castilla (siglos XIX y XX)*, Junta de Castilla y León, Salamanca, 1991, p. 246-247 i 261; En el mismo sentido véase YUN, B., “Transacción mercantil ...”, p. 879.

²² SALES, N., *Mules, ramblers i fires (Segles XVIII i XIX)*, Edicions del Centre de Lectura de Reus, Reus, 1991, p. 71-100.

Gráfico 8

Evolución a largo plazo del interés real de los censales en Barcelona (1730-1844)



Fuente: elaboración propia a partir de NOGUÉS, P., *Evolución del nivel de precios al consumo en Barcelona durante el período 1775-1844*, Treball de Recerca del Programa de Doctorat de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001, p. 119-121. Para el cálculo del interés real véase BARCELÓ, A., *Filosofía de la economía. Leyes, teorías y modelos*, Icaria, Barcelona, 1992, p. 152-158.

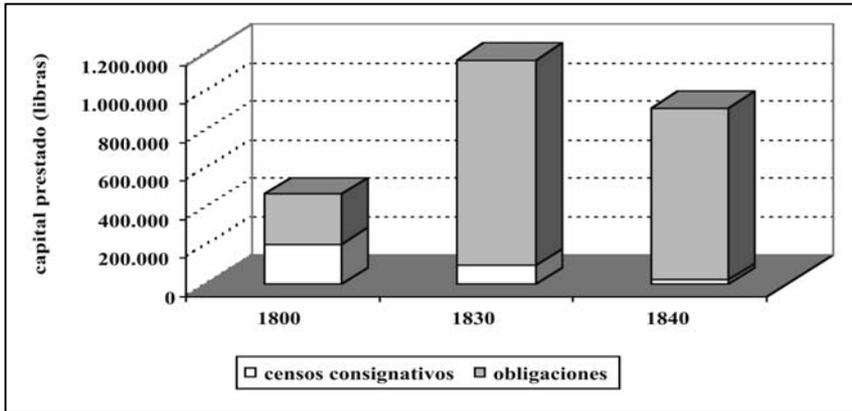
les reales superiores a la etapa anterior a la rebaja del interés pospuesta hasta 1750 en los reinos de la Corona de Aragón. Sin embargo, toda la información disponible indica claramente que esta vez el sistema censalista ya no se recuperó del bloqueo experimentado a partir de 1790, y de un modo aún más claro tras las guerras napoleónicas y el estallido de los primeros alzamientos realistas y carlistas.

El estudio de Lluís Castañeda de la contratación de censales y obligaciones en las notarías de Barcelona muestra el mismo proceso de sustitución que Postel-Vinay, Hoffman y Rosenthal han encontrado en París, o Emiliano Fernández de Pinedo, Joseba de la Torre y José Luis Pereira han constatado en el País Vasco, Navarra y Extremadura respectivamente (gráfico 9)²³:

²³ HOFFMAN, Ph.; POSTEL-VINAY, G. y ROSENTHAL, J-L., *Des marchés sans prix...*, p. 71; FERNÁNDEZ DE PINEDO, E., "Del censo a la obligación: modificaciones en el crédito rural antes de la primera guerra carlista en el País Vasco", en GARCÍA SANZ, Á. y GARRABOU, R. eds., *Historia agraria de la España contemporánea*, vol. I., Crítica, Barcelona, 1985, p. 297-305; DE LA TORRE, J. "Coyuntura económica, crédito agrícola y cambio social en Navarra, 1750-1850", *Noticario de*

Gráfico 9

La sustitución de censales por debitorios en Barcelona (1800-1840)



Fuente: elaboración propia a partir de CASTAÑEDA, LL., “Sector financer i mercat de capitals al primer terç del segle XIX”, en NADAL, J. y otros, *Història econòmica de la Catalunya contemporània*, Enciclopèdia Catalana, Barcelona, 1991, p. 339-349.

Pero una cosa es que a partir de 1890-1815 dejaran prácticamente de crearse nuevos censales en las notarías, otra distinta que se liquidara y reconvirtiera la gravosa herencia de deudas censuales previamente contraídas. Entre el bloqueo del sistema censalista del Antiguo Régimen a las puertas de la revolución liberal, y su sustitución definitiva por un nuevo régimen hipotecario liberal, transcurriría aún una larga y conflictiva etapa marcada por la incertidumbre y el encarecimiento de las condiciones de acceso al crédito formal (e informal, probablemente)²⁴. Para estudiarla dispongo de las series de “colecta” o recaudación de pensiones de las iglesias parroquiales catalanas de Cervera i Centelles, donde también se anotaban las correspondientes “quitaciones” o redenciones mediante el retorno de la totalidad o una parte del principal debido.

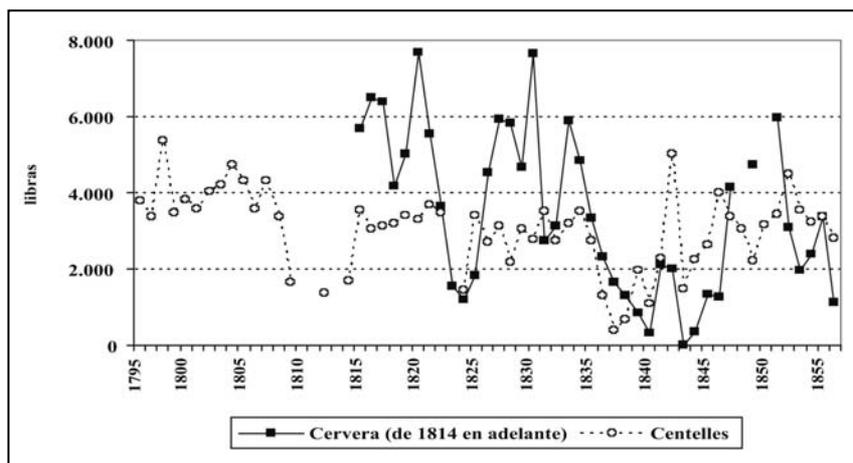
Historia Agraria, 7, 1994, p. 109-129; PEREIRA, J. L., *El préstamo hipotecario en el Antiguo Régimen...*, p. 84; TELLO, E., “El fin del crédito hipotecario censalista en España...”, p. 63-93; TELLO, E., “La fi del censal: reducció d’interès o vaga de pensions (1750-1861)?”, *Butlletí de la Societat Catalana d’Estudis Històrics*, XV, 2004, p. 125-155; TELLO, E., “La transformació del crèdit hipotecari rural, entre els mercats del diner i de la terra (1790-1936)”, en GARRABOU, R. coord., *Història Agrària dels Països Catalans, vol. IV, Segles XIX-XX*, Universitat dels Països Catalans/Fundació Catalana per a la Recerca i la Innovació, Barcelona, 2006, p. 325-343.

²⁴ TELLO, E., “El fin del crédito hipotecario censalista en España...”, p. 63-93; y “La transformació del crèdit hipotecari rural...”, p. 325-343.

VIII. REVOLUCIÓN LIBERAL Y RESTAURACIÓN: CAÍDAS Y RECUPERACIONES DE LA RECAUDACIÓN CENSAL

En la iglesia parroquial de Centelles la recaudación máxima de pensiones de censal se alcanzó en 1797. Entre 1808 y 1813 la recaudación bajó súbitamente a una quinta parte de la alcanzada en el sexenio anterior. Durante los momentos álgidos de la “guerra del francés” la recaudación de censales se interrumpió por completo. A partir de 1814 la evolución de los ingresos censuales en las parroquias de Centelles y Cervera, que muestran una considerable concordancia hasta la quiebra definitiva del Antiguo Régimen en 1833, dan a entender que ambas estuvieron sujetas a los mismos vaivenes sociales y políticos. Las dos restauraciones absolutistas significaron, en cambio, una notable recuperación de los ingresos censuales entre 1814 y 1820-21, y de nuevo entre 1824 y 1833 (gráfico 10):

Gráfico 10
Pensiones de censal cobradas por las parroquias de Cervera y Centelles (1795-1855)

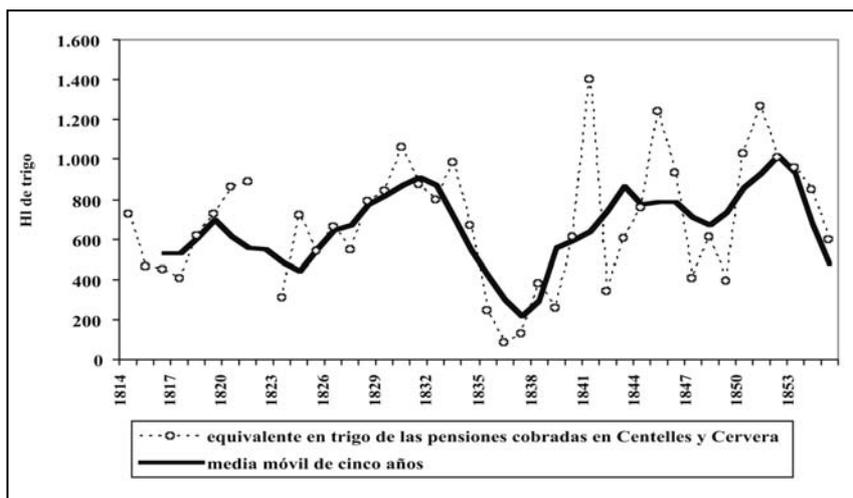


Fuente: elaboración propia a partir de SALAZAR, C., *Església i comunitat en els orígens de la Catalunya contemporània (segles XVIII-XIX)*, Tesi de Llicenciatura, Universitat de Barcelona, 1988, p. 253-258; y TELLO, E. *Pagesos, menestrals i rendistes. Cervera i la Segarra en l'arrencada industrial catalana, 1702-1861*, Tesi Doctoral, Universitat de Barcelona, 1987, vol. III, p. 1.291-1.294.

La recuperación del cobro de pensiones aún fue más notable al coincidir con un cambio de signo en la evolución de los precios. Por primera vez desde un siglo los precios de los principales productos agrícolas experimentaban

una deflación que revalorizaba en términos reales el incremento de los ingresos de los prestamistas. Entre 1814 y 1829 el equivalente real en trigo de las pensiones de censal cobradas por la iglesia de Cervera se triplicó, y lo mismo ocurrió con las ingresadas por la iglesia de Centelles entre 1816 y 1833, situando la renta censal en un equivalente real (en trigo) equiparable a los máximos niveles del siglo XVIII (gráfico 11):

Gráfico 11
Capacidad de compra de trigo de las pensiones de censal cobradas en las parroquias de Centelles y Cervera (1814-1855)



Fuente: elaboración propia a partir de SALAZAR, C., *Església i comunitat en els orígens de la Catalunya contemporània (segles XVIII-XIX)*, Tesi de Llicenciatura, Universitat de Barcelona, 1988, p. 253-258; y TELLO, E. *Pagesos, menestrals i rendistes. Cervera i la Segarra en l'arrencada industrial catalana, 1702-1861*, Tesi Doctoral, Universitat de Barcelona, 1987, vol. III, p. 1.291-1.294.

El carácter sociopolítico de las oscilaciones se puso otra vez de manifiesto con la recuperación del cobro de censales durante la primera restauración absolutista, que se interrumpió súbitamente en 1820-23 con el trienio liberal. La segunda restauración absolutista atajó de nuevo la “huelga” de diezmos y rentas, propiciando durante la década ominosa una bonanza económica posterior en las arcas perceptoras de censales. Entre 1833 y 1839 la renta censal de la iglesia de Cervera se redujo a una veinteava parte en términos reales, y a una novena en Centelles. Aunque la desamortización de Mendizábal se limitó a los bienes del clero regular, la caída en barrena de los ingresos cen-

sualistas a partir de 1836 se debió a la guerra carlista, en medio de la cual los campesinos reemprendieron tozudamente la “huelga” de rentas y pensiones de censal²⁵.

El fin de la primera guerra carlista permitió un último respiro a los ingresos censuales del clero parroquial, hasta que una ley de 1841 extendió la desamortización a todas sus rentas declarándolos bienes nacionales. Pero era una ley bastante confusa. Exceptuaba las fundaciones particulares, y un real decreto de 1843 suspendió “*la enajenación de la rentas que se pagaban al clero secular con título de censos, foros, enfiteusis o arrendamientos anteriores al año 1800*”²⁶. En el verano de 1843 se paralizaron las ventas, y otra ley de 1845 devolvió a la Iglesia todo lo que quedaba por vender. El cobro de censales volvió a recuperarse en la etapa moderada, hasta que en medio de una crisis de subsistencias dio comienzo en 1847 la segunda guerra carlista. De nuevo la recaudación censual estuvo sujeta a los avatares bélicos (mientras los curas de la parroquia de Cervera no ingresaron nada en 1847 y 1849, los de Centelles lograron limitar los efectos a una ligera mengua). Fracasado el segundo intento carlista, una real orden de 1851 paralizó las ventas de bienes y redenciones de rentas tanto del clero regular como secular. Aunque renqueante, la recaudación eclesiástica de pensiones de censal se mantuvo viva hasta 1855.

IX. DE LA DESAMORTIZACIÓN DE MADOZ (1855) A LA NUEVA LEY HIPOTECARIA LIBERAL (1861)

A diferencia de la de Mendizábal, la desamortización *general* de 1855 hacía mención expresa de los censos consignativos, las ventas “a carta de gracia”, los violarios y demás rentas hipotecarias, estableciendo unas condiciones ventajosas para que los prestatarios procedieran a su redención. Sin embargo la actitud de la gran mayoría de censatarios no fue muy entusiasta²⁷. El cobro

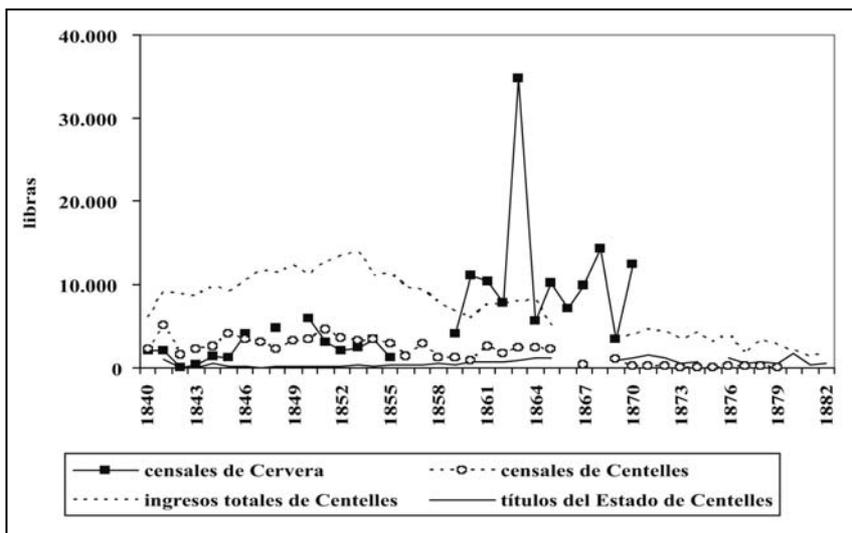
²⁵ Los testimonios recogidos por Pere Pascual sobre los efectos de la guerra de los siete años en el mundo rural de la Cataluña interior son harto elocuentes, y coinciden con los que he podido recoger para la ciudad de Cervera (PASCUAL, P., “Carlisme i societat rural. La Guerra dels Set Anys a la Conca d’Òdena”, *Recerques*, n.º 10, 1980, p. 56-64; *Agricultura i industrialització a la Catalunya del segle XIX*, Crítica, Barcelona, 1990:21-81; y *Els Torelló. Una família igualadina d’advocats i propietaris, I. Liberalisme, conservadurisme i canvi econòmic i social (1820-1930)*, Fundació Vives i Casajuana, Barcelona, 2000, p. 29-128; TELLO, E. *Pagesos, menestrals i rendistes...*, Vol. III, 1987, p. 1.119-1.132).

²⁶ TELLO, E., *Pagesos, menestrals i rendistes...*, III, p. 1.132-1.137.

²⁷ TELLO, E. “El papel del crédito rural en la agricultura del Antiguo Régimen: desarrollo y crisis de las modalidades crediticias (1600-1850)”, *Noticiero de Historia Agraria*, 7, 1994, p. 31-32; FORCADELL, C. “La redempció de censos a Aragó: el cas del terme municipal de Saragossa (1855-1856)”, *Estudis d’Història Agrària*, 7, 1995, p. 41-49.

de pensiones por las iglesias de Centelles, Cervera y Manresa indican que la liquidación definitiva del sistema todavía se haría esperar hasta después de la ley hipotecaria de 1861 (gráfico 12):

Gráfico 12
Ingresos de las parroquias de Cervera y Centelles (1840-1882)



Fuente: elaboración propia a partir de SALAZAR, C., *Església i comunitat en els orígens de la Catalunya contemporània (segles XVIII-XIX)*, Tesi de Llicenciatura, Universitat de Barcelona, 1988, p. 253-258; y TELLO, E. *Pagesos, menestrals i rendistes. Cervera i la Segarra en l'arrencada industrial catalana, 1702-1861*, Tesi Doctoral, Universitat de Barcelona, 1987, vol. III, p. 1.291-1.294.

A la ley Madoz de 1855 le siguió un largo goteo de disposiciones para aclarar y facilitar los procedimientos de redención de censos, lo que nos hace sospechar que la reacción inmediata de los censatarios no fue precisamente de entusiasmo. Si el Estado creía necesario recordar a los censatarios cuáles eran sus intereses, señal que la actitud predominante era esperar y ver. A fin de cuentas las anteriores “huelgas de pensiones” ya habían conducido a aquellas primeras ofertas de redención. ¿Por qué no mantenerla hasta que se ofrecieran otras mejores? En vez de una lluvia de redenciones las series reflejan un significativo retraimiento en el pago de pensiones. Es incluso probable que algunos censatarios albergaran la esperanza que una resistencia prolongada desembocara en alguna prescripción general. Otra disposición coetánea aclaraba que “*la condonación de atrasos por réditos de censos es únicamente aplicable á los censos en que haya incurrido oscuridad del derecho la fal-*

ta de petición en cinco años, y los censatarios se confiesen deudores de capitales ó sus réditos...”²⁸.

En 1856 fue necesario aprobar una segunda ley específica sobre redención de todo tipo de censos, más favorable. Eso confirma el ambiente de confusión y suspicacia reinantes. Tampoco esta vez los censatarios se precipitaron a redimir censos. En primer lugar por la crisis de subsistencias de 1856-57, y en segundo lugar por la propia debilidad política del gobierno progresista. En el otoño de 1856 se puso en suspenso la ejecución de toda la ley Madoz. A partir de ese giro hacia el liberalismo moderado la partida pasó a depender de las negociaciones con la Santa Sede, y el concordato de 1860. La liquidación del patrimonio censal del clero español empezó de verdad con la ley de 4 de abril de 1860. Los bienes que la iglesia poseía con anterioridad a 1859 serían cedidos al Estado a un precio fijado por los mismos obispos, a cambio de títulos de deuda pública consolidada al 3%. Los adquiridos con posterioridad dejarían de considerarse amortizados, y tendrían el mismo estatuto que cualquier otra propiedad privada.

En 1861 la nueva ley hipotecaria sancionaba el cambio definitivo de régimen en el sistema de crédito, proclamando en su preámbulo el objetivo de “*facilitar la creación de los Bancos de crédito territorial para dar certidumbre al dominio, (...) poner límites a la mala fe y (...) liberar al propietario del yugo de los usureros despiadados...*”²⁹. La liquidación definitiva de la herencia censal del clero español parece haberse producido —al menos en estos dos ejemplos de parroquias catalanas— entre la aprobación de la ley hipotecaria y el sexenio revolucionario. En 1860 los curas de Cervera anotaron la redención de seis censales con papel del Estado, y durante toda la década las redenciones se dispararon. En 1863 las redenciones fueron espectaculares, y el alud de liquidaciones se mantuvo muy intenso hasta 1870. En el caso de Centelles la transición parece haber sido algo más temprana y dilatada, incrementándose progresivamente la colocación de ahorros del clero parroquial en tierras, deuda del Estado o títulos ferroviarios. Según Carles Salazar los censales sólo mantuvieron en Centelles un papel preponderante en los ingresos del clero hasta 1857, y la sustitución por títulos de deuda pública ya se produjo masivamente en 1866-67. El último cobro de una pensión de censal se anotó en 1879³⁰. Necesitamos, por consiguiente, muchos más estudios regionales sobre distintos tipos de prestamistas, laicos y eclesiásticos, para com-

²⁸ TELLO, E., “La transformació del crèdit hipotecari rural,...”, p. 332-333.

²⁹ TELLO, E., “La transformació del crèdit hipotecari rural,...”, p. 335-338.

³⁰ SALAZAR, C. “Mises i censals: les formes materials de la vida religiosa en una parròquia rural de l'antic règim”, *Estudis d'Història Agrària*, 8, 1990, p. 55.

poner una panorámica mucho más general y completa de aquel largo y tortuoso proceso de liquidación de la vieja herencia censal del Antiguo Régimen.

X. RECAPITULACIÓN Y CIERRE: OTRA INTERPRETACIÓN DEL BLOQUEO Y LA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA HIPOTECARIO CENSUAL

Ante la panorámica que nos ofrecen estos datos, sin duda todavía demasiado parciales y locales, no parece muy congruente relacionar directamente la última rebaja del 5 al 3% de la tasa de interés de censo, realizada en 1705 ó 1750 en los diversos reinos de la monarquía española, con una crisis terminal del sistema hipotecario censal. Sus primeras manifestaciones corrieron parejas al desmoronamiento del entero de edificio de rentas y tributos del Antiguo Régimen entre 1790 y 1833. El bloqueo del sistema y la retracción de los prestamistas estuvo estrechamente ligado a la “huelga” de diezmos, rentas de la tierra y pensiones de censal que se desató en las postrimerías del setecientos, cuando la expansión agraria alcanzó los límites impuestos por el viejo sistema de detracciones con el que había coexistido.

Ese bloqueo final del sistema censalista del Antiguo Régimen tampoco debe confundirse con su sustitución definitiva por un nuevo modelo hipotecario liberal. Al menos para los capitales censuales del clero secular, la *liquidación* final no se produjo hasta el último tercio del siglo XIX. Durante los vaivenes de la revolución liberal y las guerras civiles del ochocientos la “huelga” de pensiones se alternó con efímeras resurrecciones de la recaudación de pensiones durante las dos restauraciones absolutistas y la década moderada. La larga secuencia de disposiciones legales redentoras de censos y censales parece haber chocado con múltiples resistencias. La liquidación de las viejas cargas no se desbloqueó hasta la desamortización de Madoz en 1855-56, y para los censos consignativos poseídos por las diversas fundaciones del clero secular no se produjo masivamente hasta después del concordato con la Santa Sede firmado en 1860.

Así pues, entre la crisis terminal del sistema hipotecario censalista abierta hacia 1790, y su sustitución por el nuevo régimen liberal posterior a la ley hipotecaria de 1861, varias generaciones tuvieron que experimentar una retracción de la oferta crediticia, y un endurecimiento de sus condiciones e intereses en el mercado hipotecario formal que pasó a estar dominado por el préstamo a través de obligaciones al 6% con plazos de retorno mucho más breves³¹. Tal como ha

³¹ Por ejemplo la familia Torelló de Igualada, cuya contabilidad ha sido profusamente estudiada por Pere Pascual, todavía consiguió un préstamo censal al 3% el año 1849, pero casi todas

observado Rosa Congost, eso supuso un nuevo y agudo distanciamiento entre el interés del crédito rural y la rentabilidad de la propiedad territorial. Mientras el interés hipotecario subía al 6% los inventarios post-mortem seguían calculando el valor de un patrimonio rústico capitalizando la renta al 3%³². Múltiples testimonios sugieren que dicho endurecimiento estuvo acompañado de una proliferación de aquel crédito usurario informal que el preámbulo de la ley hipotecaria de 1861 había pretendido desterrar para siempre³³.

Para un sector agrario cuyos ahorros tendieron cada vez más a canalizarse hacia la inversión industrial, los ferrocarriles o la deuda pública, el nacimiento del sistema bancario significó inicialmente, y durante mucho tiempo, un claro empeoramiento de las condiciones y costes financieros de acceso al crédito³⁴. Esa realidad contradecía de forma punzante toda la retórica económica liberal coetánea, como ya percibiera Karl Marx con su singular perspicacia³⁵. En un contexto como aquel, desde las propias filas del liberalismo moderado comenzaría a urdirse una leyenda sobre las bondades del fenecido censal que a mi modo de ver aún enturbia ideológicamente nuestra visión. Para entender como es debido el funcionamiento real de aquel viejo sistema hipotecario del Antiguo Régimen conviene que nos quitemos definitivamente de encima el peso de aquella leyenda liberal tardía del moderantismo español que, para no reconocer las razones profundas de su sonado fracaso en el desarrollo del crédito agrario decimonónico, urdió retóricamente un encendido escarnio de la usura mediante el elogio retrospectivo del censal.

las deudas formalizadas después de 1836 fueron deudorios, ventas a carta de gracia, u otras operaciones al 6 %. Véase PASCUAL, P., *Els Torelló...*, p.100-281.

³² CONGOST, R., *Els propietaris i els altres. La regió de Girona 1768-1862*, Eumo, Vic, 1990, p. 280-282.

³³ DEL MORAL RUIZ, J., *La agricultura española a mediados del siglo XIX (1850-1870)*, Ministerio de Agricultura, Madrid, 1979; SABIO, A., *Los mercados informales de crédito y tierra en una comunidad rural aragonesa (1850-1930)*, Servicio de Estudios del Banco de España, Madrid, 1996.

³⁴ Hasta la crisis financiera de 1866 el proceso de liquidación de censales parece haber mantenido ciertas conexiones con la "manía ferroviaria" del momento (SUDRIÀ, C. y PASCUAL, P., "Financing a railway mania: capital formation and the demand for money in Catalonia, 1840-66", *Financial History Review*, 6, 1999, p.127-145). La familia Torelló de Igualada liquidó gran parte de su antigua deuda censal entre 1867 y 1870, salvo unas últimas operaciones de 1876, 1877 y 1880 (PASCUAL, P., *Els Torelló...*, I, p. 288-298).

³⁵ "El desarrollo del sistema de crédito se presenta como una reacción contra la usura", olvidando que "los iniciadores del sistema moderno de crédito, en vez de partir de la excomunió del capital a interés comienzan generalmente, por el contrario, con su reconocimiento expreso", por lo que "la usura como tal no sólo subsiste, sino que [...] se libera de las trabas de toda la antigua legislación que la sujetaba." (MARX, K., *El Capital. Libro III*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 561-562.

**IDEAS Y SÓLO IDEAS JURÍDICAS:
UNA VISIÓN CATALANA
DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO
HIPOTECARIO EN LA ESPAÑA
DE MEDIADOS DE SIGLO XIX**

Jaume Ribalta Haro¹
Universidad de Lleida

¹ Este trabajo se inscribe en los proyectos de investigación siguientes: “Derecho de propiedad, propiedad agraria y aprovechamientos” (MEC SEJ 2006-14875-C02-01/JURI), dirigido por el Dr. Antoni Vaquer Aloy; “Derechos históricos: la formación de un sistema de derecho privado en Cataluña” (MEC SEJ 2006-15051-C03-02/JURI)”, dirigido por el Dr. José María Pérez Collados; “Seminari interuniversitari d’Història del Dret Català ‘Josep Maria Font Rius’” (Generalitat de Catalunya. Grup de Recerca Consolidat. 2005-SGR-00117), dirigido por el Dr. Tomàs de Montagut i Estragués y “Dret civil català i Dret privat europeu” (Generalitat de Catalunya. Grup de Recerca Consolidat. 2005-SGR-00199), dirigido por el Dr. Pedro del Pozo Carrascosa.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROBLEMÁTICA DEL CRÉDITO HIPOTECARIO: II.1. Exigencias y oportunidades económicas: el empuje del capitalismo y la necesidad de movilizar la riqueza inmobiliaria; II.2. La situación económica española y el crédito hipotecario a mediados de siglo XIX.—III. EL PROBLEMA: LA NECESIDAD DE LA REFORMA HIPOTECARIA: III.1. El diagnóstico del problema: los inconvenientes legales y la necesidad de la reforma hipotecaria; III.2. La situación de la legislación hipotecaria española a mediados del siglo XIX.—IV. LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO HIPOTECARIO: SISTEMA E IDEAS JURÍDICAS FUNDAMENTALES PARA UNA SOLUCIÓN.

«En un mot, l'entière publicité n'est tolérable que dans les pays où la liberté est bien garantie. Sans celle-ci, celle-là n'est qu'une arme de plus fournie à l'omnipotence de l'État. A l'époque du règne de l'absolutisme par excellence, le principal moyen de garantie, pour la liberté, c'était l'imperfection du mécanisme de l'État même»².

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo nace de la insatisfacción y desemboca en la fascinación. Insatisfacción historiográfica y fascinación por el descubrimiento de un ilustre desconocido.

² Guillaume ROSCHER, *Traité d'économie politique rurale. Agriculture. Économie forestière. Élevage des chevaux et du bétail. Industrie des chalets et des basses-cours. Chasse et pêche d'eau douce. Traduit sur la dernière édition par Charles Vogel* (Paris: Librairie Guillaumin et Cie., 1888), § 132, 533. Consultable digitalmente en <<http://gallica.bnf.fr/document?O=N095546>>, es la traducción francesa de Wilhelm ROSCHER, *System der Volkswirtschaft. II. Nationalökonomik des Ackerbaues und des verwandten Urproductionen. Ein Hand- und Lesebuch für Staats- und Landwirte* (Stuttgart: J. G. Cotta'sche Buchhandlung, 1885¹¹).

Como es sabido, en 1990 Lacomba y Ruiz publicaron su magnífica monografía sobre la historia del *Banco Hipotecario de España*³ y, ocho años después, Lacomba en solitario editó el tan conocido y citado como —según se vió luego— nada estudiado proyecto de bancos hipotecarios provinciales que, en 1855, el diputado Zafra y sus compañeros presentaron a las Cortes⁴. Fueron las páginas introductorias de esta edición las que iniciaron el desasosiego que, a la larga, acabaría culminando en insatisfacción e irritación. En las afirmaciones que allí se hacían, había una que un historiador del derecho no podía pasar por alto. Según Lacomba, la Proposición de Ley presentada por el diputado Zafra y sus compañeros era “un proyecto *temprano* en el tiempo, *preciso* en los fines, *adecuado* en sus planteamientos y *moderno* en su concepción”⁵ y la parte del león de esta valoración tan positiva se había aposentado en el párrafo anterior en dónde Lacomba afirmaba que la tercera característica fundamental del proyecto era “*el rigor y modernidad de la Ley que se propone*, en línea con lo que se está haciendo en Europa”⁶. Es decir, el proyecto de 1855 era moderno porque se había inspirado en la ciencia jurídica europea del momento. Ante la rotundidad en que estaba expresada, el relieve que le concedía la cursiva y la ausencia de algún apoyo científico especializado, cabía suponer que la afirmación constaba en el texto de la Proposición de Ley pero, después de una atenta lectura sin los esperados resultados, se reveló como el arriesgado producto de la cosecha particular del historiador. El riesgo asumido en la afirmación podría disculparse en atención a la especialización económica de su autor pero, precisamente por ello, era evidente la necesidad de acudir a la historiografía jurídica. Pero, después de consultar la apreciada monografía de Serna⁷, el desasosiego se convirtió irremediabilmente en insatisfacción.

Serna dedicaba cinco páginas escasas al problema de la banca hipotecaria, se remitía a las aportaciones de la historiografía económica existente (entre las cuales destacaba merecidamente la monografía ya citada de Lacomba y Ruiz) y, aunque repasaba los proyectos hipotecaristas del Bienio progresista a través del *Diario de Sesiones de las Cortes*, destacaba por su

³ Juan Antonio LACOMBA et Gumersindo RUIZ, *Una historia del Banco Hipotecario de España (1872-1986). Con la colaboración de Luis de la Macorra y Antonio Ruiz* (Madrid: Alianza Editorial-Banco Hipotecario de España, 1990).

⁴ Juan Antonio LACOMBA, “En torno al crédito agrario: el temprano proyecto de creación de bancos hipotecarios provinciales vinculado a la desamortización (1855)”, *Revista de Estudios Regionales*, 50 (1998), 263-281 <http://www.revistaestudiosregionales.com/numero.php?id_num=52>.

⁵ LACOMBA, “En torno al crédito agrario ...”, 268 [La cursiva es del autor].

⁶ LACOMBA, “En torno al crédito agrario ...”, 268 [La cursiva es del autor].

⁷ Margarita SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español. Apéndice documental* (Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, 1996).

ausencia cualquier referencia al proyecto del diputado Zafra y sus compañeros de 1855 que tanto había impresionado a Lacomba⁸. Pero, a menudo, la acribia depara sorpresas. Al dar cuenta de los proyectos conocidos, Serna decía: “Durante el Bienio, con motivo de la discusión en las Cortes de la Ley desamortizadora, se presentó un proyecto para transformar los Pósitos en Bancos agrícolas, cuya actividad habría de dirigirse hacia la financiación a largo plazo de la agricultura. Sin embargo, la iniciativa no prosperó”⁹. Y, en apoyo de su aserción, citaba el *Diario de Sesiones de las Cortes* (“DSC. Legislatura 1855, vol. 4, apéndice 2, n.º 132”)¹⁰. Ciertamente, Lacomba no había mencionado para nada los Pósitos pero, por lo menos, la común invocación de la desamortización brindaba una luz de esperanza aunque fuera al precio de acudir a la fuente citada. Allí nos aguardaba un largo y sorpresivo trayecto crítico. No había rastro de los Pósitos porque la referencia de Serna correspondía al proyecto del diputado Zafra y compañeros de 1855¹¹ y, con un poco más de paciencia, constatamos que fue en 1854 cuando se presentó el proyecto para convertir los Pósitos en Bancos agrícolas¹². Superado y disculpado el desliz heurístico de Serna, el resultado de la pesquisa no podía ser más insatisfactorio pues habíamos recolectado no uno sino dos proyectos, nos encontrábamos en pleno desierto y con un interrogante que clamaba al cielo: ¿cuál era su valor jurídico? o, retomando por cuenta propia el discurso de Lacomba, ¿su concepción era moderna? Independientemente de cómo se la formulase, la pregunta no dejaba de ser tímida y circunscrita pero, de hecho, era la única posible pues se trataba de simples proyectos que no prosperaron, que nunca llegaron a ser vigentes. Aunque esta carencia de repercusión práctica puede auyentar al historiador que toma el derecho como un factor social más y, consiguientemente, sólo le dedica aprecio cuando se aplica, es evidente que el historiador del derecho no puede o —como mínimo— no

⁸ SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho* ..., 412-416.

⁹ SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho* ..., 415.

¹⁰ SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho* ..., 415, n. 39.

¹¹ “Proposición de ley, del Sr. Zafra y otros, sobre el establecimiento de Bancos hipotecarios en las capitales de las provincias”, in *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes. Dieron principio el miércoles 8 de noviembre de 1854. - Fueron disueltas por Real decreto de 2 de setiembre de 1856* (Madrid: Imprenta y Fundición de la Viuda e Hijos de J. A. García, 1880), V, Diario n. 132 (18.4.1855), apéndice n. 4, 3911-3920.

¹² “Proposición de ley, del Sr. Rodríguez Pinilla, para que los pósitos del Reino se conviertan en Bancos de labradores”, in *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes. Dieron principio el miércoles 8 de noviembre de 1854. - Fueron disueltas por Real decreto de 2 de setiembre de 1856* (Madrid: Imprenta y Fundición de la Viuda e Hijos de J. A. García, 1880), I, Diario n. 39 (20.12.1854), apéndice 8, 875-876 y, relacionado con este proyecto, *vid.* “Dictámen de la Comisión relativo al establecimiento y organización de los Bancos agrícolas”, in *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes. Dieron principio el miércoles 8 de noviembre de 1854. - Fueron disueltas por Real decreto de 2 de setiembre de 1856* (Madrid: Imprenta y Fundición de la Viuda e Hijos de J. A. García, 1881), XVI, Diario n. 390 (27.5.1856), apéndice 1, 13529-13531.

debe huir porque, como cualquier jurista sabe, la senda histórica del derecho está plagada de proyectos abortados que, a pesar de haberse quedado en puros y simple “papeles” ineficaces, han sido, son, serán y, sobre todo, se les debe valorar como verdaderos monumentos de ciencia jurídica que, naturalmente, es conveniente e incluso imprescindible tener en cuenta, aunque sólo sea por las eventuales enseñanzas técnicas que aún puedan atesorar. A nuestro pesar y según lo visto hasta entonces, se había consolidado la triste realidad de una insatisfacción que nos interpelaba desafiante: si no lo remediábamos, nuestra tímida y circunscrita pregunta iba a quedar sin respuesta.

Sin embargo, el sino nos deparó el hallazgo de una obra jurídica contemporánea al proyecto cuya lectura resultó fascinante. El texto había sido publicado en 1857 por un desconocido abogado barcelonés en ejercicio (Joaquín Borrell y Vilá)¹³ y, en él, no sólo se valoraba técnicamente y como se merecía la citada Proposición de Ley del diputado Zafra y compañeros de 1855 (con lo que quedaba saciado nuestro inicial interrogante) sino que, con una envidiable solidez y claridad de ideas, se nos ofrecía la oportunidad de conocer y valorar la visión general que se tenía entonces de las instituciones de crédito hipotecario.

Ante estos hechos, el diagnóstico de algunos historiadores será claro: unos proyectos hipotecaristas más que añadir y con los que culminar el monumento a la ineficacia política española sobre el tema. Los historiadores económicos pueden permitirse el lujo de orillar “papeles” que —como éstos— sólo contienen ideas pero, para ser justos y como siempre hay excepciones, habrá quien los incluya en el apartado del muy hispánico género del proyectismo porque, aunque las ideas propuestas fueran excelentes, a fin de cuentas no tuvieron ninguna relevancia práctica en el desarrollo económico del país¹⁴. Pero, evidentemente y como decíamos mucho más arriba, esta clase de “papeles” tiene otro sentido y significado para el historiador del derecho. Aunque sean o se hayan quedado en puros “papeles”, los proyectos contienen o pueden contener —según la calidad científica de quien los redactó— preciosa materia prima de técnica jurídica. En el fondo, ¿cómo vamos a saber

¹³ Joaquín BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema de crédito territorial, y de los medios convenientes para el establecimiento de bancos hipotecarios en España* (Barcelona: Imprenta de Vicente Magriñá, 1857).

¹⁴ Entre las excepciones, puede ser significativo el título “Proyectos y solo proyectos ...” empleado en un epígrafe de su obra por una experta en la materia de la talla de Gámez (Aurora GÁMEZ AMIÁN, *El crédito institucional a la agricultura en Andalucía (1768-1936)* (Málaga: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga-Caja Rural de Málaga, 1998), 65) y, si se quiere, también lo es el tratamiento de “antecedentes” que Lacomba y Ruiz adjudican a los proyectos para la creación de bancos hipotecarios de Salaverría y del Marqués de Salamanca (LACOMBA et RUIZ, *Una historia del Banco Hipotecario de España...*, 27-30).

si la rotunda afirmación de Lacomba era cierta si no tenemos con qué comparar y medir su enaltecido proyecto de 1855? Aún más, si no se tienen adecuadamente en cuenta las vías muertas de la evolución histórica, ¿cómo será posible valorar la opción triunfante del *Banco Hipotecario de España*? o, mejor dicho, el *Banco Hipotecario de España* no fue la única solución posible ni quizás puede que tampoco fuera técnicamente la mejor. De lo único que, en este momento y con los datos disponibles, estamos seguros es que fue la única que contó con los necesarios apoyos políticos y económicos para triunfar.

Para alcanzar en condiciones nuestro objetivo de analizar y valorar la obra que acabó captando nuestra atención, recorreremos el siguiente itinerario:

- a) la problemática del crédito hipotecario y su situación en la España de mediados del siglo XIX;
- b) la situación de la legislación hipotecaria española en esa época y, en especial, los inconvenientes que presentaba y que acabaron exigiendo lo que se ha dado en llamar reforma hipotecaria y, finalmente,
- c) el “sistema de crédito territorial” que, ideado por nuestro ilustre y apenas conocido abogado barcelonés, planteaba unas sólidas bases jurídicas para implantar y desarrollar las instituciones de crédito hipotecario en España.

II. LA PROBLEMÁTICA DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

II.1. Exigencias y oportunidades económicas: el empuje del capitalismo y la necesidad de movilizar la riqueza inmobiliaria

II.1.A. Crédito agrícola: tipos económicos y formas jurídicas

Para establecer un mínimo punto de referencia que nos permita plantear el problema de la historicidad de las formas jurídicas del crédito agrícola, resuscitamos levemente la vejada cuestión tipológica. Entre los agroeconomistas norteamericanos de principios de siglo XX, era común clasificar el crédito agrícola atendiendo a la duración del préstamo (largo, medio y corto plazo) ¹⁵

¹⁵ Aunque el primer autor citado tiene cierta tendencia a la rudeza cuando da ejemplos, para el empleo de la duración como criterio taxonómico, *vid.* James E. BOYLE, *Agricultural Economics* (Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1921), 177 y 180: “The farmer uses two kinds of credit, long-time credit and short-time credit. The long-time credit generally takes the form of a mortgage on real estate. The short-time credit is commonest found in the form of a book account

aunque, luego y en un esfuerzo de reflexión, se conectaba cada plazo con una finalidad económica y un tipo de garantía jurídica ¹⁶. Si se combinan los criterios sugeridos por Taylor, se obtiene la tipología tricotómica: el largo plazo

at the village stores. Less frequently the farmer signs notes at the bank. [...] The distinction should be borne in mind between long-time credit and short-time credit, between land credit and coöperative credit. Both are needed. Each supplements the other. One is needed for permanent investment in the purchasing, equipment, and improvement of farm land; the other is needed to finance the farm operations from one harvest to another. One can be used only by the land owner; the other can be used by the landless man or by the insolvent farmer.” <<http://chla.library.cornell.edu/cgi/t/text/text-idx?=-chla;idno=2840865>>; GRAY, *Introduction to Agricultural Economics ...*, 333-335, esp. 334-335: “From this standpoint we may divide the farmer’s credit needs into three groups –short-time, or seasonal, needs; long-time needs; and intermediate needs. 1. *Short-time, or seasonal, needs*. The farmer has certain seasonal needs for credit. In the spring and summer when he is planting and cultivating his crops, he needs extra money for seed, fertilizer, hiring labor, etc. Similarly in some sections farmers have a surplus amount of stock feed in the fall and need extra capital to purchase live stock to consume this feed. As already pointed out, some very poor farmers require seasonal loans to enable them to live. Farmer’s needs for short-time credit are usually from the beginning of the crop year until the crops are sold. This period varies from six months to a year in length. It is not fair to expect farmers to sell their crops as soon as they are harvested, for such a time may not always be most favorable for selling. *Of course, farmers should be very cautious in the practice of holding their crops, for this is essentially speculation*. However, they should have credit available to enable them at least to hold their crops until the most convenient time to market them. 2. *Long-time credit*. Long-time credit is principally needed for buying land, for putting up buildings, silos, fences, water systems, and for drainage, irrigation, and clearing land. 3. *Intermediate credit*. Between short-time and long-time credit comes intermediate credit. The principal needs for intermediate credit are for the purchase of machinery and work stock, setting out of orchards and vineyards, and the purchase of live stock and feed when the feeding process extends longer than a year.” [La cursiva es del autor] <<http://chla.library.cornell.edu/cgi/t/text/text-idx?=-chla;idno=2840867>>; Fred R. YODER, *Introduction to Agricultural Economics* (New York: Thomas Y. Crowell Company, 1929), 218: “The farmers of the United States need several different types of credit. Many farmers are buying land and erecting buildings, which entail heavy outlays, and therefore need large sums of long-time credit. Heavy investments are made each year in new machinery, fences, and live stock. For these capital outlays, farmers need credit running for several years. Short-time credit of three months to a year is needed for the purchase of hardware, fertilizer, seed, food and feed supplies; for the payment of labor, taxes, insurance, and repairs, and for holding farm crops for a favorable market. Farmer’s credit needs may be conveniently classified under three heads: (1) long-time credit, (2) intermediate credit, and (3) short-time credit. These three different types of farm credit will be considered at length in the following sections of this chapter.” y, como lo anuncia la última frase reproducida, para el desarrollo concreto de esta clasificación, *vid.* 222-242 <<http://chla.library.cornell.edu/cgi/t/text/text-idx?=-chla;idno=2859278>>.

¹⁶ Para una detallada y cumplida explicación del problema tipológico, *vid.* Henry C. TAYLOR, *Outlines of Agricultural Economics* (New York: The Macmillan Company, 1925), 194-195: “Farm credit may be considered under three classifications. When based on the *period or term for which it is needed*, it is designated as (1) long-term credit, covering a period of three to forty years, (2) intermediate credit, covering a period of six months to three years, and (3) short-term credit, covering a period of six months or less. When considered according to the *purpose or use for which it is obtained*, farm credit is classified as (1) land purchase or ownership credit, (2) development and equipment credit, and (3) production and marketing credit. This classification corresponds in part to the classification based on term. Land purchase credit is usually long-term credit. Credit for development and equipment, such as clearing, drainage, irrigation, building, fencing, work stock, cattle and the more expensive forms of farm machinery, may be obtained either as long-term credit or intermediate credit. Even short-term credit may be used for some of these purposes.

(3-40 años) emparejado con el crédito hipotecario para adquirir tierras; el medio plazo (6 meses-3 años) unido al crédito personal para desarrollo y equipo y el corto plazo (menos de 6 meses) vinculado al crédito personal para producción y comercialización. Como el propio Taylor reconocía implícitamente, estas categorías no son tan nítidas en la práctica ya que siempre se corre el riesgo de eventuales solapamientos de los que él mismo daba ejemplos. En un esfuerzo de crítica constructiva, este planteamiento sería fácilmente mejorable con una leve simplificación (eliminar el medio plazo) porque, en el fondo, todas las dificultades derivan de haber fijado tres niveles temporales cuando, según lo revela la arbitrariedad de las franjas temporales asignadas, esta diferenciación no responde a un criterio sustantivo sino que —como sospechamos— simplemente refleja acríticamente la escala establecida por la legislación norteamericana. Pero demostrar una sospecha resulta complicado cuando se debe batallar con legislaciones históricas de difícil acceso y con el típico mutismo general que cubre las obviedades hartamente conocidas y, en este caso, debemos reconocer que no lo habríamos conseguido sin la indiscreta consistencia y detallismo de la obra de Yoder. Una lectura atenta de sus explicaciones revela el siguiente origen legal de las franjas temporales: el corto plazo procede de la *Federal Reserve Act* (1913)¹⁷; el medio plazo de la *Agricultural Credits Act* (1923)¹⁸ y, con

Essentially, however, development and equipment credit falls within the second class from the point of view of term. Production and marketing credit represents in part short-term credit and perhaps, to an equal extent, intermediate credit. Still another classification is frequently made according to the *type of security*. Under this classification farm credit is designated as (1) land mortgage credit, and (2) personal and collateral credit. Land mortgage credit usually corresponds to long-term credit and to land purchase credit. It frequently happens, however, that land mortgage credit is obtained for only a year and in exceptional cases for even shorter periods. Land mortgage credit may also be used for development and equipment purposes, although it is most commonly used for the acquisition of land. Both intermediate credit and short-term credit are based generally on personal and collateral security. Intermediate credit is similar to short-term credit in the matter of security, but differs from short-term credit with respect to term and in some measure with respect to use.” [La cursiva es del autor] <<http://chla.library.cornell.edu/cgi/t/text/text-idx?c=chla;idno=2859214>>.

¹⁷ Vid. YODER, *Introduction to Agricultural Economics ...*, 236: “Also it is provided that notes, drafts, and bills of exchange drawn or issued for agricultural purposes or based on live stock, and having a maturity not exceeding six months, may be discounted in amounts up to a certain percentage of the assets of the Federal Reserve Banks.” <<http://chla.library.cornell.edu/cgi/t/text/text-idx?c=chla;idno=2859278>>. Promulgada el 23.12.1913, la *Federal Reserve Act* creó el *Federal Reserve System*, es decir, el banco central de los Estados Unidos <http://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Reserve_Act>.

¹⁸ Vid. YODER, *Introduction to Agricultural Economics ...*, 240: “Loans cannot be made for less than six months nor for more than three years.” <<http://chla.library.cornell.edu/cgi/t/text/text-idx?c=chla;idno=2859278>>. Promulgada el 4.3.1923, la *Agricultural Credits Act* creó doce *Federal Intermediate Credit Banks* de alcance regional para que el sector agropecuario pudiera descontar préstamos a corto y medio plazo de bancos comerciales, sociedades anónimas de préstamo ganadero y entidades de ahorro <<http://agglossary.uaex.edu/viewAGlossary1.asp#177>>. Al respecto, vid. V. P. LEE, “The Intermediate Credit Banks”, *Journal of Farm Economics*, 7.4 (octubre 1925), 425-434 <http://chla.library.cornell.edu/cgi/t/text/text-idx?c=chla;idno=5033566_7_004>.

un leve retoque *ad hoc*¹⁹, el largo plazo de la *Federal Farm Loan Act* (1916)²⁰. Naturalmente, esta modificación sugerida repercute sobre la también en origen tripartita división de las finalidades económicas de cada tipo de crédito; pero, en este caso, disponemos de una solución de recambio: la diferenciación empleada por el también economista Gide entre capital fijo y capital circulante. Con una envidiable claridad de ideas, Gide fijaba tres criterios taxonómicos (finalidad económica, naturaleza jurídica e instituciones que lo desarrollan)²¹ y, en su aplicación, forjaba la siguiente distinción: por su finalidad económica, el *crédit foncier* y el *crédit agricole* procuran respectivamente capital fijo y capital circulante a la agricultura; por su naturaleza jurídica, el *crédit foncier* es un crédito inmobiliario (garantía hipotecaria) y el *crédit agricole* es un crédito mobiliario (garantía pignoratícia) o un crédito personal (garantía personal como, por ejemplo, la fianza) y, por las instituciones implicadas, el *crédit foncier* depende de la banca hipotecaria y el *crédit agricole* de las sociedades de crédito, ya sea mobiliario o personal (cooperativas de crédito)²². Por su parte, un reconocido experto en la materia como Josseau ya había formulado la misma distinción pero menos encorsetadamente: el *crédit foncier* estaba basado en el préstamo hipotecario, de larga duración y destinado a la propiedad inmueble y, en cambio, el *crédit agricole* procuraba capital a corto plazo y sin hipoteca a la agricultura y actividades derivadas²³. Mediante las condensaciones efectuadas, obtendría-

¹⁹ Como la *Federal Farm Loan Act* iniciaba el largo plazo en los 5 años (*vid. infra* n. 20) y la *Agricultural Credits Act* finalizaba el medio plazo en los 3 años (*vid. supra* n. 18), era evidente que la franja entre 3-5 años quedaba sin adjudicar y, en beneficio de la coherencia interna de la tipología, se aplicó la fácil solución de retocar *ad hoc* el largo plazo iniciándolo en los 3 años.

²⁰ Vid. YODER, *Introduction to Agricultural Economics* ..., 229: "Loans may run from five to forty years." <<http://chla.library.cornell.edu/cgi/t/text/text-idx?=chla:idno=2859278>>. La *Federal Farm Loan Act* fue promulgada el 17.7.1916 y, en ella, se crearon doce *Federal Land Banks* de alcance regional cuyo objetivo era proporcionar crédito hipotecario al sector agropecuario <<http://agglossary.uaex.edu/viewFGlossary1.asp#F>>.

²¹ Charles GIDE, *Cours d'économie politique* (Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1919⁵), I, 163: "On est facilement tenté de confondre le crédit agricole avec le crédit foncier. Il en diffère toutefois et par son *but économique*, et par son *caractère juridique*, et par les *institutions* qui lui servent d'organes. Il en diffère surtout, à notre avis, en ce qu'il peut rendre beaucoup plus de services." [La cursiva es del autor] <http://classiques.uqac.ca/classiques/gide_charles/cours_econo_pol_tome1/cours_t1.html>.

²² GIDE, *Cours d'économie politique* ..., I, 160-163 (*crédit foncier*) y 163-168 (*crédit agricole*) <http://classiques.uqac.ca/classiques/gide_charles/cours_econo_pol_tome1/cours_t1.html>.

²³ [Jean]-B[aptiste] JOSSEAU, "Crédit agricole", in *Dictionnaire des finances. Publié sous la direction de Léon SAY par Louis FOYOT et A. LANJALLEY. Avec la collaboration des écrivains les plus compétents et des principaux fonctionnaires des administrations publiques* (Paris-Nancy: Berger-Levrault et Cie. éditeurs, 1889), I (A-D), 1313-1320, esp. 1313a-b: "En dehors des banques foncières qui sont destinées à faire des prêts sur hypothèque à longue échéance à tout propriétaire d'immeubles, il existe, dans certains pays, des sociétés qui ont pour objet de procurer à court terme et sans hypothèque des capitaux ou des crédits à l'agriculture et aux industries qui s'y rattachent. Ce système de crédit, que l'on appelle crédit agricole, et dont le but spécial est d'aider

mos una simplificada tipología dicotómica según la cual, desde un punto de vista económico, sería posible distinguir dos grandes tipos de crédito agrícola: un crédito agrícola para capital circulante (capital pequeño, plazo corto e interés alto) y un crédito agrícola para capital fijo (gran capital, plazo largo e interés bajo). Según la experiencia jurídica actual, podemos fácilmente suponer que estos tipos de crédito están conectados con determinadas formas jurídicas: el capital fijo con el crédito hipotecario y el capital circulante con los créditos mobiliario y personal ²⁴.

II.1.B. Crédito agrícola: la historicidad de las formas jurídicas

Fijado este punto de partida, nos adentramos en lo que más arriba hemos llamado la historicidad de las formas jurídicas del crédito agrícola. Si diferenciamos —aunque sólo sea *ex hypothesi* y para simplificar el análisis— entre una agricultura tradicional (o de Antiguo Régimen) y otra moderna (o capitalista), de entrada se imponen dos obviedades: ambas épocas han conocido todas las formas jurídicas de crédito agrícola (mobiliario, personal e hipotecario) y, en segundo lugar, la percepción que la agricultura ha tenido de estos medios jurídicos es semejante en ambas épocas y la podríamos formular como el horror que el deudor siente ante una eventual ejecución de la garantía por una insolvencia sobrevenida. En cuanto al segundo aspecto, se aprecián diferencias: el horror hacia la hipoteca es siempre más poderoso porque amenaza directamente al principal factor productivo, como es tierra; la fianza plantea el indudable inconveniente social de la prevención y recha-

l'agriculture, peut rendre des services aussi bien aux fermiers qu'aux propriétaires." <<http://gallia.bnf.fr/document?O=N037311>>.

²⁴ Aunque sin reconocerlo explícitamente acarrea el legado terminológico de la distinción francesa entre *crédit foncier* y *crédit agricole*, para un planteamiento que es substancialmente bastante próximo al que estamos propugnando, *vid.* José ELÍAS DE MOLINS, *El Crédito Agrícola y las Cajas rurales. Apuntes, datos y consideraciones* (Barcelona: Imprenta Barcelonesa, 1910), 7-8: "Ante todo es necesario distinguir en la agricultura dos clases de capitales: el capital *fundo* (*foncier* en francés), las tierras, casas, molinos, etc., y el capital de explotación, que lo constituyen las semillas, los abonos, el ganado de labor, los útiles, las máquinas, etc., etc. Cada uno de estos capitales rurales tiene anejo un crédito de naturaleza distinta. El capital *fundo* es la base indispensable del crédito agrícola hipotecario. El capital explotación es el que sirve de base para el crédito agrícola meramente personal y para el crédito con garantía ó prenda. La índole del crédito agrícola hipotecario es, por su naturaleza, objeto y fin diferente del crédito agrícola propiamente dicho. El crédito hipotecario es necesario para los préstamos á plazos largos, y con amortizaciones ó devoluciones paulatinas. Las obligaciones hipotecarias llevan aparejadas cargas, gastos de escritura, de registro, fiscales de constitución y cancelación de hipotecas, y su empleo pugna con las deudas de índole transitoria. El uso del crédito hipotecario á que han de acudir forzosamente en algunos casos los propietarios rurales, es, por regla general, ruinoso, y suele ser el epílogo que la finca pase en poder del acreedor, pues la forma más general y que se usa en todas partes, es el préstamo con *pacto de retro*." [La cursiva es del autor].

zo que, entre los interpelados, suscita la búsqueda de fiador. Y, por último, la prenda plantea dos inconvenientes: en primer lugar, la necesidad de disponer de bienes muebles valiosos y sin utilidad productiva de los que se pueda prescindir durante el tiempo que dure el desplazamiento posesorio y, en segundo lugar, la privación al deudor de los frutos del bien dado en prenda, puesto que el acreedor pignoraticio los imputará al pago de su crédito. Aún es necesaria una puntualización: este *horror debitoris* frente a una eventual ejecución de la garantía afecta más directa y profundamente al pequeño propietario agrícola que al terrateniente. Pasemos de lo obvio a lo difícil y, por ende, más interesante.

Sólo en la agricultura tradicional aparece y existe lo que, generalizando y por contraposición a lo visto hasta ahora, podríamos llamar *horror creditoris*. La principal consecuencia de este horror es que provocaba la casi total desactivación de las formas jurídicas de crédito que antes considerábamos o, dicho de otro modo, existían pero llevaban una vida lánguida y puramente testimonial. Aunque concurrentes en el efecto, este horror tenía dos formas bien diferenciadas: el horror que el acreedor sentía ante la prohibición de la usura (es decir, no poder percibir ningún interés en el préstamo)²⁵ y, en segundo lugar, el horror y aversión que el acreedor sentía ante un deudor que le ofreciera la constitución de una hipoteca como garantía. O, dicho de otro modo y empleando una expresión que ha hecho fortuna, la clandestinidad dominante en el derecho hipotecario existente podía, eventualmente, comportarle trabas y desengaños cuando fuera necesario ejecutar dicha hipoteca²⁶. Estos *horrores creditoris* provocaban la general retracción del préstamo en todas sus formas jurídicas (hipoteca, prenda y fianza) y, como cabía esperar, generó la búsqueda de instrumentos jurídicos alternativos con los que el acreedor pudiera proporcionar crédito, obtener rendimientos crecidos y superar las angustias. Como la avaricia no tiene límites ni conoce fronteras, la solución se encontró en la simulación jurídica, es decir, en encubrir el prohibido préstamo con interés mediante contratos que, en apariencia, tenían otra función

²⁵ Aunque el tema es un pozo sin fondo, sobre la prohibición de la usura, *vid.* Bartolomé CLAVERO, "Prohibición de la usura y constitución de rentas", *Moneda y Crédito. Revista de economía*, 143 (1977), 107-131, esp. 109-113 [Reedición junto a otros dos trabajos del autor relacionados con el tema: in *Usura: del uso económico de la religión en la historia* (Madrid: Editorial Tecnos, 1985)]; Odd LANGHOLM, *The Aristotelian Analysis of Usury* (Bergen-Oslo-Stavanger-Tromsø: Universitetsforlaget, 1984); Odd LANGHOLM, *Economics in the Medieval Schools. Wealth, Exchange, Value, Money and Usury according to the Paris Theological Tradition, 1200-1350* (Leiden-New York-Köln: E. J. Brill, 1992); Diana WOOD, *El pensamiento económico medieval. Traducción castellana de Natàlia Móra* (Barcelona: Editorial Crítica, 2003), 223-251.

²⁶ Sobre la clandestinidad hipotecaria, *vid.* SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho ...*, 55-65.

jurídica distinta: en los derechos catalán y valenciano, los *censals*²⁷ y las *compravendes a carta de gràcia*²⁸. Hemos tomado estos ejemplos porque son verdaderos paradigmas y porque, aunque el derecho castellano conoció contratos muy semejantes (censos consignativos²⁹ y compra-ventas con pacto de retroventa), los expertos han dado razones para diferenciarlos³⁰. Tanto

²⁷ Para una definición del *censal* que muestra la zozobra conceptual que debe superar el historiador no jurista para expresar cómo la simulación jurídica conseguía el *fraus usurae*, vid. Llorenç FERRER I ALÒS, *Pagesos, rabassaires i industrials a la Catalunya central (segles XVIII-XIX)* (Barcelona: Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 1987), 488-490: "El censal és un préstec legal, per un temps indefinit (fins que el censatari vulgui retornar els diners), sancionat públicament pels notaris, pel qual es paguen interessos anuals, sota la hipoteca de la generalitat de béns o d'alguna finca en particular. [...]. La hipoteca que s'establia no cobria el capital –a tornar segons la voluntat del censatari–, sinó les pensions. [...]. La filosofia de l'Església no permetia el préstec i, per tal de camuflar aquesta pràctica, es generà un llenguatge eufemístic que confonia la finalitat del contracte. Se simulava una venda, qui rebia els diners *venia* a qui els deixava el *dret a cobrar* un interès i qui deixava els diners *comprava* el *dret a cobrar* l'interès. Aquest s'anomenava *pen-sió*. La creació del censal rebia el nom d'"encarregació" i el retorn del capital prestat, *redempció*, *lluïció* o *quitació*. [...]" [La cursiva es del autor]. Sobre los *censals*, vid. Guillermo María de BROCÁ Y MONTAGUT et Juan AMELL Y LLOPIS, *Instituciones del derecho civil catalán vigente ó sea exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua Audiencia del Principado; completada con las doctrinas del Tribunal Supremo y precedida de una introducción histórica por ...* (Barcelona: Imprenta Barcelonesa, 1886²), II, §§ 493-513, 199-216; Arcadi GARCIA SANZ, "El censal", *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, 37 (1961), 281-310; Arcadi GARCIA SANZ, *Instituciones de dret civil valencià* (Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 1996), 112-116.

²⁸ Para una definición de la *compravenda a carta de gràcia* que muestra cómo, en realidad y aunque el autor no use esta terminología, se estaba camuflando una prenda con pacto de anticresis para llevar a cabo el *fraus usurae*, vid. FERRER I ALÒS, *Pagesos...*, 527-528: "La VCG [= venda a carta de gràcia] és un contracte de compra-venda en què el venedor es reserva el dret de recuperar el que havia venut, mitjançant el retorn del preu pagat. Popularment era conegut per 'empenyorament', que defineix la forma més exacta el caràcter del contracte. Darrera d'aquesta pràctica jurídica s'hi amagava la pràctica del préstec. El capital era el preu de venda –que es fixava més alt o més baix segons les necessitats del venedor–, i l'interès els fruits que la cosa venuda proporcionava. El contracte de lluïció o retrovenda significa el retorn del capital i recuperació per part del venedor de la finca venuda, i de l'element que proporcionava els interessos. Pel fet de no estar definit l'interès, aquest es convertia en cada cas en una arbitrietat més o menys dura segons les parts contractants. Sense cap dubte era més dur que el censal.". Sobre la *compra-venda a carta de gràcia*, vid. BROCÁ et AMELL, *Instituciones del derecho civil catalán vigente ...*, II, §§ 467-492, 180-199; Pere del POZO CARRASCOSA, *La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya* (Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1993).

²⁹ Sobre el censo consignativo, vid. Bartolomé CLAVERO, "Prohibición de la usura y constitución de rentas ...", 120-131; Alicia FIESTAS LOZA, "La doctrina de Domingo de Soto sobre el censo consignativo", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 54 (1984), 639-654; Alicia FIESTAS LOZA, "El censo consignativo, según una fórmula castellana del Antiguo Régimen", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64 (1993), 549-614; Alicia FIESTAS LOZA, "El censo consignativo en la Castilla del Antiguo Régimen" in *Historia de la propiedad en España (siglos XV-XX). Encuentro interdisciplinar, Salamanca, 3-6 de junio de 1998. Edición de Salustiano de Dios de Dios, Eugenia Torijano Pérez, Ricardo Robledo Hernández y Javier Infante Miguel-Motta* (Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999), 163-190.

³⁰ Sobre la diferencia entre el *censal* y el censo consignativo, vid. BROCÁ et AMELL, *Instituciones del derecho civil catalán vigente ...*, II, §§ 495, 202: "El censal de Cataluña es un derecho

la pequeña propiedad agrícola como el terrateniente accedieron sin grandes diferencias a estos artilugios jurídicos que conformaban lo que se ha venido en llamar crédito usurario.

Pero, es necesario añadir una última y, para nuestros intereses inmediatos, capital puntualización: por este camino ya descrito, se podía superar el *horror creditoris usura inductum* y, en cambio, el *horror creditoris clandestina hypotheca inductum* no tenía tan fácil solución porque, para superarlo con cierta garantía de éxito, era imprescindible lo que, a mediados de siglo XIX, casi toda Europa conoció como “reforma hipotecaria”³¹, es decir, cambiar los fundamentos mismos del derecho hipotecario existente hasta entonces y, como es evidente, esto sólo estaba en manos de quien controlaba los resortes de la legislación. Una vez cumplida esta mutación, quedó expédito el camino hacia el triunfo del crédito hipotecario en la agricultura moderna en el bien entendido que, aunque los legisladores se escudaran en él para justificar la reforma, el campesinado, es decir, la pequeña propiedad agrícola continuó siendo refractaria a la hipoteca por una razón que ya conocemos (el horror ante una eventual ejecución hipotecaria por una insolvencia sobrevenida) y, aunque quizás no alcanzara el mismo nivel, también porque las formalidades jurídicas necesarias le resultaban sumamente costosas. Después de lo dicho, no hace falta esforzarse mucho para darse cuenta que la etiqueta

personal garantido con hipoteca. El censo consignativo de Castilla, se impone directamente sobre una finca, de tal modo que tiene la consideración de derecho real.”; GARCIA SANZ, “El censal...”, 287: “Este carácter ‘propter rem’ del censal lo asemeja al censo consignativo del que es hermano, diferenciándose sólo ambos contratos en que el censal lo constituyen dos elementos o relaciones, que, conceptualmente al menos, es siempre posible distinguir, el crédito de la pensión y la hipoteca, mientras que en el censo consignativo, como en la enfiteusis, no hay deudor personal, sino que es la propia cosa la gravada con la pensión, sin existencia de relación personal. El censal y el censo consignativo pueden, pues, considerarse como dos configuraciones jurídicas distintas de un mismo método económico.”. Sobre la diferencia entre la *compra-venta a carta de gràcia* y la compra-venta con pacto de retroventa, *vid.* BROCÀ et AMELL, *Instituciones del derecho civil catalán vigente ...*, II, §§ 475, 187: “El derecho de redimir compete contra terceros poseedores. Este derecho contra terceros, no establecido en la legislación romana y negado en Castilla por la ley 24, Tít. 5.º, Partida V, en Cataluña es inconcuso. Lo sancionan la costumbre, la doctrina de los autores y la jurisprudencia.”; POZO CARRASCOSA, *La venda a carta de gràcia en el dret civil ...*, 106: “[...] els autors clàssics catalans varen concedir eficàcia real al pacte de retre, per la via de la seva consideració com a causa de resolució del contracte, de la qual neix l’acció reivindicatòria i la consideració de l’acció de retracte com una càrrega real de la finca. Per als juristes catalans del segle XIX, l’eficàcia real del dret de redimir ve principalment donada pel desenvolupament d’aquest segon aspecte, és a dir, per la seva consideració com un dret real independent; però la principal preocupació se centra a marcar una distància clara amb la tradició romana (C. 4,54,2), recollida en les *Partidas* (P. 5,5,42), és a dir, amb el pacte de retre castellà, d’eficàcia merament personal.”.

³¹ Para una visión general de la “cuestión hipotecaria” en el derecho europeo del siglo XIX, *vid.* Helmut COING, *Derecho privado europeo. II. El siglo XIX. Traducción y apostillas por Antonio Pérez Martín* (Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996 [orig. 1989]), §§ 32-38, 261-307.

reformista que se adjudica a este cambio no le hace justicia porque, al menos jurídicamente y como veremos, fue una verdadera revolución.

II.1.C. Crédito agrícola: necesidad estructural de la agricultura capitalista

Antes de adentrarnos en cómo influyen las coordenadas históricas en las formas jurídicas del crédito agrícola, es conveniente dedicar una mínima reflexión a una cuestión que, por ser seguramente muy conocida, a veces no se manifiesta o no recibe la atención merecida: el crédito ha sido y es una necesidad constante, es decir, estructural en la agricultura. Aunque sólo sea por la insistencia de las políticas agrarias contemporáneas, hemos asumido como una certeza que, desde la industrialización, el sector agrícola siempre requiere una aportación de capitales externos a causa de lo que, generalizando, podríamos llamar su difícil ajuste con la economía general³²; pero, la

³² Sobre la importancia de este aspecto en las políticas agrarias contemporáneas, *vid.* C. J. LEBOSSE *et* M. OUISSE, “Las políticas de integración de la agricultura artesanal en el modo de producción capitalista”, in Miren ETXEZARRETA, *La evolución del campesinado. La agricultura en el desarrollo capitalista. Edición de ...* (Madrid: Servicio de Publicaciones Agrarias, 1979), 199-245, esp. 230-231: “De manera general. La modernización es facilitada principalmente por dos medios. 1. La disminución del coste inicial del equipo que tiene soportar la explotación. [...]. 2. La reducción de las cargas de interés y de cancelación de créditos. Esta reducción es necesaria a causa de las bajas tasas de beneficio en la agricultura y de la rotación de capital mucho más lenta que en los otros sectores de la economía. La prolongación del tiempo necesario para amortizar el equipo implica préstamos a plazo más largo (15 años, por ejemplo) sin que la tasa de interés aumente. Con este objetivo, el Estado se sirve del Credit Agricole ‘Mutuel’ que es controlado por la Caja Nacional. Este organismo, en tanto que de ayuda mutua, no realiza beneficios y por tanto, puede practicar tasas inferiores a las de los bancos ordinarios. El simple control del CAM (Credit Agricole Mutuel) permite, por tanto, al Estado el favorecer de modo general la modernización de la agricultura. Puede limitar su ayuda y concentrarla en objetivos *seleccionados*.” [La cursiva es de los autores]. Para un diagnóstico de las razones que explican este desajuste, *vid.* Claude SERVOLIN, “La absorción de la agricultura en el modo de producción capitalista”, in Miren ETXEZARRETA, *La evolución del campesinado. La agricultura en el desarrollo capitalista. Edición de ...* (Madrid: Servicio de Publicaciones Agrarias, 1979), 151-195, esp. 169-170: “En el siglo pasado el pequeño productor intentaba conseguir esto al mismo tiempo que se esforzaba por resistir a la invasión del capital y por reducir al mínimo sus necesidades de dinero. Este esfuerzo le obliga a realizar en su explotación un conjunto muy diversificado de actividades complementarias algunas de las cuales proveían a las otras sus medios de producción. Así podía llevar al mercado una cantidad importante de mercancías sin tener que comprar muchos medios de producción. De esta manera se desarrolló la ‘explotación familiar intensiva’, esa ‘explotación de policultivo-ganadería’ de que habla la economía rural tradicional. Pero esta ‘intensificación autárquica’ encontraría rápidamente sus propios límites. Los medios de producción producidos en la explotación misma no permitían aumentar indefinidamente la productividad del trabajo. Esto sólo puede alcanzarse mediante la adopción de métodos de producción científicos y recurriendo cada vez más a medios de producción de origen industrial, lo que puede ser financiado únicamente a través del crédito.”; Kostas VERGOPOULOS, “El capitalismo diforme. El caso de la agricultura en el capitalismo”, in Samir AMIN *et* Kostas VERGOPOULOS, *La cuestión campesina y el capitalismo. Traducción al castellano por Jordi Bacaria* (Barcelona: Editorial Fontanella, 1980), 49-226,

familiaridad con esta certeza no debe llevarnos a olvidar —como, a menudo, sucede— que la necesidad de crédito ha sido una constante en la economía campesina como consecuencia de las peculiaridades del proceso productivo agrícola ya que, estando marcado éste por la estacionalidad de los cultivos y la aleatoriedad de las cosechas, era ciertamente habitual y casi inevitable que el campesino se viera compelido a buscar capitales externos para subsistir él y su familia durante los períodos intercíclicos o cuando la cosecha había sido insuficiente para reproducir el ciclo productivo³³.

esp. 150-152 y, en concreto, 150-151: “*El endeudamiento campesino es una situación normal en la agricultura contemporánea basada en la creación de valor directo. El campesino para financiar sus inversiones siempre en aumento, a causa de las tijeras de los precios, recurre a un flujo continuo de crédito agrícola. En realidad, el crédito y el endeudamiento constituyen los mecanismos que hacen trabajar todavía más a los miembros de la célula familiar.*” [La cursiva es del autor].

³³ Para los fundamentos conceptuales de lo que hoy quizás pueda parecer a algunos una simple evidencia de sentido común cuando, sin el esfuerzo previo de los padres fundadores del derecho agrario, no lo sería, *vid.* Gian Gastone BOLLA, “Agricoltura”, in *Nuovo Digesto Italiano* (Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1937), I, 270b-280a, esp. 272b-273a [= Gian Gastone BOLLA, “Agricoltura” in *Scritti di Diritto Agrario* (Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1963), 361-390]: “L’agricoltura si differenzia inoltre per la minore possibilità di utilizzazione dei motori inanimati, per la difficoltà di lavorazione simultanea, conservazione e trasformazione dei prodotti, per il ciclo produttivo necessariamente lento, per il rischio che ai prodotti deriva dalle perturbazioni atmosferiche e dalle vicende stagionali. Sono appunto queste le cause che spiegano perché l’impiego del capitale in agricoltura presenti difficoltà maggiori, che in altre forme di attività e, successivamente, come tali difficoltà —preponderanza dei capitali fissi sui circolanti, tempo loro occorrente a riprodursi, ricupero esclusivamente a scadenze determinate e non variabili dalla volontà umana del capitale investito nella produzione, subordinazione di quelle scadenze all’alea delle vicende atmosferiche— esigano speciali organi creditizi ed un particolare ordinamento della corrispondente funzione bancaria.”. Desde una perspectiva marcadamente empirista, para una visión que confluye en lo afirmado, *vid.* Lewis Cecil GRAY, *Introduction to Agricultural Economics* (New York: The Macmillan Company, 1924), 328-352, esp. 333: “Credit needs of farmers. In some sections one finds farmers who do not have enough to live on from one season to the next while making the crop and who have to get some one to advance them the means of livelihood. The security for the loan is the farmer’s labor, and labor is poor security, for it is subject to be destroyed by accident, disease, or death and also by the unwillingness of the laborer to work. These conditions account in part for the practice of peonage, or compulsory labor, on some Southern plantations. When such loans are made the growing crop is also commonly regarded as security for the loan. Crops, however, are notoriously uncertain both as to yield and price. Consequently, farmers who have no other basis of credit than their labor power and their share of growing crops usually find that they must borrow under very hard conditions indeed. A less unfavorable condition for obtaining credit is when the tenant farmer has enough to live on while making his crop but needs money to purchase machinery and work stock and even for seed, fertilizer, and other crop expenses. Still other farmers own their operating capital and have enough to live on while making a crop but lack part or all of the money necessary to buy and own a farm.” <<http://chla.library.cornell.edu/cgi/t/text/text-idx?=-chla;idno=2840867>>; Paul L. VOGT, *Introduction to Rural Economics* (New York: D. Appleton and Company, 1925), 251-268, esp. 252: “Why the farmer needs credit. In pioneer times the settler usually had but little of this world’s goods, either in the form of cash or materials. His equipment often consisted of a team of horses or mules, a wagon, and some simple farm implements, such as plows, hoes, scythes, seed, chickens, and a cow or two. What he most needed was plenty of land and labor. His family was usually large, and this supplied the labor. Land was cheap and abundant. Gradually, as his resources increased, the amount of capital

Si hasta ahora hemos incidido en las diferencias que, respecto a las formas jurídicas del crédito agrícola, presentan las agriculturas tradicional y moderna, hay otro elemento que las distingue que, siendo general, incide con más fuerza si cabe en la cuestión y que se puede plantear en que, mientras el objetivo económico de la agricultura tradicional es el autoconsumo, la agricultura capitalista está encaminada hacia la producción para el mercado³⁴ lo que, según Pascual, implica no sólo la comercialización total de la producción sino también la especialización de los cultivos en función de la demanda del mercado y, sobre todo, su gran dependencia en la adquisición externa de los inputs económicos necesarios para reproducir el proceso productivo³⁵. Así, pues, la agricultura capitalista exige una considerable aportación externa de capital y, después de lo visto, no hay duda que es precisamente ahí donde tiene reservado su papel estelar el crédito hipotecario.

II.2. La situación económica española y el crédito hipotecario a mediados de siglo XIX

Para entender la situación en que se encontraba el crédito hipotecario en la España de mediados del siglo XIX, es preciso tener una visión general de las condiciones económicas existentes (en especial, las finanzas). En este sentido y habida cuenta que nos adentramos en un campo ajeno a nuestras competencias, nos limitamos a presentar lo que debe considerarse como un simple y —quizás también— apresurado intento de síntesis de las principales aportaciones historiográficas³⁶.

Desde hacía algunos siglos, el imperio colonial americano era la principal fuente que alimentaba las finanzas del Estado español. Esta situación se alteró completamente a raíz de las emancipaciones americanas y, como consecuencia del colapso del tráfico colonial y de las remesas enviadas desde las Indias, la Hacienda del Estado español sufrió pérdidas considerables e irre-

was enlarged. Under these conditions but little need was found for a great amount of credit.” <<http://chla.library.cornell.edu/cgi/t/text/text-idx?=-chla;idno=2859209>>.

³⁴ Sobre esta diferencia, vid. Karl KAUTSKY, *La cuestión agraria. Estudio de las tendencias de la agricultura moderna y de la política agraria de la socialdemocracia* (Paris: Editions Ruedo Ibérico, 1970), 13-19, esp. 16.

³⁵ Pere PASCUAL, *Agricultura i industrialització a la Catalunya del segle XIX. Formació i desestructuració d'un sistema econòmic* (Barcelona: Editorial Crítica, 1990), 78.

³⁶ Por su claridad y concisión, nos ha servido de guía, vid. Jordi NADAL, *El fracaso de la Revolución industrial en España, 1814-1913* (Barcelona: Editorial Ariel, 1987⁸ [orig. 1975]), 23-53 y, como preciado complemento por su presentación sectorial de la economía, vid. Candelaria SAIZ PASTOR et Javier VIDAL OLIVARES, *Historia de España 3.ª Milenio. XXIII. El fin del Antiguo Régimen (1808-1868). Economía* (Madrid: Editorial Síntesis, 2001).

parables³⁷. Con menores ingresos y con un gasto en aumento, el resultado fue un galopante déficit presupuestario que, además y según demostró Fontana, resultó imposible de remontar pues, tanto la inestabilidad política como los intereses creados, condenaron al fracaso los reiterados intentos de reforma³⁸. En estas condiciones, se optó por recurrir al crédito. El pedir prestado se convirtió en una constante a la que se subordinó el resto de necesidades del país. Para salvar sus apreturas dinerarias, el Estado escogió la senda de la deuda pública³⁹ que, mediante una política de remuneraciones generosas (elevado interés en los préstamos estatales), acabó dañando al conjunto de la economía: el poco capital existente dejó de impulsar las fuerzas productivas para lanzarse a inversiones puramente especulativas⁴⁰.

Además, la extrema voracidad de la Hacienda también afectó y condicionó la actividad y función del banco oficial. Creado en 1829, el Banco de San Fernando concentró todos sus esfuerzos y actividades en proporcionar fondos a la Hacienda y, aunque era casi la única institución financiera del país, se olvidó completamente de fomentar las fuerzas económicas y no consiguió consolidarse como un completo banco central⁴¹. Los caudales del país se fueron deslizando por el agujero sin fin del déficit presupuestario. Subordinado a las exigencias del Estado, el banco oficial ayudó a que el Estado pudiera hacer frente a sus obligaciones pero, canalizados por el banco oficial o no, los recursos internos del país resultaron insuficientes para reequilibrar la Hacienda⁴². Como a pesar de todos los esfuerzos el déficit persistía, se dió un paso adelante en la senda del crédito: de la deuda pública se pasó a la deuda exterior, es decir, se escogió la mucho más onerosa solución de pedir prestado a prestamistas y banqueros extranjeros⁴³.

³⁷ Leandro PRADOS DE LA ESCOSURA, *De imperio a nación. Crecimiento y atraso económico en España (1780-1930)* (Madrid: Alianza Editorial, 1988).

³⁸ Josep FONTANA LÁZARO, *La quiebra de la Monarquía absoluta, 1814-1820* (Barcelona: Editorial Ariel, 1978³ [orig. 1971]).

³⁹ Francisco COMÍN, "La deuda pública y la formación del sistema bancario en España durante los siglos XIX y XX", in Pedro TEDDE et Carlos MARICHAL (coords.), *La formación de los bancos centrales en España y América latina (siglos XIX y XX). I. España y México* (Madrid: Banco de España, 1994), 49-79.

⁴⁰ Gabriel TORTELLA CASARES, "La evolución del sistema financiero español de 1856 a 1868", in Pedro SCHWARTZ GIRÓN (coord.), *Ensayos sobre la economía española a mediados del siglo XIX* (Madrid: Servicio de Estudios del Banco de España, 1970), 17-145, esp. 89.

⁴¹ Pedro TEDDE, "Del Banco de San Carlos al Banco de España (1782-1856)", in Pedro TEDDE et Carlos MARICHAL (coords.), *La formación de los bancos centrales en España y América latina (siglos XIX y XX). I. España y México* (Madrid: Banco de España, 1994), 19-47, esp. 27-47.

⁴² Gabriel TORTELLA CASARES, "El Banco de España entre 1829 y 1929. La formación de un banco central", in *El Banco de España. Una historia económica* (Madrid: Banco de España, 1970), 261-313, esp. 312.

⁴³ Josep FONTANA LÁZARO, *Hacienda y Estado en la crisis final del Antiguo régimen español: 1823-1833* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1973), 204.

Con unos préstamos obtenidos en pésimas condiciones y con un endeudamiento que no cesaba de crecer, el Estado no sólo se vió obligado a incumplir las obligaciones contraídas sino que, además, tuvo que recurrir a procedimientos de emergencia y, finalmente, se abrió el camino más perjudicial pero más expedito de las compensaciones indirectas. Bajo la presión de los acreedores internacionales, se ofreció “la franquicia a la inversión en el sector privado como contrapartida a la inversión, pasada o presente, en el sector público”⁴⁴. La —a partir de entonces— pesadilla de la deuda exterior gravitó sobre todas las disposiciones concernientes a la constitución de sociedades extranjeras y, a menudo, los políticos y diplomáticos españoles actuaron de testaferros de los intereses extranjeros⁴⁵. Durante el Bienio progresista, las ventajas ofrecidas al capital extranjero se canalizaron a través de la concesión de excepciones⁴⁶ al muy restrictivo régimen de la vulgarmente llamada *Ley de Sociedades Anónimas* (1848)⁴⁷. Y, durante el período 1856-1868 y facili-

⁴⁴ NADAL, *El fracaso de la Revolución industrial en España ...*, 33-34.

⁴⁵ Rafael ANES ÁLVAREZ, “Las inversiones extranjeras en España de 1855 a 1880”, in Pedro SCHWARTZ GIRÓN (coord.), *Ensayos sobre la economía española a mediados del siglo XIX* (Madrid: Servicio de Estudios del Banco de España, 1970), 187-202.

⁴⁶ Gabriel TORTELLA CASARES, “El principio de responsabilidad limitada y el desarrollo industrial de España: 1829-1869”, *Moneda y Crédito. Revista de Economía*, 104 (marzo 1968), 69-84, esp. 73.

⁴⁷ “Ley, preceptuando que no se pueda constituir ninguna compañía mercantil, cuyo capital en todo o en parte se divida en acciones, sino en virtud de una ley o de un Real decreto, con lo demás que se determina (28.1.1848)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de Decretos). Primer cuatrimestre de 1848* (Madrid: Imprenta Nacional, 1849), XLIII, 51-54 que debe complementarse con el correspondiente Reglamento (“Real decreto, dictando el reglamento para la ejecución de la ley de 28 de Enero de este año sobre compañías mercantiles por acciones (17.2.1848)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de Decretos). Primer cuatrimestre de 1848* (Madrid: Imprenta Nacional, 1849), XLIII, 100-109. En esencia, esta ley exigía autorización gubernativa para constituir cualquier sociedad por acciones en España. Con esta formulación, resumimos el alambicado procedimiento establecido en la LSA-1848 para autorizar la constitución de sociedades por acciones. La estricta interpretación de la ley ofrecería el siguiente panorama. Las sociedades por acciones se podían constituir por ley o por real decreto (art. 1, LSA-1848). La ley se reservaba para constituir: a) Bancos de emisión y empresas dedicadas a la construcción de carreteras, canales y ferrocarriles; b) empresas de interés público que solicitaran algún privilegio exclusivo (art. 2, LSA-1848) y el real decreto se empleaba para constituir: el resto de empresas no comprendidas en el art. 2 y sólo se concedería a empresas de utilidad pública (art. 4, LSA-1848). Pero, la clave del procedimiento establecido era que, después de oído el Consejo Real, el Gobierno era quien decidía el tipo de autorización necesario en cada caso (art. 8). Así, si era necesaria una ley para su constitución, el Gobierno se encargaría de presentar en las Cortes el proyecto de ley (art. 8, LSA-1848) y, si era suficiente un real decreto, el Gobierno lo promulgaría si consideraba la empresa de utilidad pública (art. 9, LSA-1848). En definitiva, el Gobierno se reservaba el monopolio de las autorizaciones para constituir cualquier sociedad por acciones. Para apreciar la naturaleza regresiva del cambio ocurrido con la promulgación de esta LSA-1848, es necesario recordar que el *Código de Comercio* de 1829 (*Código de Comercio, arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868, anotado y concordado, precedido de una introducción histórico comparada, seguido de las leyes y disposiciones posteriores a su publicación que lo reforman y completan, de las leyes especiales de enjuiciamiento en los negocios*

tado por la *Ley sobre sociedades anónimas de crédito* (1856)⁴⁸ que había introducido los bancos de negocios⁴⁹, se produjo una importante movilización de capitales dispersos y anónimos⁵⁰ pero, en lugar de dirigirse hacia el proyectado objetivo de la promoción industrial, el nuevo sistema financiero que se había creado⁵¹ mostró una marcada preferencia por el negocio ferroviario: durante un decenio, el ferrocarril galvanizó el flujo dinerario más importante⁵².

El resultado final del proceso fue una considerable hipoteca histórica que, con certeras palabras, Nadal caracterizaba así: “En la práctica, al decantarse de forma tan ostensible por la inversión en capital social fijo (transporte), el país sacrificó las posibilidades de inversión en actividades directamente productivas (industria). El exceso de la primera, en contraste con el déficit de la segunda, acabaría siendo, a muy corto plazo, un factor insuperable de retraso”⁵³.

Pero, ¿en qué situación estaba el crédito hipotecario? o, reduciendo la cuestión a lo mínimo, ¿había crédito hipotecario y, si lo había, en qué sector económico se invertía? Para tratar de dar respuesta a la primera parte de la pregunta,

y causas de comercio, y de un repertorio de la legislación mercantil, por ... D. Pedro Gómez de la Serna y D. José Reus y García (Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1869⁵) establecía un régimen mucho más abierto ya que, para la constitución de sociedades anónimas, sólo se exigía la autorización del Tribunal de Comercio del territorio (art. 293, CCom-1829) con una única excepción: si requería la concesión de algún privilegio, era necesaria la aprobación regia (art. 294, CCom-1829). Para evitar cualquier duda, es necesario advertir que hemos empleado la edición indicada del *Código de Comercio* porque, al hecho de mantener diferenciadas las variaciones sufridas por el texto, añade tanto la legislación mercantil complementaria como sobre todo la calidad e inteligencia jurídica de sus editores en la presentación de los materiales.

⁴⁸ Para el texto de esta norma, *vid.* “Ley sobre sociedades anónimas de crédito (28.1.1856)”, in *Código de Comercio* de 1829 (*Código de Comercio, arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868, anotado y concordado, precedido de una introducción histórico comparada, seguido de las leyes y disposiciones posteriores a su publicación que lo reforman y completan, de las leyes especiales de enjuiciamiento en los negocios y causas de comercio, y de un repertorio de la legislación mercantil, por ... D. Pedro Gómez de la Serna y D. José Reus y García* (Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1869⁵), 575-577 (Apéndice núm. VI).

⁴⁹ Gabriel TORTELLA CASARES, *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, industria y ferrocarriles en el siglo XIX* (Madrid: Editorial Tecnos, 1995³ [orig. 1973]), 57-63.

⁵⁰ Nicolás SÁNCHEZ ALBORNOZ, “Los bancos y las sociedades de crédito en provincias: 1856-1868”, *Moneda y Crédito. Revista de Economía*, 104 (marzo 1968), 39-68.

⁵¹ Pablo MARTÍN ACEÑA, “Desarrollo y modernización del sistema financiero, 1844-1935”, in Nicolás SÁNCHEZ-ALBORNOZ (ed.), *La modernización económica de España, 1830-1930* (Madrid: Alianza Editorial, 1987 [orig. 1985]), 121-146.

⁵² SAIZ PASTOR et VIDAL OLIVARES, *Historia de España 3.ª er Milenio. XXIII. El fin del Antiguo Régimen ...*, 97-157.

⁵³ NADAL, *El fracaso de la Revolución industrial en España ...*, 38.

hemos elaborado la siguiente tabla estadística en la que insertamos la información subministrada por los primeros números del *Anuario Estadístico de España*⁵⁴ sobre las hipotecas constituidas en España entre los años 1850-1861.

A simple vista, se aprecia que la provincia de Barcelona destaca comparada con las restantes por dos características que parecen ir entrelazadas: la importancia cuantitativa de su deuda hipotecaria y, por otra parte, la creciente importancia de los préstamos hipotecarios sobre fincas urbanas. Y, respecto a la segunda parte de la pregunta (¿en qué sector económico se invertían estos préstamos hipotecarios?), el principal factor explicativo se podría encontrar en el crecimiento urbano de la ciudad de Barcelona y la necesidad vital que no sólo era necesario sino también provechoso cubrir: la construcción de viviendas para el incipiente proletariado fabril. En favor de esta explicación militan el considerable aumento de población de Barcelona⁵⁵ y el también potente crecimiento de la edificación en Barcelona (el número total de viviendas se dobló entre 1855 y 1860)⁵⁶.

Aunque no destaque tanto en la tabla, no debe despreciarse el desarrollo urbano de Madrid (durante este período, el número de licencias de obras para reforma y construcción de viviendas tuvo un crecimiento constante y sostenido)⁵⁷ y, teniendo en cuenta que focalizamos nuestra atención en el período anterior a 1861 y como ya tendremos ocasión de poner de relieve más adelante⁵⁸, no debe olvidarse que este interesante negocio encontraba entonces un nada desdeñable obstáculo para su implantación y desarrollo: la falta de una legislación hipotecaria moderna y adecuada.

⁵⁴ *Anuario Estadístico de España, publicado por la Junta General de Estadística* (Madrid: Imprenta Nacional, 1858), 425 (Cuadro del número de fincas rústicas y urbanas hipotecadas en los años de 1850, 1851 y 1852 para garantizar el cumplimiento de obligaciones de préstamo, con expresión de las cantidades a que están afectas), 426 (Cuadro del número de fincas rústicas y urbanas hipotecadas en los años de 1853, 1854 y 1855 para garantizar el cumplimiento de obligaciones de préstamo, con expresión de las cantidades a que están afectas) y 427 (Cuadro del número de fincas rústicas y urbanas hipotecadas en los años de 1856, 1857 y 1858 para garantizar el cumplimiento de obligaciones de préstamo, con expresión de las cantidades a que están afectas); *Anuario Estadístico de España, publicado por la Junta General de Estadística* (Madrid: Imprenta Nacional, 1859-1860), 299 (Estado demostrativo del número de fincas obligadas, durante el año de 1859, a la responsabilidad de préstamos); *Anuario Estadístico de España, publicado por la Junta General de Estadística* (Madrid: Imprenta Nacional, 1862-1863), 739 (Hipotecas formalizadas y canceladas durante el año 1860 y valor de las obligaciones) y 740 (Hipotecas formalizadas y canceladas durante el año 1861 y valor de las obligaciones) <<http://www.ine.es/inebaseweb/25687.do>>.

⁵⁵ Josep FONTANA, *Història de Catalunya. Dirigida per Pierre Vilar. V. La fi de l'Antic Règim i la industrialització (1787-1868)* (Barcelona: Edicions 62, 1998 [orig. 1988]), 358-359.

⁵⁶ Carme MASSANA, *Indústria, ciutat i propietat. Política econòmica i propietat urbana a l'àrea de Barcelona (1901-1939)* (Barcelona: Curial Edicions Catalanes, 1985), 131.

⁵⁷ Ángel BAHAMONDE MAGRO et Julián TORO MÉRIDA, *Burguesía, especulación y cuestión social en el Madrid del siglo XIX* (Madrid: Siglo XXI editores, 1978), 217.

⁵⁸ *Vid. infra* capítulo III y, en especial, por su claridad es pertinente la opinión de expertos como Mola y Bosch (*vid. infra* n. 63-65).

Hipotecas constituidas en España (1850-1861)

Fuente: Anuario Estadístico de España (1858, 1859-1860, 1862-1863)

(Nota: F. Total y Media son datos calculados. Préstamos y Media están expresados en reales de vellón)

PROVINCIA	CONCEPTO	1850	1851	1852	1853	1854	1855	1856	1857	1858	1859	1860	1861
Almería	F.Rústicos	1.114	819	1.004	962	969	899	930	1.834	1.860	2.327	2.972	1.896
	F.Urbanos	517	357	412	350	412	401	428	902	857	1.070	1.274	1.375
	F.Total	1.631	1.176	1.416	1.312	1.381	1.300	1.358	2.736	2.717	3.397	4.246	3.271
	Préstamos	5.211.266	4.099.979	5.713.004	4.783.613	4.906.908	4.156.016	5.001.234	9.018.738	10.774.480	10.510.189	13.226.532	15.181.821
Cádiz	Media	3.195	3.486	4.035	3.646	3.553	3.197	3.683	3.296	3.966	3.094	3.115	4.641
	F.Rústicos	383	399	498	469	612	424	901	571	614	563	642	780
	F.Urbanos	571	657	548	514	632	592	662	445	496	488	515	582
	F.Total	954	1.056	1.046	983	1.244	1.016	1.563	1.016	1.110	1.051	1.157	1.362
Córdoba	Préstamos	19.467.943	20.416.843	18.200.341	14.231.515	21.773.097	19.361.709	26.872.800	16.008.601	20.038.325	16.724.201	18.565.167	22.092.902
	Media	20.407	19.334	17.400	14.478	17.502	19.057	17.193	15.756	18.053	15.913	16.046	16.221
	F.Rústicos	2.182	2.145	2.761	1.829	1.425	1.555	1.161	1.098	1.384	1.487	1.385	1.634
	F.Urbanos	1.158	1.214	1.219	820	841	787	569	515	464	631	533	512
Granada	F.Total	3.340	3.359	3.980	2.649	2.266	2.342	1.730	1.613	1.848	2.118	1.918	2.146
	Préstamos	16.311.291	18.787.413	17.596.813	18.810.581	12.104.314	17.210.908	19.947.075	18.749.570	18.749.570	10.311.514	12.183.783	69.400.447
	Media	4.884	5.593	4.421	7.101	5.342	7.349	11.530	11.624	5.580	5.752	36.184	7.010
	F.Rústicos	2.424	2.372	2.584	2.703	2.296	2.026	2.752	2.387	1.954	2.706	2.813	3.270
Huelva	F.Urbanos	961	1.026	1.059	1.013	1.079	1.039	1.039	1.025	859	1.107	1.157	1.267
	F.Total	3.385	3.398	3.643	3.716	3.375	3.056	3.791	3.412	2.813	3.813	3.970	4.537
	Préstamos	9.608.405	8.547.746	9.401.102	8.401.706	11.125.463	6.975.189	13.994.921	10.329.099	10.157.169	12.884.185	12.444.258	14.284.931
	Media	2.839	2.516	2.581	2.261	3.296	2.282	3.692	3.027	3.611	3.379	3.135	3.149
Jaén	F.Rústicos	672	642	698	654	608	556	500	827	559	658	612	638
	F.Urbanos	254	354	459	375	375	419	402	435	384	352	393	407
	F.Total	926	996	1.157	1.029	983	975	902	1.262	1.010	1.010	1.005	1.045
	Préstamos	4.338.900	4.000.672	14.188.287	5.306.755	21.485.497	8.179.705	4.604.992	5.867.414	2.806.924	4.799.075	4.597.380	8.103.877
Málaga	Media	4.686	4.017	12.263	5.157	21.857	8.389	5.105	4.649	2.977	4.752	4.575	7.755
	F.Rústicos	1.147	1.878	1.878	1.975	1.889	2.140	2.317	832	1.151	1.060	1.414	1.539
	F.Urbanos	821	1.045	1.045	948	1.172	1.172	1.350	398	551	406	589	674
	F.Total	1.968	2.923	2.923	2.923	3.061	3.392	3.667	1.230	1.702	1.456	2.003	2.213
Málaga	Préstamos	9.991.292	15.241.480	15.241.480	19.949.561	13.576.817	16.924.787	17.333.480	5.400.416	16.781.453	8.037.694	10.911.178	15.443.214
	Media	5.077	5.214	5.214	6.825	4.435	4.990	4.727	4.391	9.860	5.520	5.447	6.978

Hipotecas constituidas en España (1850-1861)

Fuente: Anuario Estadístico de España (1858, 1859-1860, 1862-1863)

(Nota: F. Total y Media son datos calculados. Préstamos y Media están expresados en reales de vellón)

PROVINCIA	CONCEPTO	1850	1851	1852	1853	1854	1855	1856	1857	1858	1859	1860	1861
Málaga	F.Rústicos	1.325	1.688	2.501	1.558	1.774	1.672	2.108	2.433	2.087	1.859	2.375	2.602
	F.Urbanos	696	918	991	767	919	807	722	981	772	772	953	999
	F.Total	2.021	2.606	3.492	2.325	2.693	2.479	2.830	3.414	2.859	2.631	3.328	3.601
	Préstamos	10.886.051	13.573.341	15.907.403	12.037.084	14.210.247	14.011.417	23.023.998	20.115.061	18.343.240	24.312.435	22.394.805	32.620.276
	Media	5.386	5.208	4.555	5.177	5.277	5.652	8.136	5.892	6.416	9.241	6.729	9.059
Sevilla	F.Rústicos	1.249	1.402	1.324	1.420	1.328	1.234	1.490	1.309	1.553	2.191	2.182	2.163
	F.Urbanos	846	770	804	764	692	646	730	612	687	873	1.062	897
	F.Total	2.095	2.172	2.128	2.184	2.020	1.880	2.220	1.921	2.240	3.064	3.244	3.060
	Préstamos	16.796.416	17.263.819	19.257.485	22.144.386	22.150.841	19.384.991	19.847.514	18.478.145	33.050.104	26.016.442	25.369.787	21.750.463
	Media	8.017	7.948	9.050	10.139	10.966	10.311	8.940	9.619	14.755	8.491	7.821	7.108
Andalucía	F.Rústicos	10.496	11.345	13.248	11.570	10.901	10.506	12.159	11.291	11.162	12.841	14.395	14.522
	F.Urbanos	5.824	6.341	6.537	5.551	6.122	5.934	5.902	5.313	5.070	5.699	6.476	6.713
	F.Total	16.320	17.686	19.785	17.121	17.023	16.440	18.061	16.604	16.232	18.540	20.871	21.235
	Préstamos	92.611.564	101.931.293	115.505.915	108.665.201	121.333.184	106.204.722	130.626.014	103.967.044	122.263.209	115.468.004	176.909.554	144.520.338
	Media	5.675	5.763	5.838	6.172	7.128	6.460	7.232	6.262	7.532	6.228	8.476	6.806
Huesca	F.Rústicos	243	190	188	187	157	159	149	228	647	422	536	671
	F.Urbanos	110	74	100	106	101	61	62	163	209	215	141	185
	F.Total	353	264	288	293	258	220	211	391	856	637	677	856
	Préstamos	1.296.316	1.386.571	2.964.170	2.658.804	1.344.506	1.357.589	1.103.666	1.732.982	2.099.517	2.992.635	3.270.923	2.473.756
	Media	3.672	5.252	10.292	9.074	5.211	6.171	5.231	4.432	2.453	4.698	4.831	2.890
Teruel	F.Rústicos	304	324	476	393	428	297	337	284	314	372	654	617
	F.Urbanos	96	104	247	118	115	113	144	91	86	142	169	150
	F.Total	400	428	723	511	543	410	481	375	400	514	823	767
	Préstamos	3.447.395	2.323.068	1.280.890	1.649.619	2.018.527	1.587.994	1.281.095	1.664.002	1.709.134	1.980.060	3.102.623	2.745.738
	Media	8.618	5.428	1.772	3.228	3.717	3.873	2.663	4.473	3.852	3.770	3.577	3.577
Zaragoza	F.Rústicos	776	876	464	468	660	458	714	934	954	1.198	1.454	1.112
	F.Urbanos	234	351	196	187	198	179	211	352	479	445	516	400
	F.Total	1.010	1.227	660	655	858	637	925	1.286	1.433	1.643	1.970	1.512
	Préstamos	5.724.695	5.941.302	2.727.301	3.385.233	3.724.028	5.478.188	5.542.765	5.798.904	6.638.408	10.165.956	7.207.133	7.347.931
	Media	5.668	4.842	4.132	5.168	4.340	8.600	5.992	4.509	4.632	6.187	3.658	4.860

Hipotecas constituidas en España (1850-1861)

Fuente: Anuario Estadístico de España (1858, 1859-1860, 1862-1863)

(Nota: F. Total y Media son datos calculados. Préstamos y Media están expresados en reales de vellón)

PROVINCIA	CONCEPTO	1850	1851	1852	1853	1854	1855	1856	1857	1858	1859	1860	1861
Aragón	F.Rústicos	1.323	1.300	1.128	1.048	1.245	914	1.200	1.446	1.915	1.992	2.644	2.400
	F.Urbanos	440	529	543	411	414	353	417	606	774	802	826	735
	F.Total	1.763	1.919	1.671	1.459	1.659	1.267	1.617	2.052	2.689	2.794	3.470	3.135
	Préstamos	10.468.406	9.650.941	6.972.361	7.693.656	7.087.061	8.423.771	7.927.526	9.195.888	10.446.959	15.138.651	13.380.679	12.566.425
Oviedo	Media	5.938	5.029	4.173	5.273	4.272	6.649	4.903	4.481	3.885	5.418	3.914	4.008
	F.Rústicos	4.689	3.766	3.726	3.340	4.039	3.594	4.121	3.586	3.194	3.086	3.920	3.823
	F.Urbanos	1.106	971	892	909	990	890	1.044	822	757	825	874	971
	F.Total	5.795	4.737	4.618	4.249	5.029	4.484	5.165	4.408	3.951	3.911	4.794	4.794
	Préstamos	8.956.622	6.388.924	5.977.792	6.240.615	6.557.094	7.765.014	9.453.782	7.321.623	8.136.223	10.130.035	8.071.160	11.496.889
	Media	1.546	1.349	1.294	1.469	1.304	1.732	1.830	1.661	2.059	2.590	1.684	2.398
	F.Rústicos	4.689	3.766	3.726	3.340	4.039	3.594	4.121	3.586	3.194	3.086	3.920	3.823
	F.Urbanos	1.106	971	892	909	990	890	1.044	822	757	825	874	971
	F.Total	5.795	4.737	4.618	4.249	5.029	4.484	5.165	4.408	3.951	3.911	4.794	4.794
	Préstamos	8.956.622	6.388.924	5.977.792	6.240.615	6.557.094	7.765.014	9.453.782	7.321.623	8.136.223	10.130.035	8.071.160	11.496.889
	Media	1.546	1.349	1.294	1.469	1.304	1.732	1.830	1.661	2.059	2.590	1.684	2.398
	F.Rústicos	841	810	718	634	570	600	648	568	568	735	768	899
Baletres	F.Urbanos	445	526	424	424	458	404	535	376	385	489	469	385
	F.Total	1.286	1.336	1.142	1.060	1.028	1.004	1.183	944	1.120	1.257	1.368	1.123
	Préstamos	11.427.825	10.162.433	8.042.187	11.096.880	8.974.048	9.888.472	11.901.929	9.081.959	10.462.076	10.800.553	11.653.882	8.015.770
	Media	8.886	7.607	7.042	10.469	8.730	9.849	10.061	9.621	9.341	8.592	8.519	7.138
Camarías	F.Rústicos	239	448	333	250	250	266	832	705	238	286	298	326
	F.Urbanos	89	158	128	62	88	100	142	94	96	84	115	121
	F.Total	328	606	461	312	338	366	974	799	334	370	413	447
	Préstamos	1.363.071	2.928.212	2.125.311	1.892.697	2.210.797	4.167.248	6.763.119	1.999.884	1.914.262	2.690.974	3.537.799	2.642.642
	Media	4.156	4.832	4.610	6.066	6.541	11.386	6.944	2.503	5.731	7.273	8.566	5.912
	F.Rústicos	1.137	939	1.517	1.217	1.295	986	1.540	1.168	2.013	1.760	2.402	2.434
	F.Urbanos	382	275	365	298	334	295	341	382	498	527	503	534
	F.Total	1.519	1.214	1.882	1.515	1.629	1.281	1.881	1.550	2.511	2.287	2.905	2.968
	Préstamos	5.786.574	6.008.867	4.339.597	4.871.137	5.070.032	3.049.543	11.548.072	5.006.907	8.553.914	6.136.553	7.259.425	8.221.319
	Media	3.809	4.950	2.306	3.215	3.112	2.381	6.139	3.230	3.407	2.683	2.499	2.770

Hipotecas constituidas en España (1850-1861)

Fuente: Anuario Estadístico de España (1858, 1859-1860, 1862-1863)

(Nota: F. Total y Media son datos calculados. Préstamos y Media están expresados en reales de vellón)

PROVINCIA	CONCEPTO	1850	1851	1852	1853	1854	1855	1856	1857	1858	1859	1860	1861
Cuenca	F.Rústicos	586	468	468	184	1.325	639	1.048	1.318	1.483	1.142	1.980	1.653
	F.Urbanos	127	118	118	76	152	129	130	160	150	122	172	147
	F.Total	713	586	586	260	1.477	768	1.178	1.478	1.633	1.264	2.152	1.800
	Préstamos	2.784.054	1.729.875	1.729.875	1.242.190	2.452.853	1.651.823	2.122.602	2.761.825	2.502.276	2.954.726	2.172.091	2.751.268
Candalaria-	Media	3.905	2.952	2.952	4.778	1.661	2.151	1.802	1.869	1.532	2.338	1.009	1.528
	F.Rústicos	998	890	1.387	1.105	1.001	537	1.000	2.272	1.851	1.278	2.263	1.899
	F.Urbanos	167	171	212	250	133	179	278	278	217	182	227	155
	F.Total	1.165	1.061	1.599	1.355	1.134	716	1.278	2.550	2.068	1.460	2.490	2.054
	Préstamos	1.950.388	3.608.507	6.133.462	4.319.471	1.508.147	1.287.448	2.099.251	3.434.869	2.363.188	3.210.209	6.205.921	9.787.113
	Media	1.674	3.401	3.836	3.188	1.330	1.798	1.643	1.347	1.143	2.109	2.492	4.765
	F.Rústicos	1.212	1.107	1.612	803	665	1.012	1.206	1.236	1.126	1.672	948	1.924
	F.Urbanos	722	761	590	508	584	429	515	491	452	861	568	694
	F.Total	1.934	1.868	2.202	1.311	1.249	1.441	1.721	1.727	1.578	2.533	1.516	2.618
	Préstamos	38.308.367	57.357.419	31.035.592	50.591.951	28.849.785	47.263.907	29.586.765	44.613.735	31.221.506	44.375.586	40.066.926	75.663.088
	Media	19.808	30.705	14.094	38.590	23.098	32.799	17.192	25.833	19.785	17.519	26.429	28.901
	F.Rústicos	1.516	1.876	1.875	1.417	1.635	1.510	1.866	1.774	2.251	2.025	1.848	2.147
Toledo	F.Urbanos	358	417	401	331	355	295	428	480	550	466	373	436
	F.Total	1.874	2.293	2.276	1.748	1.990	1.805	2.294	2.254	2.801	2.491	2.221	2.583
	Préstamos	5.115.880	9.849.594	9.158.953	9.684.464	7.294.332	32.222.172	30.019.310	11.016.038	40.590.112	28.299.233	7.882.046	10.263.390
	Media	2.730	4.296	4.024	5.540	3.665	17.852	13.086	4.887	14.491	11.361	3.549	3.973
Castilla	F.Rústicos	5.449	5.280	6.859	4.726	5.921	4.684	6.660	7.768	8.724	7.877	9.441	10.057
	F.Urbanos	1.756	1.742	1.686	1.463	1.558	1.327	1.692	1.791	1.867	2.158	1.843	1.966
	F.Total	7.205	7.022	8.545	6.189	7.479	6.011	8.352	9.559	10.591	10.035	11.284	12.023
	Préstamos	53.945.263	78.554.262	52.397.479	70.709.213	45.175.149	85.474.893	75.376.000	66.833.374	85.230.996	84.976.307	63.586.409	106.686.178
Ávila	Media	7.487	11.187	6.132	11.425	6.040	14.220	9.025	6.992	8.047	8.468	5.635	8.874
	F.Rústicos	430	635	420	659	1.035	485	587	1.336	758	684	893	1.047
	F.Urbanos	92	105	126	111	170	141	137	314	159	148	257	254
	F.Total	522	740	546	770	1.205	626	724	1.650	917	832	1.150	1.301
	Préstamos	2.294.346	809.574	3.106.701	3.497.719	5.441.655	865.664	3.653.327	2.598.665	2.481.628	2.222.737	2.000.559	2.470.845
	Media	4.395	1.094	5.690	4.542	4.516	1.383	5.046	1.575	2.706	2.672	1.740	1.899

Hipotecas constituidas en España (1850-1861)

Fuente: Anuario Estadístico de España (1858, 1859-1860, 1862-1863)

(Nota: F. Total y Media son datos calculados. Préstamos y Media están expresados en reales de vellón)

PROVINCIA	CONCEPTO	1850	1851	1852	1853	1854	1855	1856	1857	1858	1859	1860	1861
Burgos	F.Rústicos	2.353	3.024	2.969	4.493	4.568	2.858	6.107	9.096	4.983	5.681	5.539	4.672
	F.Urbanos	384	494	504	641	612	485	873	969	586	670	614	721
	F.Total	2.737	3.518	3.473	5.134	5.180	3.343	6.980	10.065	5.569	6.351	6.153	5.393
	Préstamos	2.554,020	3.344,454	3.335,590	5.907,270	4.729,085	2.496,482	4.188,174	2.900,600	3.727,156	4.856,494	5.578,842	5.612,425
Logroño	Media	933	951	960	1.151	913	747	600	288	669	765	907	1.041
	F.Rústicos	1.138	1.217	1.501	963	974	984	2.910	3.591	2.992	2.317	2.190	2.370
	F.Urbanos	354	363	386	327	271	300	537	630	578	393	394	386
	F.Total	1.492	1.580	1.887	1.290	1.245	1.284	3.447	4.221	3.570	2.710	2.584	2.756
Santander	Préstamos	3.808,190	3.685,840	3.330,119	3.920,873	4.293,342	3.511,911	4.091,721	4.720,571	4.744,337	3.673,065	3.502,641	3.646,842
	Media	2.552	2.333	1.765	3.039	3.448	2.735	1.187	1.118	1.329	1.355	1.356	1.323
	F.Rústicos	2.628	3.412	1.344	2.705	3.739	2.778	3.270	3.368	2.843	1.983	1.967	2.136
	F.Urbanos	508	523	838	630	830	742	1.076	734	630	482	453	522
Segovia	F.Total	3.136	3.935	2.182	3.335	4.569	3.520	4.346	4.102	3.473	2.465	2.420	2.658
	Préstamos	5.671,103	6.464,394	6.418,964	5.842,672	7.817,350	8.196,202	7.822,388	5.393,349	8.507,920	5.052,059	11.432,235	4.616,738
	Media	1.808	1.643	2.942	1.752	1.711	2.328	1.800	1.315	2.450	2.050	4.724	1.737
	F.Rústicos	453	381	893	215	993	771	973	1.147	566	547	1.007	857
Soria	F.Urbanos	85	555	110	118	110	177	327	184	106	105	122	466
	F.Total	538	936	1.003	333	1.103	948	1.300	1.331	672	652	1.129	1.323
	Préstamos	1.276,533	1.995,690	1.159,750	838,845	1.954,556	1.267,029	2.229,575	1.110,153	1.388,936	2.649,127	1.676,091	2.544,738
	Media	2.373	2.132	1.156	2.519	1.772	1.337	1.715	834	2.067	4.063	1.485	1.923
Castilla La Vieja	F.Rústicos	828	340	429	891	810	434	1.456	905	1.689	1.304	910	1.112
	F.Urbanos	80	68	66	65	87	67	133	42	134	117	118	113
	F.Total	908	408	495	956	897	501	1.589	1.037	1.823	1.421	1.028	1.225
	Préstamos	782,105	453,192	555,328	579,542	1.226,614	379,121	1.201,323	670,255	1.115,097	1.326,395	1.924,574	712,601
Castilla La Vieja	Media	861	1.111	1.122	606	1.367	757	756	708	612	933	1.872	582
	F.Rústicos	7.830	9.009	7.556	9.926	12.119	8.310	15.303	19.443	13.831	12.516	12.506	12.194
	F.Urbanos	1.503	2.108	2.030	1.892	2.080	1.912	3.083	2.873	2.193	1.915	1.958	2.462
	F.Total	9.333	11.117	9.586	11.818	14.199	10.222	18.386	22.316	16.024	14.431	14.464	14.656
Castilla La Vieja	Préstamos	16.386,297	16.753,144	17.906,452	20.586,921	25.462,402	16.716,409	23.186,508	17.399,817	21.965,074	19.779,817	26.114,942	19.604,189
	Media	1.756	1.507	1.868	1.742	1.793	1.635	1.261	779	1.371	1.371	1.806	1.338

Hipotecas constituidas en España (1850-1861)

Fuente: Anuario Estadístico de España (1858, 1859-1860, 1862-1863)

(Nota: F. Total y Media son datos calculados. Préstamos y Media están expresados en reales de vellón)

PROVINCIA	CONCEPTO	1850	1851	1852	1853	1854	1855	1856	1857	1858	1859	1860	1861
Barcelona	F.Rústicos	2.742	3.460	2.933	2.707	3.792	2.575	2.619	1.888	1.530	1.409	1.355	1.209
	F.Urbanos	2.497	2.558	2.776	2.959	2.641	2.729	1.961	1.954	1.849	1.961	1.768	1.734
	F.Total	5.239	6.018	5.709	5.666	6.433	5.433	5.348	3.842	3.379	3.370	3.123	2.943
	Préstamos	60.062.731	52.765.908	58.175.089	62.143.355	44.433.464	62.473.293	65.575.354	51.970.403	52.664.255	663.386.628	59.990.356	64.295.047
Gerona	Media	11.465	8.768	10.190	10.968	6.907	11.499	12.262	13.527	15.586	19.699	19.209	21.847
	F.Rústicos	374	1.114	831	895	769	993	495	944	990	1.074	1.079	1.145
	F.Urbanos	709	539	458	386	406	435	827	396	412	428	446	163
	F.Total	1.083	1.653	1.289	1.281	1.175	1.428	1.322	1.340	1.402	1.502	1.525	1.308
Lérida	Préstamos	6.522.528	9.407.404	7.876.402	7.330.585	7.764.305	11.346.830	10.632.191	9.443.950	11.151.534	10.469.131	11.842.561	14.283.735
	Media	6.023	5.691	6.110	5.723	6.608	7.946	8.043	7.948	7.954	6.970	7.766	10.920
	F.Rústicos	2.327	2.311	2.120	3.701	5.608	5.729	5.631	716	839	1.065	1.351	1.290
	F.Urbanos	425	398	355	1.076	1.248	1.125	958	169	186	241	313	313
Tarragona	F.Total	2.752	2.709	2.475	4.777	6.856	6.854	6.589	885	1.025	1.306	1.664	1.603
	Préstamos	8.510.007	9.329.538	8.205.434	17.260.368	23.000.816	18.565.966	20.539.128	3.937.825	4.737.819	5.811.257	6.729.650	8.364.764
	Media	3.092	3.444	3.315	3.613	3.355	2.709	3.117	4.450	4.622	4.450	4.044	5.218
	F.Rústicos	688	680	1.226	1.123	1.092	1.959	2.395	772	728	1.142	1.260	1.153
Cataluña	F.Urbanos	459	565	706	714	1.113	751	833	516	511	653	771	648
	F.Total	1.147	1.245	1.932	1.837	2.205	2.710	3.228	1.288	1.239	1.795	2.031	1.801
	Préstamos	6.363.065	6.662.930	7.240.380	6.362.158	6.485.457	8.466.514	8.823.988	7.785.171	7.447.008	11.111.901	10.819.542	13.085.644
	Media	5.548	5.352	3.748	3.463	2.941	3.124	2.734	6.044	6.010	6.190	5.327	7.266
Badajoz	F.Rústicos	6.131	7.565	7.110	8.426	11.261	11.250	11.140	4.320	4.087	4.690	5.045	4.797
	F.Urbanos	4.090	4.060	4.295	5.135	5.408	5.169	5.347	3.035	2.958	3.283	3.298	2.858
	F.Total	10.221	11.625	11.405	13.561	16.669	16.425	16.487	7.355	7.045	7.973	8.343	7.655
	Préstamos	81.458.331	78.165.780	81.497.305	93.096.466	81.684.042	100.852.603	105.570.661	73.137.349	76.000.616	93.778.917	89.382.109	100.029.190
Lérida	Media	7.970	6.724	7.146	6.865	4.900	6.140	6.403	9.944	10.788	11.762	10.713	13.067
	F.Rústicos	877	744	1.038	1.156	795	951	1.771	2.284	1.440	1.797	1.842	2.126
	F.Urbanos	528	529	685	620	552	624	1.042	1.206	813	879	1.058	793
	F.Total	1.405	1.273	1.723	1.776	1.347	1.575	2.813	3.490	2.253	2.676	2.900	2.919
Lérida	Préstamos	8.070.286	6.148.777	8.649.580	7.445.959	5.863.896	9.187.082	9.832.327	11.319.953	10.572.283	14.507.325	11.490.809	19.567.970
	Media	5.744	4.830	5.020	4.193	4.353	5.833	3.495	3.244	4.693	5.421	3.962	6.704

Hipotecas constituidas en España (1850-1861)

Fuente: Anuario Estadístico de España (1858, 1859-1860, 1862-1863)

(Nota: F. Total y Media son datos calculados. Préstamos y Media están expresados en reales de vellón)

PROVINCIA	CONCEPTO	1850	1851	1852	1853	1854	1855	1856	1857	1858	1859	1860	1861
Cáceres	F.Rústicas	656	620	580	706	610	618	700	1.538	881	1.094	1.327	961
	F.Urbanas	386	335	368	522	391	363	415	1.068	516	511	535	437
	F.Total	1.042	955	948	1.228	1.001	981	1.115	2.606	1.397	1.605	1.862	1.398
	Préstamos	5.543.487	7.574.982	7.629.401	5.470.663	6.521.847	6.915.960	7.590.818	17.601.546	9.211.106	6.475.617	12.653.069	7.069.749
Extremadura	Media	5.320	7.932	8.048	4.455	6.515	7.050	6.808	6.754	6.593	4.035	6.785	5.057
	F.Rústicas	1.533	1.364	1.618	1.862	1.405	1.569	2.321	2.891	2.329	2.891	3.169	3.087
	F.Urbanas	914	864	1.053	1.142	943	987	1.457	2.274	1.329	1.390	1.593	1.230
	F.Total	2.447	2.228	2.671	3.004	2.348	2.556	3.928	6.096	3.650	4.281	4.762	4.317
Coruña	Préstamos	13.613.773	13.723.759	16.278.981	12.916.622	12.385.743	16.103.042	17.423.145	28.921.499	19.783.389	20.982.942	24.123.878	26.637.719
	Media	5.563	6.160	6.095	4.300	5.275	6.300	4.436	4.744	5.420	4.901	5.066	6.170
	F.Rústicas	3.445	3.742	5.068	4.150	5.841	6.132	5.435	3.570	3.786	4.044	3.521	3.382
	F.Urbanas	642	711	902	888	1.036	911	892	661	661	498	589	490
Lugo	F.Total	4.087	4.453	5.970	5.038	6.877	7.043	6.327	4.231	4.284	4.633	4.011	3.900
	Préstamos	5.199.790	6.309.637	6.537.532	5.801.633	24.852.726	6.564.917	6.322.875	6.862.411	4.791.910	6.619.480	4.271.318	4.281.550
	Media	1.272	1.417	1.095	1.152	3.614	932	999	1.622	1.622	1.119	1.429	1.098
	F.Rústicas	1.139	2.057	1.645	1.513	1.829	1.877	1.987	1.872	1.476	2.396	1.657	1.777
Orense	F.Urbanas	226	430	441	329	610	333	329	318	261	381	271	273
	F.Total	1.365	2.487	2.086	1.842	2.439	2.210	2.316	2.190	1.737	2.777	1.928	2.050
	Préstamos	2.307.364	3.099.433	3.576.226	6.149.061	2.521.170	2.934.679	2.651.128	3.218.505	1.730.082	3.135.455	2.422.839	2.585.892
	Media	1.690	1.246	1.714	3.338	1.034	1.328	1.145	1.470	996	1.129	1.257	1.261
Pontevedra	F.Rústicas	1.533	1.326	1.612	1.176	3.678	1.769	2.453	2.420	2.808	2.691	4.111	3.068
	F.Urbanas	218	228	225	189	956	312	403	385	383	417	511	403
	F.Total	1.571	1.554	1.837	1.365	4.634	2.081	2.805	2.805	3.191	3.108	4.622	3.471
	Préstamos	1.513.506	1.878.746	3.348.611	942.784	12.345.267	3.602.032	2.375.027	2.467.351	11.568.519	2.393.358	10.129.363	2.824.281
Media	Media	963	1.209	1.823	691	2.664	1.731	832	880	3.625	770	2.192	814
	F.Rústicas	3.128	2.757	3.787	3.063	3.919	4.080	3.980	1.708	2.597	4.284	3.814	3.441
	F.Urbanas	435	414	548	519	832	676	572	220	419	669	597	540
	F.Total	3.563	3.171	4.335	3.582	4.751	4.756	4.552	1.928	3.016	4.953	4.411	3.981
Media	Préstamos	3.417.386	3.673.536	4.653.190	7.014.547	4.855.206	5.534.407	3.928.068	1.697.888	2.431.201	4.610.558	3.050.367	3.727.308
	Media	959	1.158	1.073	1.958	1.022	1.164	863	881	806	931	692	936

Hipotecas constituidas en España (1850-1861)

Fuente: Anuario Estadístico de España (1858, 1859-1860, 1862-1863)

(Nota: F. Total y Media son datos calculados. Préstamos y Media están expresados en reales de vellón)

PROVINCIA	CONCEPTO	1850	1851	1852	1853	1854	1855	1856	1857	1858	1859	1860	1861
Galicia	F.Rústicos	9.065	9.882	12.112	9.902	15.267	13.858	13.855	9.570	10.667	13.415	13.103	11.668
	F.Urbanos	1.521	1.783	2.116	1.925	3.434	2.232	2.196	1.584	1.561	2.056	1.869	1.734
	F.Total	10.586	11.665	14.228	11.827	18.701	16.090	16.051	11.154	12.228	15.471	14.972	13.402
	Préstamos	12.438.046	14.961.352	18.115.559	19.908.025	44.574.909	18.636.035	15.277.098	14.246.355	20.521.712	16.758.851	19.873.887	13.419.031
León	Media	1.175	1.283	1.273	1.683	2.384	1.158	952	1.277	1.678	1.083	1.327	1.001
	F.Rústicos	1.585	2.151	1.648	1.758	2.031	1.753	2.404	3.120	2.369	2.859	2.499	2.647
	F.Urbanos	312	355	322	360	482	366	524	553	375	449	429	416
	F.Total	1.897	2.506	1.970	2.118	2.513	2.119	2.928	3.673	2.744	3.308	2.928	3.063
Palencia	Préstamos	2.752.404	9.670.710	1.807.944	3.956.372	7.463.092	3.218.798	3.317.570	3.665.345	2.783.855	3.734.285	2.918.616	4.861.457
	Media	1.451	3.859	918	1.868	2.970	1.519	1.133	998	1.015	1.129	997	1.587
	F.Rústicos	2.692	3.793	3.540	1.868	2.827	1.506	2.290	2.765	2.552	2.470	1.680	1.687
	F.Total	328	432	433	240	305	180	327	387	333	252	183	191
Salamanca	F.Total	3.020	4.225	3.973	2.108	3.132	1.686	2.617	3.152	2.885	2.722	1.863	1.878
	Préstamos	7.976.330	15.842.209	2.600.303	2.087.793	3.404.197	2.142.281	2.280.983	2.948.311	4.553.920	4.409.718	3.941.188	2.789.249
	Media	2.641	3.750	1.212	976	1.618	1.271	872	1.271	955	1.620	1.116	1.485
	F.Rústicos	1.085	1.423	826	826	1.618	1.422	2.320	2.475	2.530	2.066	4.039	2.981
Valladolid	F.Urbanos	314	412	376	322	614	460	684	692	563	491	528	483
	F.Total	1.399	1.835	1.588	1.148	2.232	1.882	3.004	3.167	3.093	2.557	4.567	3.464
	Préstamos	6.105.746	3.552.180	5.503.156	5.780.373	15.394.734	5.744.444	9.460.186	8.954.257	16.786.779	7.188.572	7.023.946	8.911.989
	Media	4.364	1.936	3.465	5.035	6.897	3.058	3.149	2.827	5.427	2.811	1.538	2.573
Zamora	F.Rústicos	2.266	3.720	4.785	4.654	3.991	4.219	5.064	5.064	5.755	4.586	4.494	3.390
	F.Urbanos	483	548	726	702	623	611	1.579	880	860	1.015	829	683
	F.Total	2.749	4.268	5.511	5.356	4.614	4.830	4.310	5.944	6.615	5.601	5.323	4.073
	Préstamos	6.646.297	5.061.814	10.626.010	10.752.937	15.846.473	11.534.978	6.098.652	6.548.496	10.031.346	11.985.882	7.233.119	7.007.921
Zamora	Media	2.418	1.186	1.928	2.008	3.434	2.388	1.415	1.102	1.516	2.140	1.359	1.721
	F.Rústicos	1.738	2.191	1.764	2.090	1.455	1.920	2.662	3.534	3.186	4.319	4.519	2.470
	F.Urbanos	378	441	497	497	354	451	542	542	632	694	587	587
	F.Total	2.116	2.694	2.205	2.587	1.809	2.327	3.113	4.076	3.731	4.951	5.213	3.057
Zamora	Préstamos	3.909.252	10.826.865	3.579.691	10.060.352	1.614.514	4.231.623	3.904.162	4.681.568	3.692.475	5.317.419	10.352.165	5.889.739
	Media	1.847	4.019	1.623	3.889	892	1.818	1.254	1.149	990	1.074	1.986	1.927

Hipotecas constituidas en España (1850-1861)

Fuente: Anuario Estadístico de España (1858, 1859-1860, 1862-1863)

(Nota: F. Total y Media son datos calculados. Préstamos y Media están expresados en reales de vellón)

PROVINCIA	CONCEPTO	1850	1851	1852	1853	1854	1855	1856	1857	1858	1859	1860	1861
León	F.Rústicos	9.366	13.278	12.949	11.196	11.922	10.820	12.407	16.958	16.392	16.300	17.231	13.175
	F.Urbanos	1.815	2.250	2.298	2.121	2.378	2.024	3.565	3.054	2.676	2.839	2.663	2.360
	F.Total	11.181	15.528	15.247	13.317	14.300	12.844	15.972	20.012	19.068	19.139	19.894	15.535
	Préstamos	27.390,029	44.953,778	24.117,104	32.607,827	43.723,010	26.882,124	25.061,553	26.797,977	37.848,375	32.635,876	31.469,034	29.460,335
Albacete	Media	2.450	2.895	1.582	2.449	3.058	2.093	1.569	1.339	1.985	1.705	1.582	1.896
	F.Rústicos	355	474	353	412	193	489	418	502	706	1.069	965	750
	F.Urbanos	135	135	129	129	49	165	198	172	238	315	297	198
	F.Total	470	609	483	541	242	654	616	674	944	1.384	1.262	948
Murcia	Préstamos	1.692,440	1.539,504	2.045,233	2.004,332	677,741	14.337,838	3.340,238	2.843,856	3.405,559	6.596,796	3.412,000	4.444,761
	Media	3.601	2.528	4.234	3.705	2.801	21.954	5.422	4.219	3.608	4.766	2.704	4.689
	F.Rústicos	890	696	607	459	702	701	513	753	1.047	1.048	1.506	1.600
	F.Urbanos	362	241	215	284	218	343	396	360	360	647	684	631
Murcia	F.Total	1.252	937	822	743	920	1.044	909	1.113	1.476	1.695	2.190	2.231
	Préstamos	6.345,106	6.192,441	6.506,336	4.561,758	5.819,505	6.786,716	6.953,923	9.597,819	10.217,047	13.407,909	10.909,572	11.791,773
	Media	5.068	6.609	7.915	6.140	6.326	6.501	7.650	8.623	6.922	7.910	4.982	5.285
	F.Rústicos	1.245	1.170	960	871	895	1.190	931	1.255	1.753	2.117	2.471	2.350
Alicante	F.Urbanos	477	376	345	413	267	508	594	532	667	962	981	829
	F.Total	1.722	1.546	1.305	1.284	1.162	1.698	1.525	1.787	2.420	3.079	3.452	3.179
	Préstamos	8.037,546	7.731,945	8.551,569	6.566,090	6.497,246	21.144,554	10.294,161	12.441,675	13.622,606	20.004,705	14.321,572	16.236,534
	Media	4.668	5.001	6.553	5.114	5.591	12.453	6.750	6.962	5.629	6.497	4.149	5.107
Castellón	F.Rústicos	1.325	897	812	682	792	882	1.036	1.515	1.361	1.735	1.936	1.958
	F.Urbanos	683	535	352	342	417	401	571	560	541	739	826	817
	F.Total	2.008	1.432	1.164	1.024	1.209	1.283	1.607	2.075	1.902	2.474	2.762	2.775
	Préstamos	13.137,885	9.005,441	8.742,093	9.657,238	8.572,624	9.618,355	13.604,266	14.244,326	13.709,083	13.592,333	14.139,066	13.881,969
Castellón	Media	6.543	6.289	7.510	9.431	7.091	7.497	8.466	6.865	7.708	5.494	5.119	5.003
	F.Rústicos	476	868	715	425	556	695	1.024	801	850	992	1.221	1.063
	F.Urbanos	204	243	194	140	211	249	455	297	371	386	437	391
	F.Total	680	1.111	909	565	767	944	1.479	1.098	1.221	1.378	1.658	1.454
Castellón	Préstamos	3.488,383	3.531,720	2.909,524	2.142,105	2.456,373	3.327,386	4.887,120	2.797,732	2.976,141	4.141,136	3.894,687	3.881,535
	Media	5.130	3.179	3.201	3.791	3.203	3.525	3.304	2.548	2.437	3.005	2.349	2.670

Hipotecas constituidas en España (1850-1861)

Fuente: Anuario Estadístico de España (1858, 1859-1860, 1862-1863)

(Nota: F. Total y Media son datos calculados. Préstamos y Media están expresados en reales de vellón)

PROVINCIA	CONCEPTO	1850	1851	1852	1853	1854	1855	1856	1857	1858	1859	1860	1861
Valencia	F.Rústicos	3.278	4.538	3.739	3.678	3.699	4.535	4.932	1.941	1.693	2.145	2.545	2.375
	F.Urbanos	1.395	1.624	1.547	1.328	1.298	1.648	1.994	1.039	941	1.276	1.411	1.546
	F.Total	4.673	6.162	5.286	5.006	4.997	6.183	6.926	2.980	2.634	3.421	3.956	3.921
	Préstamos	17.324.870	20.375.603	10.566.834	22.766.233	23.303.165	9.433.675	24.584.310	18.860.006	16.591.192	31.138.080	34.749.828	39.594.655
	Media	3.707	3.307	1.999	4.548	4.663	1.529	3.550	6.329	6.299	9.102	8.784	10.098
Valencia	F.Rústicos	5.079	6.303	5.266	4.785	5.047	6.112	6.992	4.257	3.904	4.872	5.702	5.396
	F.Urbanos	2.282	2.402	2.093	1.810	1.926	2.298	3.020	1.896	1.853	2.401	2.674	2.754
	F.Total	7.361	8.705	7.359	6.595	6.973	8.410	10.012	6.153	5.757	7.273	8.376	8.150
	Préstamos	33.951.138	32.912.764	22.218.451	34.565.576	34.332.162	22.399.416	43.075.696	35.902.064	33.276.416	48.871.549	52.783.581	57.358.159
	Media	4.612	3.781	3.019	5.241	4.924	2.663	4.302	5.835	5.780	6.720	6.302	7.038
España	F.Rústicos	63.286	71.610	73.583	68.536	80.842	73.679	88.719	84.989	78.923	83.651	90.824	84.533
	F.Urbanos	22.262	24.110	24.440	23.260	26.066	24.138	28.994	24.250	22.186	24.903	25.639	25.118
	F.Total	85.548	95.720	98.023	91.796	106.908	97.817	117.713	109.239	101.109	108.554	116.463	109.651
	Préstamos	372.047.911	418.818.587	379.706.466	423.545.789	439.996.847	444.658.303	481.937.192	407.240.374	461.471.913	492.017.181	535.408.486	548.672.419
	Media	4.349	4.375	3.874	4.614	4.116	4.546	4.094	3.728	4.564	4.532	4.597	5.004

III. EL PROBLEMA: LA NECESIDAD DE LA REFORMA HIPOTECARIA

III.1. El diagnóstico del problema: los inconvenientes legales y la necesidad de la reforma hipotecaria

A mediados del siglo XIX y según mostró Pascual, la burguesía catalana era consciente que, para satisfacer la demanda de abastos que iba a generar el proceso de industrialización, era necesario desarrollar la agricultura en sentido capitalista y, para facilitar la creación de un área de cultivo intensivo que procurara alimentos baratos y abundantes, se invirtió gran cantidad de capital en infraestructuras: la construcción del canal de Urgel y de ferrocarriles (sobre todo, la línea férrea que, de Barcelona a Zaragoza, debía atravesar la zona regada por dicho canal y que sería útil para el transporte y comercialización de la producción)⁵⁹.

Esta decisión de invertir en infraestructuras resulta interesante y significativa en un doble sentido: en primer lugar, porque muestra el claro desinterés del capital en invertir en la agricultura porque, con una agricultura que aún era básicamente orgánica, le repelían sus bajos rendimientos y los altos precios de la tierra⁶⁰ y, en segundo lugar, porque el capital prefería otras inversiones más atractivas como la tradicional opción de los empréstitos estatales (deuda pública que el Gobierno se encargaba de subvencionar) o la novedosa opción de la industria que ofrecía no sólo rendimientos crecidos y a corto plazo sino también facilidades para invertir mediante títulos de ágil negociación (acciones y obligaciones)⁶¹.

Ciertamente, la agricultura no podía competir de ningún modo con la industria y la deuda pública en el mercado de capitales y, si —como más arriba decíamos— la captación de capital externo era imprescindible para introducir las mejoras necesarias para adaptar la agricultura al capitalismo, la realidad cotidiana mostraba todo lo contrario: el capital huía del campo⁶². No sólo porque el capital no estaba dispuesto a proporcionar crédito en las con-

⁵⁹ PASCUAL, *Agricultura i industrialització a la Catalunya ...*, 107-108.

⁶⁰ Enric TELLO, “La transformació del crèdit hipotecari rural, entre els mercats del diner i de la terra (1790-1936)”, in Ramon GARRABOU (coord.), *Història agrària dels Països Catalans. IV. Segles XIX-XX* (Barcelona: Fundació Catalana per a la Recerca i la Innovació et alii, 2006), 325-250, esp. 339.

⁶¹ PASCUAL, *Agricultura i industrialització a la Catalunya ...*, 94-95.

⁶² Este desinterés del capital respecto a la agricultura es un fenómeno de alcance europeo. Aunque circunscrita a los Estados alemanes, para una visión circunstanciada de las diferentes oportunidades de inversión existentes, vid. Ernst Immanuel BEKKER, *Die Reform des Hypothekenwesens als Aufgabe des norddeutschen Bundes* (Berlin: Druck und Verlag von Georg Reimer, 1867), 1-22 <<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/mfer-cgi/kleioc/0010MFER/exec/books/%22104785%22>>.

diciones que la agricultura necesitaba (a largo plazo e interés módico) sino porque, además y por una razón de carácter general, recelaba de la solidez de la garantía hipotecaria que ésta pudiera eventualmente ofrecer: a causa de la deficiente regulación hipotecaria vigente, el préstamo hipotecario era arriesgado, peligroso e inseguro.

Pero este aciago panorama no nubló la razón de algunos avispados comerciantes que eran conscientes de que, con las condiciones jurídicas adecuadas, invertir en la propiedad agraria podía ser un provechoso negocio tanto para quien tuviera oportunidad de establecerlo como para la sociedad en su conjunto. En este sentido, debe reseñarse una iniciativa catalana que, en 1865, publicó un interesante y concienzudo estudio que, desde una perspectiva económica, examinaba los distintos sistemas de crédito territorial existentes en Europa y los resultados generados. Antes de su publicación, la obra fue remitida al Ministro de Estado Manuel Bermúdez de Castro que, muy educadamente, agradeció el envío. Como cabía esperar, tal agradecimiento apareció como frontispicio de la obra. Sus autores fueron Antonio Mola y Tomás Bosch que eran, respectivamente, el Director general y el Secretario general de la Sociedad en comandita *Banco Hipotecario de Cataluña* que, previa autorización gubernativa, esperaban convertir en anónima bajo la denominación de *Banco Hipotecario y Agrícola de Cataluña*. Para apreciar el calado del estudio, sólo es necesario citar los Estados cuyos sistemas de crédito territorial se examinaban: Reino de Prusia, Ciudades libres de Alemania, Reino de Dinamarca, Reino de Hannover, Reino de Noruega, Imperio de Rusia, Gran Ducado de Mecklemburgo-Schwerin, Gran Ducado de Mecklemburgo-Strelitz, Reino de Wurtemberg, Principado de Hesse-Electoral, Gran Ducado de Hesse-Darmstadt, Reino de Baviera, Reino de Bélgica, Suiza, Ducado de Nassau, Austria, Reino de Sajonia, Imperio francés y Gran Bretaña. Los abundantes datos estadísticos que pueblan las páginas de la obra se recabaron de los respectivos embajadores y, por haber concedido plena libertad a los informantes, es patente cierta heterogeneidad y disparidad en los datos coleccionados⁶³. En el último capítulo de la obra, se aborda el estudio de la riqueza inmueble en España con el claro objetivo de mostrar el apetitoso volumen del mercado hipotecario existente y el descuidado estado en que se encontraba. En su análisis, destacan dos datos: la tasa de interés que comúnmente se aplicaba era el 6% y, en aquel momento y según calculaban los expertos en la materia, la deuda hipotecaria española ascendía a 12.000.000.000 de reales de vellón y no cesaba de aumentar y, para demos-

⁶³ El estudio de economía comparada abarca 344 de las 360 páginas del libro, *vid.* Antonio MOLA et Tomás BOSCH, *Estudios sobre crédito territorial* (Barcelona: Establecimiento tipográfico de Narciso Ramírez y Rialp, 1865).

trarlo, traían a colación los datos estadísticos de una fuente gubernamental que, quizás por ser muy conocida y accesible, evitaban citar: el *Anuario Estadístico de España*⁶⁴. Pero, por su claridad y acierto, descuella del conjunto de la obra su diagnóstico de la situación existente:

“El abandono en que hasta ahora habían estado la propiedad agrícola y urbana en España, la incuria con que algunos hacendados han visto el aniquilamiento de sus patrimonios, entregados en brazos de la indolencia unos, y abatidos por la falta de medios con que atender a las necesidades de un cultivo esmerado que multiplicara la producción otros, el sistema de préstamos que por regla general se ha observado en el país, en los cuales rara vez el interés está en proporción con la renta líquida de las fincas hipotecadas, las notorias exigencias del capital, reducido por la exageración de los premios que han ofrecido la industria y el Comercio, mientras que han estado retraídos para la propiedad por el descrédito de la misma a causa de su estado poco floreciente, de los inconvenientes que presentaba su garantía, y la dificultad en la realización de los préstamos, cuyo plazo comúnmente es de un año, debían haber sido objeto de consideración muy especial por parte de los gobiernos, que desoyendo la iniciativa de los particulares, han dejado transcurrir con la indiferencia más inexcusable, un tiempo que podía haber contribuido a mejorar la condición de nuestra riqueza inmueble”⁶⁵.

Según Mola y Bosch, hasta entonces (es decir, hasta antes de la promulgación en 1861 de la *Ley Hipotecaria*) la situación del crédito territorial estaba marcada no sólo por el retraimiento causado por los ya citados bajos rendimientos económicos sino también por los inconvenientes y las dificultades que, para los préstamos hipotecarios, planteaba la deficiente regulación hipotecaria vigente. Así, pues, su diagnóstico del problema era claro: la propiedad inmueble no sólo era una riqueza económicamente inmóvil sino que, para movilizarla, era necesario emprender lo que cabe identificar como reforma hipotecaria ya que el instrumento jurídico escogido para lograrlo era la hipoteca.

III.2. La situación de la legislación hipotecaria española a mediados del siglo XIX

Si bien es cierto que una remisión a la obra de Serna⁶⁶ podría habernos ahorrado este capítulo, nos ha parecido que debíamos abordar directamente

⁶⁴ MOLA et BOSCH, *Estudios sobre crédito territorial* ..., 344-360, esp. 346.

⁶⁵ MOLA et BOSCH, *Estudios sobre crédito territorial* ..., 347 [hemos modernizado el uso de las tildes].

⁶⁶ Para la visión de Serna del régimen hipotecario español a principios del siglo XIX, *vid.* SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho* ..., 313-323.

la cuestión por un doble motivo: para centrar nuestra exposición en las dificultades concretas que la legislación hipotecaria vigente en España a mediados de siglo XIX planteaba a la implantación y desarrollo del crédito territorial y, por otro lado, era oportuno y también necesario para dar a conocer la tan circunstanciada como vívida visión que, de esta coyuntura histórica, tenían quienes —desde Cataluña— luchaban por subsanar estos obstáculos jurídicos.

Aunque inmediatamente abordaremos las características específicas de la situación española, es necesario recordar que el problema subyacente que exigió la llamada reforma hipotecaria era un fenómeno común y de alcance europeo. Básicamente, el problema radicaba en que, en las condiciones jurídicas existentes, el inversor no tenía forma de conocer ni las relaciones jurídicas que afectaban a la finca ni al propietario a quien quería prestar y, por lo tanto, los riesgos eran evidentes: ni podía conocer los gravámenes impuestos al inmueble ni siquiera tenía la certeza de estar tratando con el auténtico propietario. En conjunto, el derecho hipotecario existente no ofrecía al inversor ninguna seguridad que le protegiera frente a las desagradables sorpresas derivadas de la llamada clandestinidad hipotecaria. Salvando las diferencias que se introdujeron en algunos derechos propios durante el siglo XVIII⁶⁷, el substrato jurídico europeo representado por el Derecho común estaba dominado por dicha clandestinidad hipotecaria: aunque había normas sobre publicidad inmobiliaria, éstas se incumplían lo que redundaba en la proliferación de hipotecas ocultas y, por otra parte pero en la misma dirección, la abundancia de hipotecas generales comportaba que, por su propia naturaleza jurídica, la existencia de dichos gravámenes quedara secreta. Para apreciar la verdadera dimensión del problema, basta un simple vistazo al régimen existente: en primer lugar, era posible constituir hipotecas convencionales y transmitir inmuebles sin sujetarse a ninguna forma que diera a conocer las relaciones jurídicas establecidas a terceros; en segundo lugar, el principio general según el cual el rango de una hipoteca estaba determinado por la fecha de su constitución estaba plagado de excepciones concedidas a determinadas hipotecas legales privilegiadas; en tercer lugar, se admitían las hipotecas generales que, en lugar de estar limitadas a una determinada cantidad, afectaban a todo el patrimonio presente y futuro de una persona y, en cuarto lugar, la hipoteca era accesorio, se extinguía con el crédito y entonces mejoraban su rango las hipotecas posteriores⁶⁸. Ante esta configuración, salta a la

⁶⁷ Sobre estas reformas del siglo XVIII, *vid.* Helmut COING, *Derecho privado europeo. I. Derecho común más antiguo (1500-1800). Traducción y apostillas por Antonio Pérez Martín* (Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996 [orig. 1985]), § 67, 426-431.

⁶⁸ Sobre la regulación hipotecaria en el Derecho común, *vid.* COING, *Derecho privado europeo. I. Derecho común ...*, §§ 62-66, 405-425.

vista que el mayor problema radicaba en la extraordinaria opacidad del orden de prelación de los derechos hipotecarios ya que, en la práctica, sólo la ejecución de la hipoteca revelaba a los participantes cuáles eran realmente las cargas que pesaban sobre el inmueble.

En estas condiciones y salvando las resistencias de quienes temían que la movilización de la riqueza inmueble desembocara en la especulación y el endeudamiento, se fue abriendo camino la necesidad de efectuar la ya mencionada reforma de la legislación hipotecaria en tres direcciones: primero, implantar unas bases nuevas, claras y seguras para hipotecar inmuebles; segundo, posibilitar títulos hipotecarios negociables que facilitaran el acceso de la propiedad inmueble al mercado de capitales y, tercero, crear instituciones que ejercieran de intermediarios entre capitalistas y terratenientes ⁶⁹.

Así, pues, la reforma hipotecaria se planteó como la necesidad de introducir un nuevo derecho hipotecario o, si se prefiere, realizar una revisión general del derecho hipotecario existente en base a nuevas bases jurídicas que, tradicionalmente, se han identificado con los principios de publicidad, especialidad y prioridad. A nivel global, los principios de publicidad y especialidad se forjaron como clara y frontalmente opuestos al planteamiento del derecho hipotecario anterior caracterizado —como ya hemos dicho— por la presencia de hipotecas ocultas y generales ⁷⁰. El principio de publicidad planteaba la necesidad de dar a conocer a terceros las relaciones jurídicas que afectaban a un determinado inmueble mediante su inscripción en unos registros públicos. Se habla entonces de publicidad formal para distinguirla de la publicidad material, que se identificaría con la eficacia jurídica del acceso de los derechos al registro ⁷¹. Por su parte, el principio de especialidad significa-

⁶⁹ Tomando las propuestas francesas de reforma hipotecaria como un ejemplo de valor general, sobre la primera cuestión, *vid.* [Henri] de VATIMESNIL, *Réforme hypothécaire. Rapport fait par M. au nom de la Commission chargée d'examiner la Proposition de M. Pougeard et le Projet de loi présenté par le Gouvernement sur les privilèges et hypothèques* (Paris: Imprimerie de E. Brière, 1850); sobre la segunda y tercera cuestiones, *vid.* Louis WOLOWSKI, “De la réforme hypothécaire”, *Journal des économistes*, 116 (15.noviembre.1850), 305-323 <<http://gallica.bnf.fr>> y, sobre todo, Louis WOLOWSKI, “Crédit foncier”, in Charles COQUELIN et Charles GUILLAUMIN (eds.), *Dictionnaire de l'Économie politique. Publié sous la direction de ...* (Paris: Librairie de Guillaumin et Cie., 1852), I, 497a-508b, esp. 501a <<http://gallica.bnf.fr>>.

⁷⁰ Para esta contraposición, *vid.* [Fortuné] ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises* (Paris: Videcoq fils aîné libraire-éditeur, 1847), VI-VII: “Les hypothèques n'en restèrent pas moins *ocultes* et *générales*. Il fallut, en 1789, une grande révolution dans les choses, dans les hommes et dans les moeurs, pour amener un changement. C'est alors que parut la loi hypothécaire du 9 messidor an III (27 juin 1795), qui proclamait les principes de la publicité et de la spécialité, mais elle ne put recevoir son exécution à cause des vices nombreux qu'elle renfermait, notamment parce que poussant trop loin le principe de la *mobilisation du sol* elle permettait de créer *des cédules hypothécaires*.” [La cursiva es del autor].

⁷¹ Sobre el principio de publicidad, *vid.* Jerónimo GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Principios hipotecarios* (Madrid: Imprenta Sáez hermanos, 1931), 143-186.

ba que, en el nuevo derecho hipotecario, sólo se podrían constituir hipotecas sobre bienes inmuebles presentes, concretos y determinados⁷². Y, finalmente, según el principio de prioridad, el título que primero ingresa en el registro tiene eficacia —según los casos— excluyente o preferente sobre el título que no ha ingresado o lo ha hecho después y, en relación con esta eficacia preferente, se encuentra el rango hipotecario en tanto que cualidad del derecho real que representa un valor jurídico y económico respecto a otros derechos que recaen sobre el mismo inmueble y, por lo tanto, se abre la posibilidad de negociarlo mediante las figuras de la permuta, posposición y reserva⁷³.

Aunque con la inestimable ayuda de un pionero del derecho comparado como Anthoine de Saint-Joseph sería posible documentar *in extenso* el alcance europeo de estos principios, en esta ocasión será suficiente la inspección de dos botones de muestra que, por la claridad y calidad contrastadas de sus preceptos, nos mostraran su articulación y coherencia interna en derechos hipotecarios que ya habían sido reformados y cuya regulación facilitaba el boyante desarrollo de modélicas instituciones de crédito territorial⁷⁴: *Hypothekengesetz für das Königreich Bayern* (1822) y *Pfandgesetz für das Königreich Württemberg* (1825)⁷⁵. Para facilitar la exposición, en la siguiente

⁷² Sobre el principio de especialidad, *vid.* GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Principios hipotecarios* ..., 253-264.

⁷³ Sobre el principio de prioridad, *vid.* GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Principios hipotecarios*..., 289-313.

⁷⁴ Sobre estas instituciones de crédito territorial y para el fundamento de nuestra aserción, *vid.* Charles-Édouard ROYER, *Des institutions de crédit foncier en Allemagne et en Belgique* (Paris: Imprimerie royale, 1845), 58-148 (*Württembergischer Kreditverein*) y 149-197 (*Bayerische Hypotheken und Wechselbank*).

⁷⁵ En la denominación de estas leyes, hemos utilizado los títulos de su publicación: *Hypothekengesetz für das Königreich Bayern* (München: Franz, 1848) y *Das Pfandgesetz für das Königreich Württemberg* (Stuttgart: Mäntler, 1825). Para la traducción francesa del texto de estas normas, *vid.* respectivamente “Bavière. Du droit des hypothèques. Lois du 1^{er} juin 1822” y “Wurtemberg. Loi sur les hypothèques du 15 avril 1825” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires* ..., 8-17 y 304-317. Para una primera aproximación a las mismas, *vid.* Pierre ODIER, *Des systèmes hypothécaires (Suivi du Projet de loi sur les droits réels présenté au Conseil représentatif de Genève le 21 décembre 1827)* (Genève-Paris: Ab. Cherbuliez et Cie. libraire-Joubert libraire, 1840), 35-36 y 36-38 <<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22178996%22>>; Heinrich Anton MASCHER, *Das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen von ...*, (Berlin: Verlag von Fr. Kortkamp, 1869), 408-424 y 424-435 <<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22169971%22>> y, en especial, sobre la ley bávara, *vid.* Michael STOLLEIS, “Das bayerische Hypothekengesetz von 1822”, in Helmut COING et Walter WILHELM (eds.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert. III. Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits. Herausgegeben von...*, (Frankfurt-am-Main: Vittorio Klostermann, 1976), 240-272 y, gracias al concurso de los medios digitales, hoy en día es accesible el extenso comentario y que, además, debe considerarse como interpretación auténtica ya que fue escrito por el propio redactor de la ley Nikolaus Thaddäus von GÖNNER, *Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern. Durchgesehen, bevorwortet und mit Nachträgen versehen von Eduard GRAF* (München: C.A. Fleischmann's Buchhandlung, 1868² [orig. 1823-1824]) (primera y segunda edición en: <<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de>> y sólo la segunda en: <<http://mdz1.bib-bvb.de>>).

tabla recogemos y agrupamos comparativamente los preceptos más significativos de ambas leyes.

Los principios hipotecarios en las leyes de Baviera (1822) y Württemberg (1825)

PRINCIPIOS	BAVIERA	WÜRTTEMBERG
Publicidad formal: inscripción constitutiva	Art. 24 ⁷⁶ y 21 ⁷⁷	Art. 61-64 ⁷⁸ y 2 ⁷⁹
Publicidad material: fe pública registral e inoponibilidad de lo no inscrito	Art. 25-26 ⁸⁰	Art. 74, 75 y 81 ⁸¹

⁷⁶ “Bavière. Du droit des hypothèques. Lois du 1^{er} juin 1822” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 10: “Art. 24. Toute propriétaire d’un immeuble, tout créancier inscrit sur cet immeuble et tout intéressé qui justifie de titres, peuvent demander communication des registres pour ce qui concerne leur intérêt, et ils ont le droit de s’en faire délivrer une copie légalisée. Tout autre individu ne peut demander cette communication que s’il y est autorisé par le propriétaire (2196, C. fr., *diff.*).”.

⁷⁷ “Bavière. Du droit des hypothèques. Lois du 1^{er} juin 1822” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 10: “Art. 21. L’hypothèque, comme droit réel, s’acquiert par l’inscription formelle sur les registres publics, tenus sous la foi de l’autorité, et seulement du moment de cette inscription, sans distinction si le titre est légal (art. 12) ou conventionnel (art. 13) (2134, C. fr.). Toutefois, aucune hypothèque ne peut être inscrite sans que le propriétaire de la chose n’ait été préalablement averti. (2135, C. fr., *diff.*).”.

⁷⁸ “Wurtemberg. Loi sur les hypothèques du 15 avril 1825” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 308: “Art. 61. Le registre d’hypothèques est public à l’égard de tous ceux dont il garantit les droits et les intérêts; il leur est permis de le consulter, en présence d’un membre du conseil ou du greffier, toutes les fois que l’on justifie de l’opportunité et de l’intérêt de ses recherches (2196, C. fr. *diff.*); Art. 62. On peut de la même manière prendre connaissance de tous les livres qui lui servent de base, notamment du livre des biens-fonds et de celui des contrats.; Art. 63. On peut demander des extraits légalisés de ces livres, en établissant son intérêt (*Ibid.*); Art. 64. La sécurité de celui qui obtient une garantie hypothécaire et la sûreté du commerce garantie par des valeurs hypothécaires, reposent sur la publicité des hypothèques.”.

⁷⁹ “Wurtemberg. Loi sur les hypothèques du 15 avril 1825” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 304: “Art. 2. Une hypothèque ne peut être légalement constituée qu’avec l’autorisation du magistrat et par une inscription judiciaire sur le livre des hypothèques.”.

⁸⁰ “Bavière. Du droit des hypothèques. Lois du 1^{er} juin 1822” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 10: “Art. 25. Il résulte de cette publicité des registres que tout ce qu’on a fait sur la foi des inscriptions et sans fraude, doit produire en droit et hypothécairement tous les effets conformes à ces inscriptions. Personne ne peut se prévaloir de l’ignorance de ce qui est contenu sur les registres. Celui qui se croit lésé n’a qu’un droit personnel de demande en dommages-intérêts contre qui de droit.”; “Art. 26. Conformément à ces dispositions (art. 25): 1.º une créance peut être valablement inscrite sur un immeuble, quoique le débiteur inscrit sur les registres comme propriétaire l’ait vendu ou aliéné; dans ce cas, le nouveau propriétaire qui a négligé de faire inscrire son titre de possession, doit reconnaître cette hypothèque et n’a son recours que contre le débiteur. 2.º les hypothèques inscrites sont valables contre tout propriétaire subséquent, lors même qu’il aurait évincé celui qui a constitué l’hypothèque et aurait formé sa demande avant l’inscription. 3.º on ne peut pas demander l’inscription contre un nouveau

Los principios hipotecarios en las leyes de Baviera (1822) y Württemberg (1825)

PRINCIPIOS	BAVIERA	WÜRTTEMBERG
Especialidad	Art. 11 ⁸² , 22 ⁸³ y 129 ⁸⁴	Art. 10 ⁸⁵ y 187 ⁸⁶

propriétaire inscrit en cette qualité, en vertu d'un titre exécutoire contre le propriétaire antérieur. 4.º les exceptions contre la validité d'une dette couverte par l'inscription, ne peuvent pas être produites par le débiteur contre des subrogés-acquéreurs de bonne foi et à titre onéreux de la créance hypothécaire, à moins que sa protestation contre la validité de la dette ne soit consignée sur le registre. 5.º cette disposition est également applicable à l'exception de la compensation et du paiement. 6.º le cessionnaire s'expose au même danger s'il n'a point fait inscrire sa cession sur les registres.”

⁸¹ “Wurtemberg. Loi sur les hypothèques du 15 avril 1825” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 308: “Art. 74. Un tiers muni sur un objet hypothéqué d'un droit, qu'il n'a pas fait valoir avant l'inscription, ne peut plus l'opposer au créancier inscrit.”; “Art. 75. Celui qui a un droit à exercer sur une propriété, doit le faire prénoter sur les livres publics, pour éviter l'effet d'une inscription hypothécaire (art. 160).”; 309: “Art. 81. Le titre hypothécaire qui n'est pas prénoté ne peut porter aucun préjudice aux créanciers hypothécaires et au nouvel acquéreur inscrits; l'exception portée à l'article 89 n'est pas applicable dans ce cas.”

⁸² “Bavière. Du droit des hypothèques. Lois du 1^{er} juin 1822” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 9: “Art. 11. Le droit d'acquérir l'hypothèque s'étend sur toute la fortune immobilière du débiteur, à moins qu'il ne soit limité par la loi ou par une convention (2129, C. fr., diff.). Cependant le débiteur peut demander que l'hypothèque légale ne soit inscrite que sur une partie de ses biens, dont la valeur serait d'un tiers au-dessus de la créance (2143-2161, C. fr.). L'inscription n'a lieu que lorsque la somme est déterminée et les immeubles spécialement désignés (2129-2132, C. fr.).”

⁸³ “Bavière. Du droit des hypothèques. Lois du 1^{er} juin 1822” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 10: “Art. 22. Pour produire les effets indiqués aux art. 25 et 26, il faut inscrire: 1.º la chose ou le droit réel sur lequel doit reposer l'hypothèque; 2.º les modifications subies par la propriété comme partage, cens, fidéicommis, etc.; 3.º les accessoires attachés à l'immeuble par la loi ou par déclaration de volonté; 4.º les changements dans les parties et accessoires conformément aux art. 35 à 38; 5.º les dîmes, cens, etc., dont l'immeuble est chargé; mais l'inscription des servitudes réelles n'est point nécessaire; 6.º le nom du propriétaire de la chose, son titre de possession et les changements survenus dans leurs qualités; 7.º les faits et droits limitatifs de la libre disposition du possesseur, par exemple: la substitution fidéicommissaire, l'usufruit, l'interdiction de vente, etc.; 8.º le montant de la créance et le taux des intérêts, ainsi que le nom du créancier et tous les changements qui y sont relatifs (2148, C. fr.).”

⁸⁴ “Bavière. Du droit des hypothèques. Lois du 1^{er} juin 1822” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 15-16: “Art. 129. Les livres contiennent trois indications principales: 1.º La chose sur laquelle frappent les inscriptions et ses charges; 2.º Le nom du propriétaire, et son titre de possession, ainsi que les exceptions ou limites du droit de propriété, s'il en existe; 3.º L'hypothèque, les subrogations qui en sont consenties, et les extinctions. *Add.* 1. La chambre hypothécaire ne répond pas toutefois de l'exactitude de l'estimation d'une propriété faite et inscrite sur la demande des parties.”

⁸⁵ “Wurtemberg. Loi sur les hypothèques du 15 avril 1825” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 305: “Art. 10. L'hypothèque ne peut être consentie que sur des objets positivement et spécialement désignés. Jamais la fortune présente et future d'un débiteur (hypothèque générale) ne peut être engagée; mais séparément on peut hypothéquer tous les immeubles et les droits immobiliers qui, lors de la constitution hypothécaire, composent la fortune du débiteur (2129, C. fr.).”

⁸⁶ “Wurtemberg. Loi sur les hypothèques du 15 avril 1825” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 313: “Art. 187. L'inscription devra contenir:

Los principios hipotecarios en las leyes de Baviera (1822) y Württemberg (1825)

PRINCIPIOS	BAVIERA	WÜRTTEMBERG
Prioridad: rango hipotecario negociable	Art. 23 ⁸⁷ y 59-65 ⁸⁸	Art. 96 ⁸⁹ y 104 ⁹⁰

1.º Les nom et prénoms, l'état, la profession, le domicile et les conventions matrimoniales de celui qui fait l'engagement; 2.º Le nom, l'état et le domicile du créancier; 3.º La désignation de l'objet que l'on veut engager; 4.º La cause de la créance et si elle porte intérêts ou non; 5.º La somme à garantir et sa fixation; 6.º La date de l'engagement. Cette inscription sera signée par les membres de l'autorité hypothécaire.”

⁸⁷ “Bavière. Du droit des hypothèques. Lois du 1^{er} juin 1822” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 10: “Art. 23. A chaque inscription on indique le jour, le mois et l'année. Toutes les hypothèques inscrites le même jour ont le même rang, à moins que l'une d'elles n'ait un rang plus favorable accordé d'avance par convention expresse (2147 C. fr.). Si les demandes en inscription sont si nombreuses que la chambre hypothécaire ne puisse suffire à leur insertion dans le même journée, elles sont provisoirement portées sur un protocole *ad hoc* pour prendre date.”

⁸⁸ “Bavière. Du droit des hypothèques. Lois du 1^{er} juin 1822” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 13: “Art. 59. L'ordre entre les créanciers est réglé uniquement par les dates de l'inscription (2166 C. fr.). Art. 60. Les créances inscrites à la même date (art. 23) sont payées par concurrence (2147 C. fr.). Art. 61. Cet ordre a lieu tant entre les créanciers ordinaires qu'entre les créanciers hypothécaires, quoiqu'un créancier d'une date postérieure ait été plus diligent à actionner le débiteur. Art. 62. Un créancier peut céder son droit de priorité à un autre créancier hypothécaire d'une date postérieure, sans préjudicier à son droit hypothécaire, sauf les droits des autres créanciers inscrits. Art. 63. Un créancier n'a le droit d'en payer un autre que lorsque le débiteur y consent, ou que lorsque le créancier subrogé a intenté une action judiciaire pour faire valider son titre (1251, n^o 2, C. fr. *diff.*). Dans ce cas, il doit payer les intérêts jusqu'au jour de l'échéance de l'obligation, ou les déposer en justice si le créancier refuse d'accepter le paiement. Art. 64. Lorsque sur la demande d'un créancier hypothécaire, et conformément aux lois de procédure, la vente aux enchères de l'immeuble a été ordonnée, ni les derniers créanciers, ni le débiteur ne peuvent empêcher l'adjudication, si le prix d'acquisition offert est au moins égal au prix de l'estimation judiciaire; tout ayant-droit peut demander des secondes et même des troisièmes enchères, si le prix d'estimation n'est pas atteint; mais alors l'adjudication, quel que soit son prix, est définitive. Tout créancier qui, par suite de cette adjudication serait exposé à une perte, peut prendre l'immeuble au prix le plus élevé des offres, en déclarant au tribunal son intention, dans les huit jours à dater des enchères, et en justifiant de ses moyens de paiement. Le jour des enchères doit être notifié aux créanciers ou à leurs mandataires (2185 C. fr. *diff.*; et 695, C. de pr. fr.). Le créancier en date plus récente a le droit de retrait sur l'immeuble, de préférence aux créanciers antérieurs, pourvu qu'il les désintéresse entièrement. Lorsque le débiteur prouve que le revenu net d'une année de l'immeuble grevé suffit au paiement du capital, des intérêts et des frais, s'il offre d'abandonner ces revenus au créancier qui a demandé son remboursement, le tribunal inscrit sa déclaration; mais les poursuites sont reprises dès que ces revenus sont frappés d'oppositions (2212 C. fr. *diff.*). Art. 65. Les créanciers hypothécaires qui ne sont pas payés intégralement sur le prix de la vente, pour le principal, intérêts et frais, conservent leurs droits, pour la partie non payée, sur les autres biens du débiteur.”

⁸⁹ “Wurtemberg. Loi sur les hypothèques du 15 avril 1825” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 309: “Art. 96. La date de l'inscription ou de la prénotation légalisée, fixe l'ordre dans lequel, en cas de concours, chaque créancier doit être payé sur le prix (2134 C. fr.).”

⁹⁰ “Wurtemberg. Loi sur les hypothèques du 15 avril 1825” in ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les lois hypothécaires ...*, 310: “Art. 104. On peut céder son droit de priorité, sans perdre son droit hypothécaire, et en prenant la place du créancier permutant (art. 82).”

A la vista de estos preceptos, se puede delimitar el siguiente panorama:

a) Como es sabido, la característica distintiva de los derechos reales es su eficacia *erga omnes* y, en la medida que esta misma eficacia exige que cualquier interesado pueda conocer el contenido, duración y particularidades de estos derechos, la publicidad registral es el instrumento técnico que permite alcanzar este conocimiento público a través de la inscripción (art. 24 Baviera; art. 61-64 Württemberg). La publicidad formal puede asumir diferentes grados según el sistema jurídico. Estos son dos ejemplos paradigmáticos de sistema hipotecario germánico en que la inscripción es constitutiva, de manera que para que exista el derecho en cuestión es necesario su ingreso en el registro (art. 21 Baviera; art. 2 Württemberg). No cabe duda de que, si la existencia misma de los derechos depende de su inscripción, la publicidad y la certidumbre obtenidas son completas y se hallan plena y generalmente aseguradas.

b) Si la certeza garantizada por la publicidad se combina con la especialidad, el sistema queda completamente reforzado ya que, en sí misma, la especialidad aporta claridad al registro (art. 11 Baviera; art. 10 Württemberg): sólo acceden al registro y constan inscritas situaciones jurídicas concretas y perfectamente determinadas respecto al conjunto formado por finca, titular, derecho real y acto jurídico correspondientes (art. 129 Baviera; art. 187 Württemberg). Para incorporar la especialidad en el registro, se emplea el llamado sistema de folios reales que consiste en tomar el inmueble como el punto de referencia concreto y determinado sobre el que gravitan y se inscriben los derechos.

c) Además, la publicidad registral está compuesta no sólo por la ya enunciada publicidad formal (conocimiento público de los derechos reales) sino también por la llamada publicidad material en sus dos formas:

- a. la positiva o, si se prefiere, el principio de fe pública registral: el tercero de buena fe necesita que la ley considere inatacable su adquisición según los datos que publica el registro por una elemental necesidad de seguridad jurídica (art. 25-26 Baviera) y
- b. la negativa, que también se conoce como principio de inoponibilidad de lo no inscrito: el titular que inscribe no puede verse perjudicado por el que no lo ha hecho (art. 74, 75 y 81 Württemberg).

d) Pero, sin duda, el principal efecto jurídico del registro está fundado en el principio de prioridad según el cual la prelación viene determinada por el orden de ingreso del título en el registro (la fecha de su inscripción) (art. 23

Baviera; art. 96 Württemberg). Esta preferencia se concreta en el rango hipotecario (art. 59 Baviera). La principal consecuencia derivada del rango es su posible negociación (permuta, posposición y reserva) (art. 62 Baviera; art. 104 Württemberg). Como en caso de ejecución hipotecaria los créditos se satisfacen por el orden de su inscripción (dejando al margen los posibles privilegios), quien dispone o puede conseguir el primer rango hipotecario (primera hipoteca) se asegura previsiblemente el reembolso íntegro de su crédito.

En conjunto, estos principios son la base de un sistema hipotecario sólido y coherente que favorece la seguridad jurídica y, en consecuencia, el desarrollo del crédito territorial.

¿Cuál era el estado del derecho registral-hipotecario español a mediados del siglo XIX? ¿Su configuración se parecía a la que hemos descrito?

Con cierta perspectiva histórica, los orígenes de lo que acabó desembocando en el registro hipotecario español de mediados de siglo XIX se encuentran en el derecho de la Corona de Castilla y, en concreto, en una Pragmática promulgada por Carlos I en 1539 y confirmada por Felipe II en 1558 que, para evitar los fraudes e inconvenientes derivados de los gravámenes ocultos sobre los inmuebles, ordenó la creación en las cabezas de jurisdicción de un libro en que se debían registrar los contratos de censo e hipoteca, de modo que la no inscripción no confería fe ni prueba en juicio⁹¹. La norma fue pertinaz y recalci-

⁹¹ R. 5,15,3 [Carlos y Juana. Toledo. 1539. pet. 18 <en R.> o pet. 11 <en NR.> y Felipe II. Valladolid. 1558. resp. Cap. Cortes 1555. pet. 122] (*Recopilación de las Leyes de los Reynos, hecha por mandado de la Magestad Católica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor, que se ha mandado imprimir, con las leyes que después de la última impresión se han publicado, por la Magestad Católica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro señor* (Madrid: Catalina de Barrio y Angulo-Diego Díaz de la Carrera, 1640 [Reedición anastática: Valladolid: Editorial Lex Nova, 1982]), II, fol. 42ra-b) = NR. 10,16,1 (*Novísima Recopilación de las Leyes de España. Dividida en XII. Libros. ... Mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* (Madrid: Imprenta Real, 1805 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1992²]), V, 105a). Entre paréntesis angulares, hemos realizado la discrepancia que, sobre la fuente original, presentan R. y NR. y que responde a lo siguiente: mientras R. ofrece una remisión genérica al *Quaderno de Peticiones* presentado en las Cortes de Toledo ("Núm. 18. Quaderno de Peticiones de los Procuradores de Cortes. Son 120. Toledo y Marzo 30 de 1539. [...]") y en cuyo capitulado la petición que nos ocupa es la 64), NR. indica el número de esta petición concreta cuando en 1545 se publicaron estas Cortes de Toledo de 1538-1539 junto a las de Valladolid de 1542 (*Cortes de Carlos V* (Medina del Campo: Pedro de Castro, 1545), XX, fol. 242). Al respecto, *vid.* REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla* (Madrid: Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneira, 1903), V, 8-162, esp. 134: "LXIII. Asi mismo se escusarian muchos pleytos sabiendo los compradores los censos y tributos e impusiones é ipotecas que tienen las casas y heredades que compran, lo qual encubren y callan los vendedores. Suplicamos á Vuestra Magestad mande que en cada Ciudad, villa ó lugar donde oviere cabeza de jurisdiccion aya una persona que tenga un libro en que se registren todos los contratos de las qualidades dichas: y que no registrandose dentro de vn termino no hagan fe ni pueda ni se juzgue conforme á ellos, ni por ellos sea obligado á cosa alguna ningund tercero possedor, avnque tenga causa del vendedor, y quel tal

trantemente inobservada como lo demuestra que, de forma casi inmediata a su promulgación, tuviera que ser confirmada por Felipe II y luego, en 1713, Felipe V aún insistió en la necesidad de darle cumplimiento⁹². Como los perjuicios no cesaban porque la norma continuaba sin observarse, una nueva Pragmática de Carlos III en 1768 aprobó una Instrucción que debía facilitar y conseguir el tanpreciado como largamente perseguido objetivo de darle eficacia⁹³.

En esta Pragmática de 1768, se estableció el sistema registral que, con la denominación de *Oficios de Hipotecas*⁹⁴, llegó hasta mediados del siglo XIX (de hecho, hasta la entrada en vigor de la *Ley Hipotecaria* de 1861). Sus características fundamentales se pueden resumir de la siguiente manera:

a) Objeto de registro. En el libro de registro de cada pueblo, se debían inscribir: “todos los instrumentos de imposiciones, ventas, y redenciones de censos o tributos, ventas de bienes raíces, o considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos u obra pía, y generalmente todos los que tengan especial y expresa hipoteca o gravámen, con expresión de ellos, o su liberación y redención”⁹⁵.

registro no se muestre á ninguna persona, sino quel registrador pueda dar fe si ay ó no algun un tributo ó venta anterior á pedimiento del vendedor. A esto vos respondemos que mandamos que se haga ansi como nos lo suplicays.”. En nota, se nos informa que esta petición se incorporó como “Petición 11ª de las que se imprimieron en 1545 (*Cortes de Carlos V*, t[omo] XX, fol. 242” (n. 37) y, en la n. 38, se añade inciertamente que “Este acuerdo no produjo ley ni en la Nueva ni en la Novísima Recopilación”. Sobre esta norma y su contenido, *vid.* SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho* ..., 120-137.

⁹² R. 3,9,21 [Felipe V. Madrid. Consulta. 11.12.1713] (*Recopilación de las Leyes destes Reynos, ... Tomo tercero de Autos acordados, ...* (Madrid: Imprenta de Juan Antonio Pimentel, 1745 [Reedición anastática: Valladolid: Editorial Lex Nova, 1982]), 383b-384b) = NR. 10,16,2 (*Novísima Recopilación de las Leyes de España. Dividida en XII. Libros. ... Mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* (Madrid: Imprenta Real, 1805 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1992]), V, 105b-106b). Sobre esta norma y su contenido, *vid.* SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho* ..., 194-196.

⁹³ NR. 10,16,3 [Carlos III. Pardo. Pragmática. 31.1.1768 e Instrucción. 14.8.1767] (*Novísima Recopilación de las Leyes de España. Dividida en XII. Libros. ... Mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* (Madrid: Imprenta Real, 1805 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1992]), V, 106b-109b). Unidas en su publicación en la NR. (Mariano PESET, “Los orígenes del registro de la propiedad en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 527 (julio-agosto 1978), 695-716, esp. 701), para el texto original de la *Instrucción* (14.8.1767) y de la *Pragmática* (31.1.1768) y su contenido, *vid.* SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho* ..., 627-637 y 196-206. Para evitar confusiones, citamos por NR.

⁹⁴ Sobre el cometido y configuración de los *Oficios de Hipotecas* en esta época, *vid.* SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho* ..., 189-238 y, con especial atención a su implantación en Cataluña, *vid.* la reciente contribución de Rosa CONGOST, *Tierras, leyes, historia. Estudios sobre ‘la gran obra de la propiedad’* (Barcelona: Editorial Crítica, 2007), 169-173.

⁹⁵ NR. 10,16,3,1 [Carlos III. Pardo. Pragmática. 31.1.1768 e Instrucción. 14.8.1767]: “Será obligación de los Escribanos de Ayuntamiento de las cabezas de partido tener, ya sea en un libro o

b) Método del registro. En cada inscripción, debía constar: la fecha del instrumento, los nombres y vecindad de los otorgantes, la naturaleza del acto jurídico y las características del derecho real sobre el que recaía el gravámen⁹⁶.

c) Plazos para el registro. Para cumplir con la obligación de registrar, se distinguía entre los instrumentos anteriores y posteriores a la publicación de la Pragmática: los anteriores se debían registrar “antes que los hubieren de presentar en juicio para el efecto de perseguir las hipotecas o fincas gravadas”⁹⁷ y, para los posteriores, se disponía de un plazo de seis días para regis-

en muchos, registros separados de cada uno de los pueblos del distrito, con la inscripción correspondiente, y de modo que con distinción y claridad se tome la razón respectiva al pueblo en que estuvieren situadas las hipotecas, distribuyendo los asientos por años, para que fácilmente pueda hallarse la noticia de las cargas, enquadernándolos, y foliándolos en la misma forma que los Escribanos lo practican con sus protocolos, y si las hipotecas estuvieren situadas en distintos pueblos, se anotará en cada una las que les correspondan. Y en ellos precisamente se tome la razón de todos los instrumentos de imposiciones, ventas, y redenciones de censos o tributos, ventas de bienes raíces, o considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos u obra pía, y generalmente todos los que tengan especial y expresa hipoteca o gravámen, con expresión de ellos, o su liberación y redención.” (*Novísima Recopilación de las Leyes de España. Dividida en XII. Libros. ... Mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* (Madrid: Imprenta Real, 1805 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1992²]), V, 107a).

⁹⁶ NR. 10,16,3,4 [Carlos III. Pardo. Pragmática. 31.1.1768 e Instrucción. 14.8.1767]: “La toma de razón ha de estar reducida a referir la data o fecha del instrumento, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligación o fundación; diciendo si es imposición, venta, fianza, vínculo u otro gravámen de esta clase, y los bienes raíces gravados o hipotecados que contiene el instrumento, con expresión de sus nombres, cabidas, situación y linderos en la misma forma que se exprese en el instrumento; y se previene, que por bienes raíces, además de casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entienden también los censos, oficios y otros derechos perpetuos que puedan admitir gravámen, o constituir hipotecas.” (*Novísima Recopilación de las Leyes de España. Dividida en XII. Libros. ... Mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* (Madrid: Imprenta Real, 1805 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1992²]), V, 107b-108a).

⁹⁷ NR. 10,16,3,2 [Carlos III. Pardo. Pragmática. 31.1.1768 e Instrucción. 14.8.1767]: “Luego que el Escribano originario remita algun instrumento que contenga hipoteca, le reconocerá, y tomará la razón el Escribano de Cabildo dentro de veinte y quatro horas, para evitar molestias y dilaciones a los interesados; y si el instrumento fuere antiguo, y anterior a la dicha ley 2, despachará la toma de razón dentro de tres días de como lo presentare; y no cumpliéndolo en este término, le castigará el Juez en la forma que previene la misma: bien entendido, que la obligación de registrar dentro del término, debe ser en los instrumentos que se otorgaren sucesivamente al día de la publicación de esta pragmática en cada pueblo, de la qual se colocarán copias auténticas entre los papeles del archivo; pues por lo tocante a instrumentos anteriores a la publicación de ella, cumplirán las partes con registrarlos, antes que los hubieren de presentar en juicio para el efecto de perseguir las hipotecas o fincas gravadas; bien entendido, que sin preceder la circunstancia del registro, ningún Juez podrá juzgar por tales instrumentos, ni harán fe para dicho efecto, aunque lo hagan para otros fines diversos de la persecución de las hipotecas, o verificación del gravámen de las fincas, baxo las penas explicadas.” (*Novísima Recopilación de las Leyes de España. Dividida en XII. Libros. ... Mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* (Madrid: Imprenta Real, 1805 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1992²]), V, 107b).

trar los otorgados en la capital de partido y, si el instrumento se había otorgado en un pueblo del partido, el plazo disponible se dilataba a un mes⁹⁸.

d) Efectos del registro. Para asegurar el cumplimiento de la obligación de registrar, se sancionaría a los jueces contraventores con privación de oficio y pago de daños y, para los particulares que omitieran el registro, se determinaba que “no hagan fe dichos instrumentos en juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento, cuyo registro se haya omitido”⁹⁹. Aunque deducible a partir de esta sanción, el valor y efecto jurídicos del registro se apreciaban claramente en el hecho de que, según la misma Pragmática, el registro era un requisito “cuyo defecto vicie la substancia del acto, para el efecto de que dichas hipotecas se entiendan constituidas”¹⁰⁰. Es decir, la inscripción

⁹⁸ NR. 10,16,3,10 [Carlos III. Pardo. Pragmática. 31.1.1768 e Instrucción. 14.8.1767]: “Todos los Escribanos de estos reynos serán obligados a hacer en los instrumentos, de que trata la dicha ley 2, la advertencia de que se ha de tomar la razón dentro del preciso término de seis días, si el otorgamiento fuese en la capital, y dentro de un mes, si fuese en pueblo del partido, baxo las penas della; y la circunstancia de que por su omisión se les haga también cargo y castigue en las residencias; y que así se anote en los títulos que se les despacharen por el mi Consejo o por la Cámara: y no cumpliendo con el registro y toma de razón, no hagan fe dichos instrumentos de juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento, cuyo registro se haya omitido; y que los Jueces o Ministros que contravengan, incurran en las penas de privación de oficio y de daños, con el quatro tanto que previene dicha ley 2.” (*Novísima Recopilación de las Leyes de España. Dividida en XII. Libros. ... Mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* (Madrid: Imprenta Real, 1805 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1992²]), V, 108b).

⁹⁹ NR. 10,16,3,10 [Carlos III. Pardo. Pragmática. 31.1.1768 e Instrucción. 14.8.1767]: “Todos los Escribanos de estos reynos serán obligados a hacer en los instrumentos, de que trata la dicha ley 2, la advertencia de que se ha de tomar la razón dentro del preciso término de seis días, si el otorgamiento fuese en la capital, y dentro de un mes, si fuese en pueblo del partido, baxo las penas della; y la circunstancia de que por su omisión se les haga también cargo y castigue en las residencias; y que así se anote en los títulos que se les despacharen por el mi Consejo o por la Cámara: y no cumpliendo con el registro y toma de razón, no hagan fe dichos instrumentos de juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento, cuyo registro se haya omitido; y que los Jueces o Ministros que contravengan, incurran en las penas de privación de oficio y de daños, con el quatro tanto que previene dicha ley 2.” (*Novísima Recopilación de las Leyes de España. Dividida en XII. Libros. ... Mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* (Madrid: Imprenta Real, 1805 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1992²]), V, 108b).

¹⁰⁰ NR. 10,16,3 [Carlos III. Pardo. Pragmática. 31.1.1768 e Instrucción. 14.8.1767]: “En los títulos que se despacharen por las Secretarías de mi Consejo de la Cámara, se prevenga a los Escribanos, que han de estar obligados a advertir en los instrumentos y a las partes la obligación de registrar en el Oficio de hipotecas los instrumentos comprehendidos en la ley 2 y esta mi declaración; expresando al fin de ellos, que no han de hacer fe contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito, y toma de razón dentro del término prevenido en la ley, con las declaraciones de esta instrucción; previniendo, que esta ha de ser una cláusula general y precisa en los tales instrumentos, cuyo defecto vicie la substancia del acto, para el efecto de que dichas hipotecas se entiendan constituidas; [...]” (*Novísima Recopilación de las Leyes de España. Dividida en XII. Libros. ... Mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* (Madrid: Imprenta Real, 1805 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1992²]), V, 109a-b).

registral tenía valor constitutivo¹⁰¹ y su omisión comportaba la nulidad del acto. Sin embargo, nótese que la inscripción en el registro se realizaba en base a la fecha del documento¹⁰² y, por lo tanto, era la fecha del contrato y no la de la inscripción la que confería prioridad.

Para entender el encaje de la hipoteca en este sistema registral, conviene recordar sucintamente la configuración de esta institución en el derecho español de mediados de siglo XIX y, habida cuenta de nuestros intereses inmediatos, incidir en especial en su definición y clases.

Tras los *Decretos de Nueva Planta*, el derecho hipotecario vigente en los distintos ordenamientos jurídicos que formaban la Monarquía hispánica tenía, en conjunto, sus fundamentos normativos en los derechos supletorios (*Partidas* y Derecho común) determinados por los ordenes de prelación de fuentes¹⁰³. Como el Derecho común fue la matriz jurídica en que se forjaron

¹⁰¹ En este sentido y sin ninguna salvedad, *vid.* SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho ...*, 202: “Los efectos que se reconocen a la inscripción son muy amplios porque en relación a las hipotecas se establece el carácter constitutivo de la misma, de manera que no existe hipoteca y por tanto no causa efectos, ni dentro ni fuera de juicio, hasta el momento de su inscripción en los libros registrales.”.

¹⁰² *Vid. supra* n. 96.

¹⁰³ En la Corona de Castilla y desde que lo determinara el *Ordenamiento de Alcalá* (1348), las *Partidas* eran el derecho supletorio: OA. 28,1 [Alfonso XI. 1348] (*El Ordenamiento de Leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho. Publícanlo con notas, y un discurso sobre el estado, y condición de los judíos en España, los doctores D. Ignacio Jordán de Asso y del Río y D. Miguel de Manuel y Rodríguez* (Madrid: Imprenta de Joaquín Ibarra, 1774 [Reedición anastática: Valencia: Librerías París-Valencia, 1992]), 69-73, esp. 70) = OORR. 1,4,4 (*Ordenanzas Reales de Castilla. Recopiladas y compuestas por el Doctor Alonso Díaz de Montalvo. Glosadas por el Doctor Diego Pérez... y adicionadas por el mismo autor en los lugares que concuerdan con las Leyes de la Nueva Recopilación* (Madrid: Imprenta de Josef Doblado, 1779), I, 99-100) = R. 2,1,3 (*Recopilación de las Leyes de los Reynos, hecha por mandado de la Magestad Católica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor, que se ha mandado imprimir, con las leyes que después de la última impresión se han publicado, por la Magestad Católica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro señor* (Madrid: Catalina de Barrio y Angulo-Diego Díaz de la Carrera, 1640 [Reedición anastática: Valladolid: Editorial Lex Nova, 1982]), fol. 58r-59r) = NR. 3,2,3 (*Novísima Recopilación de las Leyes de España. Dividida en XII. Libros. ... Mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* (Madrid: Imprenta Real, 1805 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1992]), II, 7a-9a, esp. 8b). En los reinos de la Corona de Aragón y después de la promulgación de los *Decretos de Nueva Planta*, la situación era la siguiente: en virtud del *Decreto de Nueva Planta* de 1707, los derechos de los reinos de Aragón y Valencia quedaron reducidos al derecho de Castilla y, por lo tanto, se aplicaba el derecho supletorio de éste (*Partidas*) (R. 3,2,3 (*Recopilación de las Leyes de los Reynos, ... Tomo tercero de Autos acordados, ...* (Madrid: Imprenta de Juan Antonio Pimentel, 1745 [Reedición anastática: Valladolid: Editorial Lex Nova, 1982]), 294-295) = NR. 3,3,1 [Felipe V. Decreto 29.6.1707]); por el *Decreto de Nueva Planta* de 1711, se reestableció la vigencia entre particulares del derecho aragonés que, a través del medio indirecto del sentido natural, también representó la recuperación del Derecho común como derecho supletorio (R. 3,2,9 y 10 (*Recopilación de las Leyes de los Reynos, ... Tomo tercero de Autos acordados...*, 297-299) =

las *Partidas*, el derecho hipotecario vigente era semejante y la doctrina no dudaba en colacionar la regulación de ambos derechos¹⁰⁴.

Provocado por el uso y definición del genérico término “peño” en P. 5,13,1¹⁰⁵, la doctrina se vió obligada a plantear de forma constante la necesaria distinción que, fundada en D. 13,7,9,2 [Ulp. 28 ad ed.]¹⁰⁶, separaba

NR. 5,7,2 [Felipe V. Real Decreto 3.4.1711]) y, en Mallorca y Cataluña, se conservó el Derecho común como derecho supletorio porque los respectivos *Decretos de Nueva Planta* no sólo respetaron su derecho civil sino también los ordenes de prelación existentes: Mallorca (R. 3,2,15 (*Recopilación de las Leyes destes Reynos, ... Tomo tercero de Autos acordados...*, 301-303) = NR. 5,10,1 [Felipe V. Real Decreto 28.11.1715. cap. 13] y Cataluña (R. 3,2,16 (*Recopilación de las Leyes destes Reynos, ... Tomo tercero de Autos acordados...*, 303-309) = NR. 5,9,1 [Felipe V. Real Decreto 16.1.1716. cap. 42]).

¹⁰⁴ Sobre el derecho hipotecario vigente en esta época, *vid.* Josef FEBRERO, *Librería de Escribanos, e Instrucción jurídica theorico práctica de Principiantes. Parte primera. Testamentos, y contratos* (Madrid: Imprenta de D. Pedro Marín, 1789 [Reedición anastática: Madrid: Consejo General del Notariado, 1990]), II, 43-100; Joaquín María PALACIOS, *Instituciones del Derecho civil de Castilla, que escribieron los doctores Asso y Manuel, enmendadas, ilustradas, y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de octubre de 1802 por ...* (Madrid: Imprenta de D. Tomás Alban, 1806⁷), II, 20-28; Juan SALA, *Ilustración del Derecho civil de España, ordenada por Don ... Segunda edición, corregida y adicionada por su autor, y arreglada las citas de leyes a la Novísima Recopilación* (Madrid: Oficina de D. José del Collado, 1820³), I, 373-388; Florencio GARCÍA GOYENA et Joaquín AGUIRRE, *Febrero, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente por ...* (Madrid: I. Boix editor, 1842), IV, 145-288. Aunque publicada cuando ya estaba vigente la *Ley Hipotecaria* de 1861 y, por lo tanto, ésta era la base de su exposición del entonces “derecho común” español (Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* (Madrid: Imprenta de D. F. Sánchez, 1863 [Reedición anastática: Valladolid: Editorial Lex Nova, 1988]), II, 668-698; “Hipoteca”, in Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, por ... Nueva edición reformada y considerablemente aumentada ... por los doctores D. José Vicente y Caravantes y D. León Galindo y de Vera* (Madrid: Imprenta de Eduardo Cuesta, 1875), III, 97-146), resulta también útil la sintética exposición de los entonces “derechos especiales” de Cataluña, Aragón, Navarra y Vizcaya (Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Examen comparado de las legislaciones especiales* (Madrid: Imprenta de D. F. Sánchez, 1874 [Reedición anastática: Valladolid: Editorial Lex Nova, 1988]), VI, 574-600). Exacerbando las características mencionadas, se llegó a exponer colacionadamente el derecho hipotecario romano y de *Partidas* y, separadamente, el “nuevo” derecho hipotecario basado en la *Ley Hipotecaria* de 1861, *vid.* Domingo Ramón DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto Romano Hispano de D. Juan Sala por ...* (Valladolid: Imprenta y Librería Nacional y Extranjera de H. de Rodríguez, 1877² [Reedición anastática: Pamplona: Analecta ediciones y libros, 2002]), I, 421-455 y 483-535.

¹⁰⁵ P. 5,13,1: “Peño es propriamente aquella cosa que un ome empeña a otro, apoderandole della e mayormente quando es mueble. Mas segund el largo entendimiento de la ley. Toda cosa quier sea mueble, o rayz, que sea empeñada a otri, puede ser dicha peño: maguer non fuesse entregado della, aquel a quien la empeñassen. [...]” (*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida* (Salamanca: Andrea de Portonariis, 1555 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1985]), fol. 82vb-83ra).

¹⁰⁶ D. 13,7,9,2 [Ulp. 28 ad ed.]: “Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem.”.

prenda e hipoteca por el desplazamiento posesorio que sólo era característico de la primera y, por lo tanto, se sacaba la consecuencia —implícita en el texto de Ulpiano— de que la prenda recaía sobre bienes muebles y, en cambio, la hipoteca sobre bienes inmuebles¹⁰⁷. Una vez salvada esta diferencia (aunque, como lo muestra el siguiente caso, sólo fuera nominalmente), se ofrecía una definición de la hipoteca como el “derecho real constituido sobre cosa ajena en garantía de un crédito, en cuya virtud el acreedor puede instar la venta de la cosa hipotecada o empeñada, si no se le paga la deuda”¹⁰⁸. Establecido el concepto, se procedía a enumerar y justificar las distintas clases de hipotecas existentes: sin entrar a discutir las discrepancias doctrinales —a menudo despreciables porque no alteraban los criterios básicos de clasificación— ni los claros solapamientos en que a veces se incurría, las principales tipologías eran la que diferenciaba entre hipotecas especiales y generales (según afectaran, respectivamente, un bien concreto y determinado o todo el patrimonio presente y futuro del deudor)¹⁰⁹ y, en segundo lugar, la consabida tricotomía que separaba las hipotecas en convencionales (o expresas), judiciales (o pretorias) y legales (o tácitas) (según su causa eficiente fuera,

¹⁰⁷ Para esta distinción en el Derecho común, *vid.* Emilio BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel Diritto comune. I. Diritti reali e diritti di obbligazione* (Padova: Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1937), § 30, 145-149.

¹⁰⁸ DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias ...*, 421.

¹⁰⁹ GARCÍA GOYENA *et* AGUIRRE, *Febrero ...*, IV, 159, n.º 3647-3649: “3647. La hipoteca puede ser general o especial. 3648. General es la que comprende todos los bienes del deudor, y en este caso alcanza aun a los bienes que tenga en lo sucesivo. Pero quedan esceptuadas aquellas cosas que verosíblemente nadie quiere obligar, cuales son las que necesita diariamente para el servicio de su cuerpo y de su compañía, por ejemplo: su lecho y el de su muger, la ropa, los utensilios de cocina que ha menester para el servicio de su comida, las armas y el caballo de que se sirve, y otras semejantes (Ley 5, tít. 13, Part. 5). 3649. Hipoteca especial es la que se constituye en alguna o algunas cosas determinadas, y comprende únicamente éstas.” El fundamento legal de esta tipología dicotómica se encuentra en P. 5,13,5: “A peños obligando alguno todos sus bienes: cosas y ha señaladas que non serían por ende obligadas. E son estas barragana que tenga manifestamente en su casa: e los hijos que oviere della: e los criados, e siervo, o sierva que toviere señaladamente para servirle e guardarle, e criarle sus fijos, e las otras cosas de su casa, que ha menester cada día, para servicio de su cuerpo, o de su compañía. Assí como su lecho del, e de su muger: e la ropa, e las otras cosas todas, de su cozina, que ha menester para servicio de su comer; e las armas, e el cavallo de su cuerpo. E todas las otras cosas que oviere entonces: e aun las que atiende aver después, fincan obligadas por razón de tal empeñamiento. Fueras ende estas sobre dichas, o otras algunas, si las oviere, que sean semejantes destas.” (*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida* (Salamanca: Andrea de Portonariis, 1555 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1985]), fol. 84rb-va) y P. 5,13,14: “Enpeñando algun ome la carta de donadio, o de compra de alguna su heredad, o casa, entiéndese que se empeña la heredad, o la casa, sobre que fue fecha la carta también, como si fuesse apoderado, de la possession della, aquel a quien la empeñó. [...]” (*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida* (Salamanca: Andrea de Portonariis, 1555 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1985]), fol. 85vb-86ra).

respectivamente, la convención¹¹⁰, la decisión judicial y la ley)¹¹¹. Para eludir distracciones innecesarias y como ya disponemos del pie suficiente para abordar nuestros intereses inmediatos, evitamos exponer el régimen jurídico de la institución y, en especial, la árdua cuestión de los medios procesales que acreedor y deudor disponían para tutelar sus derechos.

¹¹⁰ De hecho y de haber existido el concepto que la ciencia jurídica alemana forjaría con posterioridad, la causa eficiente de las hipotecas convencionales era el negocio jurídico y esta carencia es visible en la forma de enumerar los ejemplos, así el convenio siempre ocupaba un destacado y aislado lugar de honor y sólo tímida y separadamente se añadía después el testamento (GARCÍA GOYENA *et* AGUIRRE, *Febrero* ..., IV, 159, n.º 3646: “3646. [...] Entre la hipoteca o prenda convencional y la judicial o la que el juez manda entregar para hacer cumplir lo juzgado, hay la diferencia que en la primera queda obligada la cosa por el solo convenio y sin necesidad de entrega; en la segunda no lo queda hasta ser entregada al acreedor, y si antes de esto la obliga el deudor a otro, será éste preferido (Ley 13, tít. 13, Part. 5). La hipoteca espresa puede también constituirse en testamento, como si un testador legase a otro cierta cantidad anual hipotecando para la mayor seguridad de su pago algunos bienes.”). Para la convención como base y esencia de las hipotecas convencionales, *vid.* D. 13,7,1,pr. [Ulp. 40 ad Sab.]: “Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.”; P. 5,13,1: “[...] E son tres maneras de peños. La primera es la que fazen los omes entresi de su voluntad: empeñando de sus bienes, unos a otros por razon de alguna cosa, que devan dar o fazer. [...]” (*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida* (Salamanca: Andrea de Portonariis, 1555 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1985]), fol. 83ra).

¹¹¹ GARCÍA GOYENA *et* AGUIRRE, *Febrero* ..., IV, 158-159, n.º 3645-3646: “3645. Cuatro especies hay de hipotecas. 1.º *La convencional o espresa, porque se constituye por convenio del deudor, que a instancias del acreedor y voluntariamente obliga sus bienes a la satisfacción del débito o cumplimiento del contrato.* 2.º *La legal o tácita, porque aunque el deudor no los obligue, quedan obligados tácitamente por la sola disposición de la ley; como sucede en los arrendamientos, tutelas, dotes, etc.* (Leyes 23 y siguientes, tít. 13, Part. 5). 3.º *La pretoria, que se constituye cuando el juez por la contumacia del reo entrega sus bienes a su acreedor para que se reintegre de su crédito* (leyes del tít. 8, Part. 3, y del tít. 5, lib. 11, Nov. Recop.): esto es lo que se llama emplazamiento, que aunque en esta corte no se usa, está sin embargo permitido por las leyes indicadas, y puede practicarse. 4.º *La judicial, que es la que se hace por medio de la vía ejecutiva regular.* 3646. Estas dos últimas especies de hipotecas, como se constituyen en virtud de apremio judicial, se reputan por una, y únicamente se diferencian en que, dándose a un acreedor la posesión de bienes de su deudor, es visto por el mismo hecho darse a los demás, de suerte que tienen igual derecho y preferencia (ley 1, tít. 13, Part. 5); y en el juicio ejecutivo el que primero le intenta y toma posesión, es preferido a los otros. [...]” [La cursiva es de los autores]. El fundamento legal de esta tipología tricotómica se encuentra en P. 5,13,1: “[...] E son tres maneras de peños. La primera es la que fazen los omes entresi de su voluntad: empeñando de sus bienes, unos a otros por razon de alguna cosa, que devan dar o fazer. La segunda es, quando los judgadores mandan entregar, a alguna de las partes en los bienes de su contendor por mengua de respuesta, o por razón de rebeldía, o por juyzio, que es dado entre ellos, o por cumplir mandamiento del Rey. Ca tales peños, o prendas como estas se fazen como por premia. E estas dos maneras de peños sobredichos, se fazen por palabra. La tercera manera, es de peños, la que se faze calladamente: maguer non es y dicha ninguna cosa, assí como se muestra adelante, de los bienes del marido, como son obligados a la muger como por peños, por razón de la dote: e de los otros que son obligados al Rey, por razón de rentas: e de los derechos que cogen por él, e de todas las otras razones semejantes destas que fablan las leyes deste título.” (*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida* (Salamanca: Andrea de Portonariis, 1555 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1985]), fol. 83ra-b).

A la vista de estas clasificaciones y de lo establecido en la Pragmática ¹¹², no es necesario esforzarse mucho para darse cuenta de que el sistema registral así planteado era bastante incompleto y presentaba claras deficiencias:

a) La publicidad formal era muy reducida porque sólo estaban sujetas a registro las hipotecas expresas y especiales ¹¹³, es decir, las hipotecas convencionales que gravaran un bien determinado. En cambio, las hipotecas judiciales, legales y convencionales generales no estaban sometidas a registro y, sin embargo, eran igualmente eficaces ¹¹⁴.

b) Además y según se ha visto, las hipotecas (convencionales y especiales) anteriores a la publicación de esta Pragmática estaban eximidas de registro hasta que fuera necesario deducirlas en juicio ¹¹⁵ lo que implicaba, según ya se denunció en su época, que el tercero que contratara antes de su inscripción en el registro se exponía a los inconvenientes y fraudes que la misma Pragmática pretendía combatir ¹¹⁶.

c) Aunque su registro era imposible (su naturaleza jurídica exorbitaba los estrechos límites fijados en la Pragmática), las hipotecas convencionales generales no sólo surtían efecto sino que, incluso y según se denunciaba, la práctica registral encontró la manera de inscribirlas ¹¹⁷. En Cataluña, un Edic-

¹¹² NR. 10,16,3,1 [Carlos III. Pragmática. 31.1.1768 e Instrucción. 14.8.1767]. Para esta norma, *vid. supra* n. 146.

¹¹³ En este sentido, *vid.* SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho ...*, 200.

¹¹⁴ Para el caso de las hipotecas legales (o tácitas), *vid.* *Sociedades de Crédito territorial en España. Colección de trabajos que para su establecimiento se han hecho en Barcelona bajo la iniciativa del Instituto Agrícola Catalán de San Isidro* (Barcelona: Imprenta de A. Brusi, 1854), 48: “Según la pragmática además, no se puede registrar sino la hipoteca que consta en escritura pública; de lo cual ha deducido la práctica, –y no podía menos de deducirlo así– que las hipotecas que se llaman tácitas no deben ser registradas y pueden producir sin embargo completo efecto.”

¹¹⁵ *Vid. supra* n. 97.

¹¹⁶ Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Por ...* (Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852 [Reedición anastática: Barcelona: Editorial Base, 1973], IV, 188 = Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Por ... Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente* (Zaragoza: Cometa, 1974), 930.

¹¹⁷ *Sociedades de Crédito territorial en España. Colección de trabajos que para su establecimiento se han hecho en Barcelona bajo la iniciativa del Instituto Agrícola Catalán de San Isidro* (Barcelona: Imprenta de A. Brusi, 1854), 48: “Nada dijo sobre si podían o no ser registradas las hipotecas generales aunque al parecer hubiera de hacerlas imposibles el modo como había de hacerse el registro de la hipoteca. Realmente si se habían según la pragmática de designar las fincas que estaban gravadas, espresando sus lindes y clase de gravámenes que las afectaba, ¿cómo era posible hacerlo cuando no se hipotecaba ninguna especial sino una generalidad, un patrimo-

to de 1774 sí que exigía expresamente el registro de las hipotecas generales (art. 2) ¹¹⁸.

d) Como ya se ha indicado más arriba, la fecha de la inscripción no era la del ingreso en el registro sino la que constaba en la escritura pública ¹¹⁹ y, por lo tanto, el rango hipotecario se fijaba de acuerdo a la fecha del documento. Las diferencias con el sistema germánico son evidentes.

nio, una personalidad? Pero así como la práctica, no pudiendo sujetarse al registro la hipoteca tácita, sin embargo la hizo producir efecto; así también aun cuando no se podía verificar el registro de las hipotecas generales en el modo por la pragmática establecido, les dió sus naturales efectos, registrándolas como era posible, es decir, anotándose la imposición general en el oficio de hipotecas. No hubiera sido justo en verdad que la hipoteca tácita (que casi siempre es general) sin ser registrada especial y positivamente hubiera surtido sus naturales efectos, y que no lo produjese la hipoteca general.” Sin embargo, no puede descartarse que esta denuncia tuviera un alcance más limitado del que, en principio, parece si tenemos en cuenta que, en Cataluña y desde el Edicto de 1774 (para esta norma, *vid. infra* n. 118), se debían registrar las hipotecas generales y, como es de suponer habida cuenta de su naturaleza jurídica, esto comportaba una complicación que los escribanos solucionaban como buenamente podían y que, curiosamente, se parece bastante a lo más arriba denunciado: “El reglamento de 1774 [...]. Como la descripción completa y detallada de los bienes gravados que la Pragmática da por supuesta no se encuentra en los instrumentos que deben registrarse por contener cláusula de obligación general de bienes, el escribano del Registro que no puede ir más allá del contrato original, opta en la práctica por una solución lógica pero poco congruente con la finalidad primaria del Registro, resume o extracta el documento que se le presenta.” (Marina LÓPEZ *et* Mercè TATJER, “Observaciones sobre la historia de los Oficios de Hipotecas en Cataluña (1768-1861)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 560 (enero-febrero 1984), 131-150, esp. 135).

¹¹⁸ Para este Edicto de la Audiencia de Cataluña de 1774, *vid.* “Edicto dado en Barcelona a 11 de Julio, y publicado en 27 de Agosto de 1774”, in León GALINDO Y DE VERA *et* Rafael de la ESCOSURA Y ESCOSURA, *Colección completa de leyes, reales decretos, reales órdenes, órdenes, circulares y resoluciones referentes a la toma de razón de la propiedad inmueble y derechos reales en España expedidas desde 2 de diciembre de 1339 hasta 31 de diciembre de 1873 formada por ...* (Madrid: Tipografía Gutenberg, 1881), 13-15; Pedro Nolasco VIVES Y CEBRIÁ, *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña, que no están derogados ó no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de estos y de las disposiciones por las que han venido a serlo, ilustrada con notas de los más clásicos autores del Principado por el Doctor ...*, (Madrid-Barcelona: Librería de Emilio Font-Librería del Plus Ultra, 1862² III, 273-276, esp. 274 [Reedición anastática con ‘Estudi introductorio’ del Dr. Joan Egea i Fernández: Barcelona: Generalitat de Catalunya-Departament de Justícia, Barcelona, 1989]), II, 923-926, esp. 924: “2. En los referidos oficios de hipotecas y en el que respectivamente corresponda, según lo que demuestran los estados que acompañan este edicto, deberá registrarse, sin diferencia, tanto las escrituras e instrumentos que contengan obligación especial de bienes, como los que la incluyan general, a fin de que puedan los acreedores y cualquier interesado, antes de celebrar sus contratos o para el fin de precaver sus intereses, saber las responsabilidades a que estén ligados los bienes de las personas, con quienes hubieran de tratar, y el oficio cierto donde deberán tomar estas noticias.”. Sobre este Edicto de 1774 y su gestación, *vid.* Marina LÓPEZ, “Una nueva fuente para la historia de Barcelona: el Registro de Hipotecas”, *Estudios históricos y documentos de los Archivos de Protocolos*, 4 (1974), 345-363, esp. 349; LÓPEZ *et* TATJER, “Observaciones sobre ...”, 134-136.

¹¹⁹ *Vid. supra* n. 96 y 102.

e) Si la publicidad formal era reducida, la publicidad material era sencillamente inexistente ya que, según se denunciaba, no había ninguna medida que protegiera los derechos que un tercero pudiera tener en la finca hipotecada ¹²⁰.

f) *Prima facie* y según lo visto hasta ahora, el único principio hipotecario que parecía cumplirse era el de especialidad ¹²¹ pero no porque dicho principio vivificara el sistema registral sino porque la Pragmática sólo contemplaba el registro de aquellas hipotecas que, por su propia naturaleza jurídica, ya lo cumplían: las hipotecas (convencionales) especiales. Por lo tanto, el principio de especialidad es, en el fondo, un espejismo provocado por la propia e intrínseca limitación del sistema registral en cuestión.

g) Aunque plenamente reconocido en la legislación ¹²², el principio de prioridad era un aguado sucedáneo de sí mismo porque estaba mermado y, a causa de las deficiencias del registro, era constantemente burlado: en primer lugar, se veía cuestionado porque las hipotecas se registraban según la fecha del documento. Esto era una fuente nada banal de inconvenientes si se tiene en cuenta que las hipotecas anteriores a la publicación de la Pragmática eran por definición más antiguas y, en cambio, podían permanecer perfectamente ocultas hasta que, para deducirlas en juicio y según lo permitía la misma Pragmática, fuera preciso inscribirlas y sólo entonces y de esta forma se llegaba a conocer su existencia. En segundo lugar y sobre todo, existía una pléyade de hipotecas legales que, aun si ser más antiguas, tenían privilegio ¹²³ y, por tanto, en un concurso de acreedores eran preferentes al resto de hipotecas inscritas (no privilegiadas) ¹²⁴.

¹²⁰ *Sociedades de Crédito territorial en España. Colección de trabajos que para su establecimiento se han hecho en Barcelona bajo la iniciativa del Instituto Agrícola Catalán de San Isidro* (Barcelona: Imprenta de A. Brusi, 1854), 48: “Será inútil que busquemos en nuestra legislación el complemento del registro de la hipoteca en alguna disposición sobre los derechos que en la cosa hipotecada pueda tener un tercero. El haber examinado el registro y haber visto por vista de ojos que la finca no tenía inscripción alguna de gravámen, y saber por otra parte que no pesan sobre aquella hipotecas no registrables, pero con efecto, no garantizan de una acción rescisoria, o de una evicción.”.

¹²¹ *Vid. supra* n. 113.

¹²² P. 5,13,27: “Guisada cosas es, e derecha que aquel que rescibe primeramente la cosa a peños, que mayor derecho aya en ella, que el otro que la rescibe después. [...]” (*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez, Quinta Partida* (Salamanca: Andrea de Portonariis, 1555 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1985]), fol. 91va). Para las correspondientes fuentes del Derecho común, *vid. infra* n. 210.

¹²³ Sobre dichas hipotecas privilegiadas, *vid. GARCÍA GOYENA et AGUIRRE, Febrero ...*, IV, 179-216, n° 3744-3888; DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias ...*, 442-444, § 792-793. A riesgo de ser tachados de puntillosos, la siguiente tabla recoge comparativamente las hipotecas privilegiadas existentes en el derecho español de mediados de siglo XIX:

Por muy incompleto y deficiente que fuera, el registro hipotecario así establecido correspondía y respondía a las exigencias de un sistema jurídico del Antiguo Régimen y, con todos sus defectos, se adecuaba a él. ¿Por qué y para qué se había instalado? En principio y según se ha indicado más arriba, la razón oficial era evitar los inconvenientes y fraudes que los vendedores

Hipotecas privilegiadas en el derecho español a mediados de siglo XIX

HIPOTECA PRIVILEGIADA	DERECHO CASTELLANO	DERECHO ROMANO
Acreedores singularmente privilegiados		
1. Acreedores por trabajo personal y por alimentos (los gastos de última enfermedad se consideraban alimentos)	P. 1,13,12	CJ. 6,30,22,9 [Iust. 531]
2. Acreedores por gastos de funeral, testamento, inventario y diligencias judiciales	P. 6,6,8	D. 11,7,15 [Pomp. 5 ad Sab.]
Acreedores hipotecarios privilegiados		
1. Mujer casada por sus créditos dotales (preferida a acreedores hipotecarios anteriores que tengan hipoteca tácita pero no si era convencional)	P. 5,13,33	CJ. 8,17(18),12,1 [Iust. 531]
2. Fisco (en iguales términos que el precedente y sin prelación entre ambos)	P. 5,13,33	CJ. 4,46,1 [Antoninus. 211-217]; CJ. 12,62(63),3 [Dio. et Max. 284-292]
3. Quien prestó dinero para reparar una casa o nave (preferencia sobre otros acreedores hipotecarios anteriores a quienes se hubiera hipotecado la cosa)	P. 5,13,28	D. 20,4,5 [Ulp. 3 disput.] D. 20,4,6 [Ulp. 73 ad ed.]
4. Quien prestó dinero para comprar alguna cosa si la misma se le hubiere hipotecado desde su adquisición por hipoteca convencional (preferencia sobre otros acreedores hipotecarios anteriores a quienes se hubiera obligado la cosa por hipoteca general anterior)	P. 5,13,30	CJ. 8,17(18),7 [Dio. et Max. 293]
5. El huérfano en la cosa comprada con su dinero (preferente en cuanto la cosa en los mismos términos que el precedente)	P. 5,13,30	D. 20,4,7 [Ulp. 3 disput.]
6. Los dueños de fincas arrendadas que tenían prelación sobre los frutos de la finca respecto cualquier otro acreedor hipotecario, ya fuera general o especial.	R. 4,21,25,3-5 = NR. 10,11,6 [Felipe II. 1594 y Felipe IV. 1633]	D. 20,2,7 [Pomp. 13 ex var. lect.] CJ. 8,14(15),3 [Alex. 223]

¹²⁴ *Sociedades de Crédito territorial en España. Colección de trabajos que para su establecimiento se han hecho en Barcelona bajo la iniciativa del Instituto Agrícola Catalán de San Isidro* (Barcelona: Imprenta de A. Brusi, 1854), 48-49: “Encontramos, sí, un principio sobre las hipotecas privilegiadas que viene a hacer más y más imposible la irrevocabilidad de la primera hipoteca con justo título y con todas las solemnidades adquiridas; [...]”.

causaban al ocultar las hipotecas. Pero, nótese que, en el fondo y como explícita la norma ya citada de Felipe V, corre un río subterráneo que desemboca en los intereses fiscales de la Monarquía ¹²⁵. A pesar de las críticas contra este sistema, considerado como una reliquia que sólo tenía la virtud de entorpecer la movilización de la propiedad inmueble, lo cierto es que, a mediados del siglo XIX, los distintos Gobiernos poco hicieron para mejorarlo. Efectivamente, si con cierta paciencia se examina la larga serie de Decretos y Reales órdenes promulgadas entonces ¹²⁶, se constatan los siguientes extremos:

a) la pertinaz y agravada persistencia del mismo hilo conductor que, de hecho y como acabamos de mostrar, había presidido la instauración del propio sistema registral: el interés de la Hacienda Pública que, en esta época, se concentrará en la recaudación del llamado impuesto de hipotecas ¹²⁷;

¹²⁵ R. 3,9,21 [Felipe V. Madrid. Consulta. 11.12.1713] (*Recopilación de las Leyes de los Reynos, ... Tomo tercero de Autos acordados, ...* (Madrid: Imprenta de Juan Antonio Pimentel, 1745 [Reedición anastática: Valladolid: Editorial Lex Nova, 1982]), 383b-384b) = NR. 10,16,2 (*Novísima Recopilación de las Leyes de España. Dividida en XII. Libros. ... Mandada formar por el Señor Don Carlos IV.* (Madrid: Imprenta Real, 1805 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1992²]), V, 105b-106b, esp. 105b-106a: “[...] que de su inobservancia se habían seguido y seguían innumerables perjuicios; y sobre todo, que los arrendadores de rentas Reales, Villa de Madrid y otros han dado y dan en quiebra cada día, sin que se pudiese cobrar de las fianzas, ni de las hipotecas, por estar todas gravadas, y no saberse al tiempo de la admisión, de que han resultado muchas pérdidas y atrasos de la Real Hacienda, Villa de Madrid, y generalmente a las demás ciudades, villas y lugares, particulares, y aún a las Comunidades eclesiásticas, tanto seculares como Regulares, memorias y obras pías; [...]”.

¹²⁶ Para la enumeración de esta larga serie de disposiciones promulgadas en el período 1845-1861, vid. Carlos TRIGO, *Índice general de la moderna legislación de Hacienda por ...* (Madrid: Imprenta de T. Fortanet, 1862), 527-539.

¹²⁷ Sobre este impuesto de hipotecas hasta la *Ley Hipotecaria* de 1861, vid. Eustaquio TOLEDANO, *Curso de Instituciones de Hacienda Pública de España, con arreglo a las últimas explicaciones y programa vigente en la Universidad Central por ...* (Madrid: Imprenta de Manuel Galiano, 1860), II, 489-503. Sobre la influencia de este impuesto de hipotecas sobre el desarrollo del sistema registral español, se han expresado distintas opiniones: tradicionalmente, se le criticó porque daba prioridad y mezclaba en exceso el aspecto tributario con el civil (Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica, y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación* (Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1862), I, 117-129; Ramón María ROCA SASTRE et Luis ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario* (Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1979⁷), I, 115) y se le atribuyó un efecto retrayente en la afluencia al registro (León GALINDO Y DE VERA et Rafael de la ESCOSURA Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar. Segunda edición corregida, aumentada y arreglada al Código civil vigente por D. Rafael de la Escosura y Escosura* (Madrid: Imprenta de la Rifa ‘Escuelas Católicas’, 1889²), I, 44; José MORELL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria. Segunda edición corregida y adicionada por F. Campuzano y Horma* (Madrid: Editorial Reus, 1925²), I, 150); posteriormente, se le defendió porque significó la amplia-

b) una larga y sostenida serie de continuos aplazamientos en el funcionamiento del sistema que, causados por la resistencia a inscribir para evitar o demorar en lo posible el pago de dicho impuesto de hipotecas¹²⁸, no sólo revela el alto grado de ineficacia gubernamental sino también cierta tendencia a embrollar lo existente. La siguiente tabla lo muestra.

ción del objeto del registro y la mejora en su organización interna (Fernando HERAS, “Una apreciación injusta en la historia de nuestro sistema inmobiliario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 16 (1943), 811-817) y, en la actualidad, nos encontramos con la posición ecléctica y mesurada de quien trata de establecer los aspectos positivos y negativos (José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario* (Madrid: Editorial Civitas, 1988), I, 175-178) e, incluso y con una muestra de honestidad intelectual poco habitual, Serna se decantó inicialmente por la opinión moderna de reivindicar los avances (Margarita SERNA VALLEJO, “El denominado impuesto de hipotecas y su repercusión en los Oficios de hipoteca”, in *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez. II. Derecho privado* (Santander: Universidad de Cantabria, 1993), 359-379) para después revisar su posición y retornar al redil tradicional del efecto retrayente (SERNA VALLEJO, *La publicidad inmobiliaria en el derecho ...*, 220). Para nuestra posición, *vid.* los subsiguientes puntos b) y c) pero, de entrada, el extenso elenco de normas sobre aplazamientos en el funcionamiento del sistema registral que hemos incluido en el punto b) constata no sólo la ineficacia gubernamental sino que, leídos a *sensu contrario*, los mismos datos demuestran la resistencia a inscribir que los interesados oponían y que, sin lugar a dudas, derivaba de la exigencia tributaria que iba anexa al registro: se evitaba la inscripción para eludir el pago del impuesto (para un ejemplo, *vid. infra* n. 128).

¹²⁸ Aunque es un simple botón de muestra y el paternalismo que embadurna el texto puede resultar insufrible, para un ejemplo deplorable de quién, por qué y cómo se eludía el pago de este impuesto de hipotecas contado por un abogado catalán, *vid.* Manuel BALCELLS Y TARRAGONA, *Manual del testador catalán. Instrucciones claras y sencillas, útiles a los propietarios y necesarias a los Reverendos Párrocos de los pueblos en que no hay Notario, sobre el modo de disponer y otorgar los testamentos en los casos más usuales, y sobre otras materias relacionadas con los mismos, según la legislación vigente en Cataluña* (Igalada: Imprenta de la viuda e hijos de J. Abadal, 1860), 204-206: “[...] ¿No prevé el adquirente el peligro de que el otro contratante impugne el contrato como lesivo?. Y ¿querrá arrostrar este peligro por el insignificante ahorro de algunos reales de diferencia que ahora obtiene en el importe del derecho?. Muy bien nos guardaremos de aconsejar a nadie una especulación tan arriesgada. Pero contrayéndonos más particularmente a la materia de esta obrita, recordamos haber tenido noticia de alguna viuda, que para eludir el pago del derecho que adeudara el usufructo de los bienes de su difunto marido, hacía el sacrificio de renunciarlo mediante ciertos pactos que la constituían en una situación precaria y dependiente, en cambio de la preeminencia que abdicaba de ama usufructuaria, a cuya obediencia debiera estar sometida la familia. Es claro que en este trueque la viuda era la que más perdía: siendo lo más notable que el pretendido ahorro del derecho no era más que un pretexto del propietario para adquirir más pronto la consolidación del usufructo a la propiedad. Debemos pues aconsejar a las viudas, que procuren ser muy cautas en abdicar su precioso derecho de usufructo, como algunas han tenido la debilidad de hacerlo con el objeto de no tener que pagar el impuesto. Afortunadamente para ellas este no es muy elevado, pues según hemos visto en los caps. IV y V el estipulado en capitulaciones matrimoniales adeuda un cuarto por ciento, a saber un duro por cada cuatrocientos, y el usufructo universal dejado por el cónyuge en testamento un octavo por ciento, que equivale a un entero por cada ochocientos que importe el valor de los bienes inmuebles, deducidas sus cargas. Un derecho tan módico todas las viudas podrían satisfacerlo fácilmente, más que más si la valoración se hiciera con la conveniente exactitud, y no con la excesiva e incomprensible desproporción que algunas veces ha dado lugar a quejas sobradamente fundadas.”.

La ineficacia gubernamental en el sistema registral español hasta la *Ley Hipotecaria* (1861)

NORMA	REFERENCIA	CONTENIDO
RO. 1835.10.31	CLE, XX, 512-514 ¹²⁹	Plazo de 3 meses para documentos anteriores a la Pragmática de 1768
RO. 1836.01.22	CLE, XXI, 24-27 ¹³⁰	Plazo hasta fin de año para documentos anteriores a la Pragmática de 1768
RO. 1836.10.24	CLE, XXI, 493-494 ¹³¹	Admisión a registro de los documentos anteriores a la Pragmática de 1768 aunque se agote el plazo anterior
RO. 1842.08.24	CLE, XXIX, 221-222 ¹³²	Plazo hasta fin de año para documentos anteriores a la Pragmática de 1768
RO. 1842.12.28	CLE, XXIX, 595-596 ¹³³	Suspensión del registro hasta que decida el Tribunal Supremo de Justicia

¹²⁹ “Real orden señalando un término para que los poseedores de escrituras de imposición anteriores a la pragmática sancion de 31 de Enero de 1768 de la procedencia que se menciona las presenten en los respectivos oficios de hipotecas á la toma de razon segun se previene (31.10.1835)”, in *Decretos de la Reina nuestra Señora Doña Isabel II, dados en su real nombre por su augusta madre la Reina gobernadora, y reales ordenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por las Secretarias del Despacho Universal desde 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1835 por don Josef Maria de Nieva* (Madrid: Imprenta Real, 1836), XX, 512-514.

¹³⁰ “Real orden prorogando por todo este año el término que se fijó para el registro de instrumentos públicos en la oficina de hipotecas (22.01.1836)”, in *Decretos de S. M. la Reina Doña Isabel II, dados en su real nombre por su augusta madre la Reina gobernadora, y reales ordenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por las Secretarias del Despacho Universal desde 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1836. Incluyense en el Apéndice las leyes y decretos de las Córtes anteriores que por las actuales y por S. M. han sido reestablecidos en el mismo año. por don Josef Maria de Nieva* (Madrid: Imprenta Real, 1837), XXI, 24-27.

¹³¹ “Real orden para que se continúe tomando razón en los oficios de hipotecas de las escrituras anteriores a 1768 (24.10.1836)”, in *Decretos de S. M. la Reina Doña Isabel II, dados en su real nombre por su augusta madre la Reina gobernadora, y reales ordenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por las Secretarias del Despacho Universal desde 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1836. Incluyense en el Apéndice las leyes y decretos de las Córtes anteriores que por las actuales y por S. M. han sido reestablecidos en el mismo año. por don Josef Maria de Nieva* (Madrid: Imprenta Real, 1837), XXI, 493-494.

¹³² “[Real orden] Señalando el 31 de Diciembre próximo como término improrogable para registrar en las contadurías de Hipotecas las escrituras anteriores á la pragmática de 1768 (24.08.1842)”, in *Coleccion de las leyes, decretos y declaraciones de las Cortes, y de los reales decretos, ordenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por las Secretarias del Despacho desde 1.º de julio hasta fin de diciembre de 1842* (Madrid: Imprenta Nacional, 1843), XXIX, 221-222.

¹³³ “[Real orden] Sobre la toma de razon en las contadurías de Hipotecas, de las escrituras de censo, ventas y demas que deben tener este requisito (28.12.1842)”, in *Coleccion de las leyes, decretos y declaraciones de las Cortes, y de los reales decretos, ordenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por las Secretarias del Despacho desde 1.º de julio hasta fin de diciembre de 1842* (Madrid: Imprenta Nacional, 1843), XXIX, 595-596.

La ineficacia gubernamental en el sistema registral español hasta la *Ley Hipotecaria* (1861)

NORMA	REFERENCIA	CONTENIDO
RO. 1843.02.14	CLE, XXX, 71 ¹³⁴	Plazo <i>sine die</i> para los bienes nacionales
RO. 1843.02.21	CLE, XXX, 75-76 ¹³⁵	Pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia
RO. 1848.04.11	CLE, XLIII, 466-468 ¹³⁶	Anulación de la RO. 1842.08.24 por contraria a lo dispuesto en la Pragmática de 1768
RO. 1850.08.08	CLE, L, 717-718 ¹³⁷	Plazo de 2 meses con relevación de multas para documentos anteriores
RO. 1851.01.06	CLE, LII, 9-10 ¹³⁸	Plazo de 4 meses para documentos anteriores al RD. 23.5.1845
RO. 1851.05.21	CLE, LIII, 173-174 ¹³⁹	Plazo de 2 meses con relevación de multas para documentos anteriores al RD. 23.5.1845

¹³⁴ “[Real orden] para que los instrumentos públicos perteneciente a los bienes del Estado sean registrados y tomada razón en los oficios de hipotecas (14.02.1843)”, in *Coleccion de las leyes, decretos y declaraciones de las Cortes, y de los reales decretos, ordenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por los respectivos Ministerios desde 1.º de enero hasta fin de junio de 1843* (Madrid: Imprenta Nacional, 1843), XXX, 71.

¹³⁵ “[Real orden] para que las audiencias de la Península, Mallorca y Canarias informen cuanto les parezca para el arreglo definitivo de las contadurías de Hipotecas (21.02.1843)”, in *Coleccion de las leyes, decretos y declaraciones de las Cortes, y de los reales decretos, ordenes, resoluciones y reglamentos generales expedidos por los respectivos Ministerios desde 1.º de enero hasta fin de junio de 1843* (Madrid: Imprenta Nacional, 1843), XXX, 75-76.

¹³⁶ “Real orden, declarando sin efecto la de 14 de Agosto de 1842, y cualquiera otra contrarias á la pragmática sancion de 1768, sobre registro de Hipotecas (11.04.1848)”, in *Coleccion legislativa de España (Continuacion de la Coleccion de decretos). Primer cuatrimestre de 1848* (Madrid: Imprenta Nacional, 1849), XLIII, 466-468.

¹³⁷ “Real orden, relevando de las multas en que han incurrido los morosos en presentar sus documentos al registro y pago de derechos de hipoteca, siempre que lo verifiquen en el improrogable término de dos meses (8.8.1850)”, in *Coleccion legislativa de España (Continuacion de la Coleccion de decretos). Segundo cuatrimestre de 1850* (Madrid: Imprenta Nacional, 1850), L, 717-718.

¹³⁸ “Real orden, mandando se admitan á la toma de razon todos los documentos anteriores al establecimiento del actual sistema hipotecario (6.01.1851)”, in *Coleccion legislativa de España (Continuacion de la Coleccion de decretos). Primer cuatrimestre de 1851* (Madrid: Imprenta Nacional, 1851), LII, 9-10.

¹³⁹ “Real orden, señalando como último plazo el de dos meses para presentar al registro de hipotecas los documentos que carezcan de dicho requisito, y estén sujetos a aquel impuesto (21.05.1851)”, in *Coleccion legislativa de España (Continuacion de la Coleccion de decretos). Segundo cuatrimestre de 1851* (Madrid: Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1851), LIII, 173-174.

La ineficacia gubernamental en el sistema registral español hasta la *Ley Hipotecaria* (1861)

NORMA	REFERENCIA	CONTENIDO
RO. 1851.08.22	CLE, LIII, 575 ¹⁴⁰	Plazo hasta fin de año para documentos anteriores al RD. 23.5.1845
RO. 1852.07.17	CLE, LVI, 360 ¹⁴¹	Plazo de 4 meses para documentos anteriores al RD. 23.5.1845
RO. 1852.12.20	CLE, LVII, 691-692 ¹⁴²	Plazo de 4 meses con relevación de multas para adquisiciones de la mitad reservable de los bienes vinculados
RO. 1853.08.19	CLE, LIX, 496-500 ¹⁴³	Reforma del sistema que incluye un plazo de 8 meses con relevación de multas para documentos anteriores (art. 4)
RO. 1853.08.24	CLE, LIX, 527-529 ¹⁴⁴	Publicitar la RO. 1853.08.19 para que se cumpla el plazo señalado de 8 meses
RO. 1855.01.08	CLE, LXIV, 16-17 ¹⁴⁵	No se computará el período de la epidemia de cólera-morbo para el plazo

¹⁴⁰ “Real orden, prorogando hasta fin del presente año el plazo señalado en la de 6 de Enero último para la presentación y registro de los documentos anteriores al establecimiento del actual sistema hipotecario (22.08.1851)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Segundo cuatrimestre de 1851* (Madrid: Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1851), LIII, 575.

¹⁴¹ “Real orden, concediendo un nuevo plazo de cuatro meses para la presentación al registro de hipotecas de todos los documentos anteriores al actual sistema hipotecario (17.07.1852)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Segundo cuatrimestre de 1852* (Madrid: Imprenta Nacional, 1853), LVI, 360.

¹⁴² “Real orden, concediendo el plazo de cuatro meses para la presentación y registro, con relevación de multas, de ciertos documentos sujetos al impuesto de hipotecas (20.12.1852)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Tercer cuatrimestre de 1852* (Madrid: Imprenta Nacional, 1853), LVII, 691-692.

¹⁴³ “Real decreto, introduciendo varias reformas en el sistema hipotecario (19.08.1853)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Segundo cuatrimestre de 1853* (Madrid: Imprenta Nacional, 1854), LIX, 496-500.

¹⁴⁴ “Real orden, disponiendo que se dé la debida publicidad al Real decreto de 19 del corriente, para que llegue á noticia de todos las aclaraciones y reformas hechas en el sistema hipotecario (24.08.1853)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Segundo cuatrimestre de 1853* (Madrid: Imprenta Nacional, 1854), LIX, 527-529.

¹⁴⁵ “Real orden, resolviendo que se considere como no transcurrido, respecto a los plazos señalados por la legislación hipotecaria, el período de tiempo que haya durado el cólera-morbo en los puntos donde existen las oficinas de hipotecas (08.01.1855)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Primer cuatrimestre de 1855* (Madrid: Imprenta Nacional, 1855), LXIV, 16-17.

La ineficacia gubernamental en el sistema registral español hasta la *Ley Hipotecaria* (1861)

NORMA	REFERENCIA	CONTENIDO
RO. 1855.10.18	CLE, LXVI, 244-245 ¹⁴⁶	Admisión a registro de todos los documentos públicos y privados anteriores pero sólo se deberá satisfacer los correspondientes derechos y multas por aquellos que fueron otorgados con posterioridad a la instauración del impuesto de hipotecas
RO. 1860.01.18	CLE, LXXXIII, 41-42 ¹⁴⁷	Plazo de 4 meses con relevación de multas para los documentos anteriores pero satisfaciendo los derechos adeudados legítimamente, es decir, teniendo en cuenta el impuesto de hipotecas existente en la fecha de su otorgación
CDGC. 1860.07.31	CLE, LXXXIV, 128-129 ¹⁴⁸	Ampliación del plazo concedido en la RO. 18.01.1860 en 45 días más y en las mismas condiciones
RO. 1860.12.18	BOMH, XVI, 257 ¹⁴⁹	Plazo de 2 meses con relevación de multas para los documentos anteriores pero satisfaciendo los derechos adeudados legítimamente
CDGC. 1862.10.15	CLE, LXXXVIII, 467-468 ¹⁵⁰	Plazo hasta fin de año con relevación de multas para los documentos anteriores pero satisfaciendo los derechos adeudados legítimamente

¹⁴⁶ “Real orden, disponiendo lo conveniente para la admisión al registro de todos los documentos públicos y privados, cualquiera que sea la época de su otorgamiento (18.10.1855)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Tercer cuatrimestre de 1855* (Madrid: Imprenta Nacional, 1855), LXVI, 244-245.

¹⁴⁷ “Real orden, prorogando el plazo para la toma de razón en el registro de hipotecas de todos los documentos que carezcan de dicha formalidad (18.01.1860)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Primer semestre de 1860* (Madrid: Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1860), LXXXIII, 41-42.

¹⁴⁸ “Circular [de la Dirección General de Contribuciones], prorogando por cuarenta y cinco días el plazo para registrar en las oficinas de hipotecas con relevación de multas los documentos que carezcan de esta formalidad (31.07.1860)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Segundo semestre de 1860* (Madrid: Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1860), LXXXIV, 128-129.

¹⁴⁹ Tras un exhaustivo escrutinio de la *Colección legislativa de España* y de la *Gaceta de Madrid* ha sido imposible hallar esta RO. 18.12.1860 cuya existencia y contenido conocemos por vía indirecta: para su inclusión en el citado *Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda*, vid. TRIGO, *Índice general ...*, 539 y, para un resumen de su contenido, vid. TOLEDANO, *Curso de Instituciones ...*, II, 502.

c) sin aportar nada nuevo que mejorase significativamente el conjunto del sistema, los pocos cambios proceden de las normas que instauraron y reformaron dicho impuesto de hipotecas:

El impuesto de hipotecas: principales normas hasta la Ley Hipotecaria (1861)

NORMA	REFERENCIA	CONTENIDO
RD. 1829.12.31	Decretos, XIV, 359 ¹⁵¹	Instauración del impuesto de hipotecas
RO. 1830.07.29	Decretos, XV, 300-309 ¹⁵²	Instrucción para recaudar el impuesto de hipotecas
RO. 1831.08.17	Decretos, XVI, 251-252 ¹⁵³	Modo de pagar el impuesto de hipotecas
RD. 1845.05.23	Gaceta de Madrid, 3942, 1-2 ¹⁵⁴	Reforma del sistema que introduce el registro e impuesto para los arrendamientos (art. 1.2)
RD. 1847.06.13	CLE, XLI, 177-179 ¹⁵⁵	Fijación de la tarifa del impuesto de hipotecas

¹⁵⁰ “Circular [de la Dirección General de Contribuciones], determinando que hasta fin de año se admitan al registro de hipotecas, con relevación de multas, todos los documentos obligados a esta formalidad y que carezcan de ella (15.10.1862)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Segundo semestre de 1862* (Madrid: Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1862), LXXXVIII, 467-468.

¹⁵¹ “Real decreto, mandando exigir un medio por ciento del valor de las fincas que se registran en el oficio de hipotecas (31.12.1829)”, in *Decretos del Rey Nuestro Señor don Fernando VII, y Reales Ordenes, Resoluciones y Reglamentos Generales expedidos por las Secretarías del Despacho Universal y Consejos de S. M. Desde 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1829* (Madrid: Imprenta Real, 1830), XIV, 359.

¹⁵² “Real orden, mandando observar la Instrucción que contiene para recaudar el derecho de hipotecas (29.07.1830)”, in *Decretos del Rey Nuestro Señor don Fernando VII, y Reales Ordenes, Resoluciones y Reglamentos Generales expedidos por las Secretarías del Despacho Universal y Consejos de S. M. Desde 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1830* (Madrid: Imprenta Real, 1831), XV, 300-309.

¹⁵³ “Real orden, comunicada a la Dirección General de Rentas sobre el modo de pagar el medio por ciento del derecho de hipotecas (17.08.1831)”, in *Decretos del Rey Nuestro Señor don Fernando VII, y Reales Ordenes, Resoluciones y Reglamentos Generales expedidos por las Secretarías del Despacho Universal y Consejos de S. M. Desde 1.º de enero hasta fin de diciembre de 1831* (Madrid: Imprenta Real, 1832), XVI, 251-252.

¹⁵⁴ “Real decreto (23.05.1845)”, in *Gaceta de Madrid*, n. 3942 [30.6.1845], 1-2.

¹⁵⁵ “Real decreto, estableciendo el derecho de hipotecas que se ha de exigir en las ventas y permutas de bienes inmuebles, en las herencias de hijos naturales, en las pensiones, arriendos y demás transacciones que se expresan (13.06.1847)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Segundo cuatrimestre de 1847* (Madrid: Imprenta Nacional, 1849), XLI, 177-179.

El impuesto de hipotecas: principales normas hasta la *Ley Hipotecaria* (1861)

NORMA	REFERENCIA	CONTENIDO
RD. 1852.11.26	CLE, LVII, 521-529 ¹⁵⁶	Reforma del sistema que suprime el registro e impuesto para los arrendamientos (art. 2)
RD. 1853.08.19	CLE, LIX, 496-500 ¹⁵⁷	Reforma del sistema que restaura el registro e impuesto para los arrendamientos (art. 5)

Una simple revisión de lo esencial de estas normas basta para verificar nuestra aserción. En el RD. 31.12.1829 ¹⁵⁸ y en la RO. 29.7.1830 ¹⁵⁹, no sólo se instaure el impuesto de hipotecas cifrándolo en un 0,5% del valor de lo inscrito sino que se determina lo que debe ser objeto de registro y, en comparación con lo existente hasta entonces, se aprecia una considerable ampliación: mientras la Pragmática de 1768 (NR. 10,16,3 ¹⁶⁰) exigía el registro de las hipotecas convencionales especiales (NR. 10,16,3,1 ¹⁶¹) sobre derechos perpetuos (NR. 10,16,3,4 ¹⁶²), según el RD. 31.12.1829 ¹⁶³ se deben registrar las “ventas, cambios, donaciones y contratos de todas clases que contengan traslación de dominio directo o indirecto de bienes inmuebles” y, en la RO. 29.7.1830 ¹⁶⁴, se insiste en lo mismo (art. 4, RO. 29.7.1830 ¹⁶⁵) y, como ya se había hecho en NR. 10,16,3,4 ¹⁶⁶, se aclara que la expresión “bienes inmuebles” incluye “no sólo las casas, heredades y otros de esta calidad, inherentes al suelo, sino también los censos, los tributos, los oficios y otros cualesquiera derechos perpetuos” (art. 5, RO. 29.7.1830 ¹⁶⁷) y, por este motivo, se entiende que la RO. 17.8.1831 ¹⁶⁸ afirme que “[...] la expresada instrucción [=

¹⁵⁶ “Real decreto, haciendo varias reformas en el sistema hipotecario (26.11.1852)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Tercer cuatrimestre de 1852* (Madrid: Imprenta Nacional, 1853), LVII, 521-529.

¹⁵⁷ “Real decreto, introduciendo varias reformas en el sistema hipotecario (19.08.1853)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Segundo cuatrimestre de 1853* (Madrid: Imprenta Nacional, 1854), LIX, 496-500.

¹⁵⁸ Para esta norma, *vid. supra* n. 151.

¹⁵⁹ Para esta norma, *vid. supra* n. 152.

¹⁶⁰ Para esta norma, *vid. supra* n. 93.

¹⁶¹ Para esta norma, *vid. supra* n. 95.

¹⁶² Para esta norma, *vid. supra* n. 96.

¹⁶³ Para esta norma, *vid. supra* n. 151.

¹⁶⁴ Para esta norma, *vid. supra* n. 152.

¹⁶⁵ Para esta norma, *vid. supra* n. 152.

¹⁶⁶ Para esta norma, *vid. supra* n. 132.

¹⁶⁷ Para esta norma, *vid. supra* n. 152.

¹⁶⁸ Para esta norma, *vid. supra* n. 153.

RO. 29.7.1830¹⁶⁹) no deroga en ninguna de sus partes la pragmática de 31 de Enero de 1768, inserta en la ley 3.^a, título 16, libro 10 de la Novísima Recopilación, [...]” porque, a fin de cuentas y como acabamos de ver, sólo se ampliaba el alcance del registro y se incluía el impuesto. Sin embargo, la norma con mayor interés es el RD. 23.5.1845¹⁷⁰ por las siguientes razones:

a) Se constata otra ampliación porque, según el art. 1.1-3, RD. 23.5.1845¹⁷¹, queda sometido a registro e impuesto de hipotecas lo siguiente:

- a. “Toda traslación de bienes inmuebles, ya sea en propiedad o en usufructo, cualquiera que sea el título con que se verifique, [...]” (art. 1.1),
- b. “Todo arriendo o subarriendo de los mismos bienes.” (art. 1.2) y
- c. “Toda imposición y redención de censos u otras cargas sobre los mismos.” (art. 1.3).

Antes de evaluar su significado, recordemos que el registro y la tributación por los arrendamientos fueron luego suprimidos mediante el art. 2, RD. 26.11.1852¹⁷² y se volvieron a reintroducir en virtud del art. 5, RD. 19.8.1853¹⁷³. Aunque las exposiciones de motivos de ambos RD. justifican esta inconstancia invocando razones fiscales¹⁷⁴, cabe plantearse si la inclusión de los arrendamientos transformó el sentido jurídico del registro convirtiéndolo en un registro de la contratación sobre bienes inmuebles. A nuestro entender no fue así pero, de entrada y para encontrar una solución, es necesario aclarar el campo descartando soluciones *ad hoc* técnicamente erróneas como la dada por López y Tatjer¹⁷⁵ porque, aunque el art. 1.1, RD.

¹⁶⁹ Para esta norma, *vid. supra* n. 152.

¹⁷⁰ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

¹⁷¹ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

¹⁷² Para esta norma, *vid. supra* n. 156.

¹⁷³ Para esta norma, *vid. supra* n. 157.

¹⁷⁴ RD. 26.11.1852: “[...] y teniendo presente que esta no puede menos de considerarse como un recargo sobre lo que el contribuyente paga por razón de las utilidades de las mismas fincas, el Gobierno no vacila en proponer a V. M. en beneficio de los pueblos, la supresión del derecho de hipotecas impuesto a los expresados arrendamientos, [...]” (*CLE*, LVII, 522; para esta norma, *vid. supra* n. 156); RD. 19.8.1853: “También es conveniente, como un elemento para perfeccionar la estadística de la riqueza inmueble y conseguir un repartimiento más equitativo en esta contribución, que se presenten a la toma de razón en las oficinas del registro de hipotecas todos los contratos del arriendo y subarriendo de bienes inmuebles.” (*CLE*, LIX, 498; para esta norma, *vid. supra* n. 157).

¹⁷⁵ “A las traslaciones de bienes inmuebles en propiedad se unen ahora las transmisiones de usufructo como arriendos o subarriendos” (LÓPEZ, “Una nueva fuente ...”, 351); “La principal novedad del Real Decreto de 23 de mayo de 1845 sobre organización de las Contadurías de hipotecas

23.5.1845¹⁷⁶ tenga en cuenta las traslaciones de bienes inmuebles en usufructo, éste no es el caso ya que, en el arrendamiento, sólo se transmite el uso de la cosa por precio y tiempo ciertos¹⁷⁷. La única solución técnicamente correcta y posible es considerar que el RD. 23.5.1845¹⁷⁸ no supuso un cambio radical sino una simple reforma de lo existente conservando vigente la vetusta delimitación conceptual que, iniciada por la Pragmática de 1768 (NR. 10,16,3,4¹⁷⁹) y reafirmada en el art. 5, RO. 29.7.1830¹⁸⁰, establecía que la expresión “bienes inmuebles” incluía “no sólo las casas, heredades y otros de esta calidad, inherentes al suelo, sino también los censos, los tributos, los oficios y otros cualesquiera derechos perpetuos”. Como la perpetuidad es uno de sus rasgos típicos y característicos, no resulta nada arriesgado identificar los “derechos perpetuos” aquí citados con los derechos reales (*iura in re*) y, a su vez, esto soluciona nuestra inquietud porque, según la doctrina jurídica tanto del Derecho común como también del derecho castellano¹⁸¹, había

radica en la ampliación de la obligación de registrar a las escrituras de transmisión de usufructo como arriendos y subarriendos, pero esta disposición tiene poca relevancia en Cataluña, donde este tipo de contratos se inscribía desde 1768.” (LÓPEZ *et* TATJER, “Observaciones sobre ...”, 137). La última afirmación sobre la inscripción de los arrendamientos en Cataluña desde 1768 es completamente incierta porque no lo prevenían así ni la Pragmática de 1768 (para esta norma, *vid. supra* n. 93) ni tampoco el Edicto para Cataluña de 1774 (para esta norma, *vid. supra* n. 118) y, como lo hacen constar las mismas historiadoras, sólo era una de las peticiones expresadas por la Audiencia catalana y que el Consejo de Castilla desestimó (LÓPEZ *et* TATJER, “Observaciones sobre ...”, 134).

¹⁷⁶ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

¹⁷⁷ P. 5,8,1: “Loguero es propriamente quando un ome loga a otro, obras que ha de fazer con su persona, o con su bestia o otorgar un ome a otro poder de usar de su cosa, o de servir se della, por cierto precio, que le ha de pagar, en dineros contados. [...]” (*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida* (Salamanca: Andrea de Portonariis, 1555 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1985], fol. 39rb-va).

¹⁷⁸ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

¹⁷⁹ Para esta norma, *vid. supra* n. 132.

¹⁸⁰ Para esta norma, *vid. supra* n. 152 y 167.

¹⁸¹ Gregorio LÓPEZ, “Glossa ‘Su vida’ ad P. 5,8,19”: “Quod eum est ad vitam dicitur perpetuum: ut in lege 1 ff. pro socio [= *D. 17,2,1 (Paul. 32 ad ed.)*] et in locatione ad vitam, notat glossa in § perpetua 10 quaestio 2 [= *C. 10, q. 2, c. 2, § 6*] et glossa in Clementina 1 de rebus ecclesiae non alienandis [= *Clem. 3,4,1*] quid tamen si non esset locatio ad vitam conducentis, vel pro se et suis haeredibus, ut hic dicit, facta tamen esset ad decennium, et ultra. An tunc colonus vel inquilin[us] possit expelli per emptorem?. Glossa et Doctores communiter dicunt, quod non in dicta lege emptori [emptorem, *corr.*] [= *CJ. 4,65,9 (Alex. 234)*] et in dicto § si vir [= *D. 24,3,25,4 (Paul. 36 ad ed.)*] talis namque [nanque, *corr.*] conductor habet ius in re, ut in lege 1 § quod ait [quod autem, *corr.*] ubi Bartolus dicit ita communiter teneri ff. de superficiebus [= *D. 43,18,1,3 (Ulp. 70 ad ed.)*] glossa in lege finalis ff. si ager vectigalis, [*id est emphyteuticarius, petatur*] [= *D. 6,3,3 (Paul. 21 ad ed.)*] transit enim utile dominium ex tali conductione ad longum tempus, ut probatur in dicto § quod ait [quod autem ait, *corr.*] [= *D. 43,18,1,3 (Ulp. 70 ad ed.)*] et prohibitus alienare, si locat ad longum tempus, incidit in poenam prohibitionis, ut Bartolus et communiter Doctores post Dymum tenent contra glossam in lege codicillis § instituto ff. de legatis [*et fideicommissis*] 2 [= *D. 31,88,15 (Scaev. 3 resp.)*] nisi in tali conductione fiat pactum, quod non transeat ex tali locatione ad longum tempus utile dominium, nam tunc non transiret, ut in lege cum

transmisión del *dominium utile* en la *locatio conductio ad longum tempus*, es decir, cuando el arrendamiento de un bien inmueble se realizaba por un plazo de diez o más años¹⁸². Y, en segundo lugar, la práctica consistente en que el arrendador hipotecaba la finca arrendada *ad modicum tempus* al arrendatario *pro observatione contractus*¹⁸³, es decir, para asegurarle la pacífica posesión al arrendatario frente a la aplicación del principio romano *emptio tollit locatum* y que, según la doctrina jurídica del Derecho común y también conocida por la castellana¹⁸⁴, confería al arrendatario una

manu sata § finalis ff. de contrahenda emptione [*et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quare res venire non possunt*] [= *D. 18,1,80,3 (Lab. 5 post. a lav. epit.)*] Baldus et Joannes de Imola in lege si domus § finalis ff. de legatis [*et fideicommissis*] 1 [= *D. 30,71,6 (Ulp. 51 ad ed.)*] et in dicto § instituto. [= *D. 31,88,15 (Scaev. 3 resp.)*] Baldus in capitulo 1 § aut si libellario in fine quibus modis feudum amittatur [= *LF. 1,5,4*] quo casu salvari potest opinionem glosae in dicto § instituto [= *D. 31,88,15 (Scaev. 3 resp.)*]. [...]” (*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida* (Salamanca: Andrea de Portonariis, 1555 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1985], fol. 45ra. Hemos desarrollado completamente las abreviaturas y, en cursiva, hemos identificado, completado y corregido en alguna ocasión las citas).

¹⁸² Al respecto, *vid.* Paolo GROSSI, ‘*Locatio ad longum tempus*’. *Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune* (Napoli: Morano editore, 1963), 96 y ss.; E. J. H. SCHRAGE, “*Emptio (Nondum) Tollit Locatum*”, in *Acta Juridica*. 1978. *Essays in honour of Ben Beinart* (Cape Town-Wetton-Johannesburg: Juta & Co., 1979), III, 1-14, esp. 6-8; COING, *Derecho privado europeo ...*, I, § 74.II, 469-471, esp. § 74.II.3, 470-471 y § 88, 574-581, esp. § 88.III.1, 576; Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 338-383, esp. 359 y n. 128-129.

¹⁸³ Aunque los apoyos disponibles sean débiles e indirectos, cierta comprobación de esta práctica y el consecuente refuerzo de nuestra hipótesis se encuentra en el hecho que, según Morell, fuera general la práctica d’hipotecar la finca arrendada para asegurar —y luego se añade interpretando erróneamente desde un punto de vista técnico una construcción jurídica que ya de por sí es bastante artificial— el cobro de la renta (Josep MORELL I TORRADEMÈ, “Les comptadores d’hipotques: una font per a l’estudi de la història”, in *Miscel·lània en honor del doctor Casimir Martí* (Barcelona: Fundació Salvador Vives i Casajuana, 1994), 325-344, esp. 342: “Arrendaments entre particulars i municipals. No molt nombrosos al començament, però després es van generalitzar per a assegurar-ne el pagament amb hipotques. Normalment s’hipoteca la casa arrendada, encara que també es realitza la hipoteca d’un altre immoble per respondre del preu.”). Para mostrar el error cometido, recurrimos a la *reductio ad absurdum*. En primer lugar, es cierto que sólo el arrendador puede hipotecar la casa arrendada y así lo hacían pero, en cambio, el contrasentido y error aparece cuando se supone que dicha hipoteca aseguraba el cobro de la renta porque, a fin de cuentas, ¿qué sentido tiene que arrendador-acreedor asegure hipotecando su propio bien inmueble que, en caso que el arrendatario-deudor no pague la renta que debe, ejecutará su propia finca hipotecada para cobrar la renta que le debe el deudor? Aunque teníamos una brizna de esperanza puesto que, siendo un ensayo heurístico sobre la fuente y lo realizaba una experta de reconocida solvencia como Congost, se planteaba la posibilidad de recoger información sobre la duración de los arrendamientos registrados, dicha esperanza se frustró al comprobar que, en el posterior desarrollo de ejemplos de las respectivas variables, nos encontramos con un inexplicable vacío sobre la duración de los contratos (Rosa CONGOST, “Una font poc utilitzada: els registres d’hipotques”, *Estudis d’Història Agrària*, 8 (1990), 201-234, esp. 213-221).

¹⁸⁴ BARTOLUS A SAXOFERRATO (1314-1357), “*Commentarium ad D. 19,2,32 [Iul. 4 ex Mini.]*”: “*Successor singularis non tenetur stare colono, nec colonus ei, hoc dicit. Istud quod*

actio in rem para protegerse frente al *successor singularis* del arrendador¹⁸⁵. Así, pues, nos encontramos ante un registro y un impuesto sobre derechos reales.

b) Pero volvamos a nuestros intereses inmediatos y centremos nuestro análisis en las hipotecas. Al respecto, se constata una sutil e implícita amplia-

hic dicit in plures annos, intellige in pauciores decem. Nam si in decem annos tunc conductori quaereretur utile dominium, ut lege 1 § [finalis] Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur [= *D. 6,3,1,1 (Paul. 21 ad ed.)*] et in lege 1 de superficiebus [= *D. 43,18,1 (Ulp. 70 ad ed.)*] et sic haberet ius re, unde non potest repelli ab ipso emptore, vel legatario. Et idem vero quando de locatione est secundum instrumentum, et dominus obligavit conductori omnia bona sua, pro dicta observatione contractus nam colonus potest dicere: 'Ego sto in fundo isto iure pignoris, vel hypothecae pro interesse meo.' Hypotheca autem est ius reale, ut lege pignoris infra de pignoribus [et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum] [= *D. 20,1,17 (Ulp. 15 ad ed.)*] et sic transit ad quaecumque successorem tamen oportet quod conductor antequam conpellatur, incipiat possidere seu detinere iure pignoris. Nam ex eo quod tenet conductionis, potest repelli, ut hic, et lege emptori [emptorem, corr.] Codicis eodem [= *de locato et conducto*] [= *CJ. 4,65,9 (Alex. 234)*] et lege nihil proponi [proponitur, corr.] infra de legatis 1 [= *de legatis et fideicommissis*] [= *D. 30,120 (Ulp. 2 resp.)*] et ideo est consilium, et iam feci fieri, quod in instrumento apponatur quod ex nunc colonus, vel inquilinus detineat dictam rem iure pignoris, vel hypothecae pro obligatione praedicta. Materiam istam doctores ponunt in dicta lege emptori [emptorem, corr.] [= *CJ. 4,65,9 (Alex. 234)*] et dixi in dicta lege si filio § finalis infra soluto matrimonio [dos quemadmodum petatur] [= *D. 24,3,25,4 (Paul. 36 ad ed.)*]. (BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In secundam Digesti veteris partem. Cum adnotationibus ...* (Venetiis: Iuntas, 1570), fol. 135ra, núms. 1-2. Hemos desarrollado completamente las abreviaturas y, en cursiva, hemos identificado, completado y corregido en alguna ocasión las citas). Para el conocimiento de este artificio jurídico por la doctrina jurídica castellana, vid. Gregorio LÓPEZ, "Glossa 'Dos casos' ad P. 5,8,19": "[...]. Adde alium casum supra ubi in contractu locationis interveniret hypotheca bonorum pro observantia contractus, secundum Bartolum in lege 1 § quia [quod, corr.] autem ff. de superficiebus [= *D. 43,18,1,6 (Ulp. ad ed.)*] et in dicta lege emptori [emptorem, corr.] [Codicis de locato et conducto] [= *CJ. 4,65,9 (Alex. 234)*] et in dicto § si vir [lege si filio ff. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur] [= *D. 24,3,25,4 (Paul. 36 ad ed.)*] ubi et subdit Alex[ander] [= *Alessandro Tartagni (1424-1477)*] quod ista hypotheca non operabitur, ut emptor precise teneatur stare colono, cum hypotheca bonorum sit accessoria ad principalem obligationem, quem solum datur ad interesse, ut in dicta lege qui fundum [ff. locati conducti] [= *D. 19,2,32 (Iul. 4 ex Mini.)*] uno oblato tali interesse pro emptorem, poterit expellere colonum, ut et fuit de mente Bartoli in dicta lege emptori [emptorem, corr.] [Codicis de locato et conducto] [= *CJ. 4,65,9 (Alex. 234)*] et ibi late tradit Salic[etus] [= *Bartolomeo da Saliceto (?1411)*] et fuit sententia Iacob[us] Butri[garius] [= *Iacopo Bottrigari (1274-1348)*] in dicta lege si merces § 1 ff. eodem [locati conducti] [= *D. 19,2,25,1 (Gai. 10 ad ed. prov.)*] et hoc satis placet et est de mente omnium doctorum. Advertet tamen quia Io[hannes] de Anna [= *Giovanni Vincenzo d'Anna (ca. 1524-1582?)*] in capitulo si columna 5 versiculo quod autem si colonus ne prelati vices suas, etcetera. Dicit unum valde notabile verbum, si esset verum, quod si colonus vel inquilinus dicat emptori sua interesse perseverare in locatione, et ideo vult rem locatam sibi retineri, neque praetendi aliud interesse, sed suum interesse esse manere in locatione, quod tunc non poterit expelli, cum istud interesse aliter sibi non possit solvi, nisi patiendo eum uti locatione, adducit ad hoc lege si creditor § finalis ff. de distractione pignorum [et hypothecarum] [= *D. 20,5,7,2 (Marc. sing. ad form. hypo.)*] et qua tunc demum potest expelli ille, qui fundat se in hypothecaria agendo vel restituendo, quando offertur sibi illud, pro quo est res obligata et inducta hypothecaria, et notat alias, ut probatur lege Paulus § [la, corr.] finalis ff. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur [= *D. 20,6,12,1 (Paul. 5 resp.)*] et quod sicuti isto casu locator, et venditor non posset illum expellere quam erat obligatus etiam realiter: ita neque emptor

ción de lo que debía ser objeto de registro que acaba coronando la especialidad hipotecaria que, desde antaño, había presidido este sistema registral. En esta ocasión, hemos prescindido adrede de cualquier referencia tributaria porque la ampliación en cuestión procede precisamente de dos exenciones al impuesto: según el art. 19, RD. 23.5.1845¹⁸⁶, se debía registrar “pero sin pago de derecho de hipoteca [...] todo instrumento público por el cual se hipotequen bienes inmuebles al pago de una obligación de cualquiera especie.” (es decir, las hipotecas especiales) y, en segundo lugar, el mismo régimen se aplicaba también a “Los mandatos judiciales de embargo de toda propiedad inmueble [...]”. Para captar la ampliación, debemos prestar atención al segundo supuesto ya que la expresión empleada indica el contenido típico de las hipotecas judiciales y, por lo tanto, la unión de ambos supuestos nos revela la necesidad de registrar las hipotecas especiales de todo tipo (convencionales, judiciales y legales). Pero, además y para redondear lo anterior, es preciso tener en cuenta un detalle que, a falta de mejor recurso expresivo, podríamos denominar especialidad hipotecaria *de facto* de todo este sistema registral: como ya lo había hecho la Pragmática de 1768 (NR. 10,16,3,4¹⁸⁷), el art. 29.5, RD. 23.5.1845¹⁸⁸ exige que la inscripción registral debe contener los rasgos identificativos del bien inmueble (es decir, se debe señalar “El inmueble que es objeto del contrato, con expresión de su situación, cabida, linderos, valor y cargas que sobre sí tenga.”). Nótese que esta restricción práctica que impone la necesidad de identificar el bien inmueble concreto comporta, *de facto* e implícitamente, la exclusión del registro de todas las hipotecas generales o, dicho de otro modo, que sólo puedan inscribirse las hipotecas radicadas sobre bienes inmuebles concretos, es decir, las hipotecas especiales. Pero con una ya conocida diferencia que deriva del más arriba ya analizado art. 19,

quam obligatus actione reali potest precise compelli ad factum, iuxta plene notata in lege stipulationes non dividuntur versiculo Celsus ff. de verborum obligationibus [= *D. 45,1,72,pr. (Ulp. 20 ad ed.)*]. [...]” (*Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida* (Salamanca: Andrea de Portonariis, 1555 [Reedición anastática: Madrid: Editorial del Boletín Oficial del Estado, 1985], fol. 44vb. Hemos desarrollado completamente las abreviaturas y, en cursiva, hemos identificado, completado y corregido en alguna ocasión las citas).

¹⁸⁵ Al respecto, *vid. SCHRAGE*, “Emptio (Nondum) Tollit Locatum ...” 12-13; *COING*, *Derecho privado europeo ...*, I, § 88.III.2, 576-577; Reinhard *ZIMMERMANN*, “Roman-Dutch Jurisprudence and its Contribution to European Private Law”, *Tulane Law Review*, 66 (1992), 1685-1721, esp. 1704-1707 [= Reinhard *ZIMMERMANN*, “El derecho romano-holandés y su contribución al derecho privado europeo”, in *Estudios de derecho privado europeo. Traducción de Antonio Vaquer Aloy* (Madrid: Editorial Civitas, 2000), 67-110, esp. 90-93]; *ZIMMERMANN*, *The Law of Obligations ...*, 379-382.

¹⁸⁶ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

¹⁸⁷ Para esta norma, *vid. supra* n. 96.

¹⁸⁸ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

RD. 23.5.1845¹⁸⁹: mientras la Pragmática de 1768 estaba circunscrita a las hipotecas especiales convencionales, ahora se amplía el radio de acción del registro a todas las hipotecas especiales, es decir, no sólo a las convencionales sino también a las judiciales y legales¹⁹⁰. Resulta alentador comprobar que un experto en el registro de la época (Felipe Ramón de Rivas) ya resaltó la importancia de esta especialidad hipotecaria *de facto*¹⁹¹, pero se deben tomar con mayor cautela las afirmaciones de la historiadora que le rescató del olvido: según López, la exclusión de las hipotecas generales por parte del RD. 23.5.1845¹⁹² fue explícita y, en segundo lugar, esta exclusión se correspondía con el progresivo desuso de las hipotecas generales a causa de su ineficacia¹⁹³. La primera afirmación es incierta e injustificada porque, como ha mostrado nuestro esfuerzo exegético, dicha exclusión fue implícita. El segundo aserto no sólo es gratuito sino que, proporcionalmente, resulta mucho más peligroso porque, en el fondo y sin proponérselo, oculta la mayúscula incoherencia subyacente en este sistema registral que un historiador técnicamente poco avezado malinterpretó substituyendo la realidad jurídica por el pálido reflejo que de ella daba el sistema registral: el hecho de que no fuera necesario registrar las hipotecas generales no implica necesariamente que dichas hipotecas no existieran o estuvieran desapareciendo sino que, visto críticamente, el problema quizás sea otro y distinto, a saber, un registro con las características de éste no era precisamente la fuente histórica adecuada para conocer y pronunciarse sobre una realidad que, por su propia naturaleza jurídica y por imperativo legal, debía ignorar. Para mostrar la antes referida incoherencia subyacente en este sistema registral, utilizaremos la contraposición de algunos ejemplos significativos que tabulamos a continuación:

¹⁸⁹ Para esta norma, *vid. supra* n. 154 y 186.

¹⁹⁰ Sobre los cruces taxonómicos que habilitan estas subespecies hipotecarias, *vid.* “Hipoteca”, in ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación ...*, III, 123a.

¹⁹¹ “Para el funcionario que, en 1850, redacta un manual para el uso de los Jefes de Registro, la identificación de cada finca ‘es la principal y más precisa necesidad’ y si el instrumento original no la contiene, la inscripción es nula o ‘por los menos daría lugar a los mismos fraudes que se tratan de evitar’ [...]” (LÓPEZ, “Una nueva fuente ...”, 351; LÓPEZ *et* TATJER, “Observaciones sobre ...”, 137). El texto entre comillas simples procede de Felipe Ramón de RIVAS, *Breves observaciones y comentarios a las leyes y disposiciones vigentes o sea Manual del Jefe del Registro* (Madrid: Manuel Pita, 1850).

¹⁹² Para esta norma, *vid. supra* n. 154 y 186.

¹⁹³ “Pero el decreto de 1845 excluye explícitamente del registro las escrituras con hipoteca general. La medida se correspondía con la desaparición progresiva del uso de la hipoteca general, vista su ineficacia.” (LÓPEZ, “Una nueva fuente ...”, 351).

La incoherencia del sistema registral: Ejemplos contrapuestos de hipotecas legales

I. HIPOTECAS LEGALES ESPECIALES	II. HIPOTECAS LEGALES GENERALES
<p>I.1. Hipoteca que el propietario de una casa alquilada tiene en las cosas del inquilino que se encuentren en ella para cobrar el alquiler debido y para indemnizarle de los perjuicios o deterioros causados por el inquilino en la casa: P. 5,8,5; D. 20,2,2 [Marc. sing. ad form. hypo.]; D. 20,2,4 [Ner. 1 membr.]</p>	<p>II.1. Hipoteca que los huérfanos menores de veinticinco años y sus herederos tienen en los bienes de sus tutores y curadores, y en los de los fiadores y herederos de los mismos tutores y curadores, por las resultas de la tutela o curatela desde la toma real o debida de posesión hasta que rindan cuentas entregando bienes y pagando el resultado líquido y los perjuicios causados por malversación: P. 5,13,23; P. 6,16,21; CTh. 3,30,1 = CJ. 5,37,20 [Const. 314]</p>
<p>I.2. Hipoteca que el propietario de predios rústicos arrendados tiene en las cosas introducidas en ellos por el arrendatario con conocimiento del dueño y en los frutos producidos para cobrar la renta del arrendamiento y para reintegrarse de los daños o deterioros: P. 5,8,5; R. 4,21,25,3-5 = NR. 10,11,6 [Felipe II. 1594 y Felipe IV. 1633]; D. 20,2,7 [Pomp. 13 ex var. lect.]; CJ. 8,14(13),3 [Alex. 223]</p>	<p>II.2. Hipoteca que la esposa tiene en los bienes de su marido para la repetición de la dote y de los bienes parafernales que le hubiere entregado: P. 5,13,23; P. 4,11,17; CJ. 5,13,1 [Iust. 530]; CJ. 5,14,11 [Iust. 530]</p>
<p>I.3. Hipoteca que el que prestó dinero para construir de nuevo o bien para reparar una casa u otro edificio tiene en la misma casa o edificio construido o reparado para recobrar su préstamo: P. 5,13,26; D. 20,2,1 [Pap. 10 resp.]</p>	
<p>I.4. Hipoteca que el que prestó dinero para guarnecer (es decir, proveer y equipar) o para reparar o componer una nave tiene en la misma nave reparada o equipada y provista hasta reintegrarse de sus desembolsos: P. 5,13,26; D. 20,4,5 [Ulp. 3 disput.]; D. 20,4,6 [Ulp. 73 ad ed.]</p>	

Según hemos visto, estaban sometidas a registro las hipotecas legales especiales (supuestos I.1, I.2, I.3 y I.4 de la tabla) y, frente a estos ejemplos de alcance limitado, quedaban en cambio excluidas del registro las hipotecas legales generales (supuestos II.1 y II.2 de la tabla) cuya importancia y recurrencia social es sin duda mucho mayor pues tratan de asegurar los medios de

subsistencia para dos situaciones vitales bastante habituales en cualquier período histórico: por un lado, los menores huérfanos y otros incapaces y, por otro, las esposas cuando se disuelve el matrimonio (normalmente, por defunción del marido, es decir, las viudas pues, en la época estudiada, el divorcio no estaba legalmente reconocido).

c) Si esta consecuencia ya es significativa del cariz de este sistema registral, hay otra que sin duda es mucho más grave y relevante jurídicamente: como acabamos de ver, las hipotecas generales de cualquier tipo (convencionales, judiciales y legales) quedaban excluidas del registro pero, sin embargo, no puede ni debe obviarse que nada impedía que dichas hipotecas pudieran constituirse y, en su momento, ser eficaces. En esta cuestión y en segundo lugar, es preciso añadir una precisión de la que el lector avisado ya se habrá percatado: a raíz del planteamiento que acabamos de analizar, este RD. 23.5.1845¹⁹⁴ alteró el específico sistema registral que el Edicto de 1774¹⁹⁵ había instaurado en Cataluña uniformando su régimen al del resto de la Monarquía, es decir, derogando la necesidad que allí había de inscribir también las hipotecas generales¹⁹⁶.

d) A la vista del tenor de este RD. 23.5.1845¹⁹⁷ y según lo defendido por algunos historiadores¹⁹⁸, la inscripción tenía valor constitutivo y repetía el mismo planteamiento de la Pragmática de 1768. En él se establecía que la no inscripción implicaba la nulidad del correspondiente documento o título y que éste no tenía ningún valor ni en juicio ni fuera de él (art. 40, RD. 23.5.1845¹⁹⁹: “Todo título o documento que, estando sujeto al registro de hipoteca, aparezca sin la nota correspondiente que acredite estar registrado, será nulo y de ningún valor en juicio y fuera de él.”). Sin embargo y por otra parte, los arts. 29.1 y 30 del mismo RD. 23.5.1845²⁰⁰ señalaban que, en la inscripción registral, debía emplearse la fecha de otorgamiento de la escritura en cuestión (art. 29.1, RD. 23.5.1845: “En el registro ha de constar: 1.º La fecha del otorgamiento de la escritura de todo acto comprendido en este mi

¹⁹⁴ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

¹⁹⁵ Para esta norma, *vid. supra* n. 118.

¹⁹⁶ “No obstante, el Decreto de 1845 y sus disposiciones complementarias cambian la forma de llevar el Registro en Cataluña en virtud de lo que suprimen: la inscripción de las hipotecas generales.” (LÓPEZ *et* TATJER, “Observaciones sobre ...”, 137).

¹⁹⁷ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

¹⁹⁸ “En 1830, la introducción de la inscripción constitutiva, requisito indispensable para la validez legal de todo acto de transmisión, y la introducción, también, de sanciones pecuniarias para los que omitan tal formalidad, refuerzan la obligatoriedad del Registro.” (LÓPEZ, “Una nueva fuente ...”, 350). Sobre el carácter constitutivo de la inscripción pero referido a la Pragmática de 1768, *vid. SERNA VALLEJO, La publicidad inmobiliaria en el derecho ...*, 202.

¹⁹⁹ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

²⁰⁰ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

Real decreto, [...]”; art. 30, RD. 23.5.1845: “Con las mismas formalidades se hará el registro de los contratos por los cuales se grave una finca con la responsabilidad de fianzas, de los mandatos judiciales de embargo de inmuebles, o de otro acto cualquiera que no devengue derecho de hipotecas. [...]”). Este es un aspecto generalmente omitido y, en cambio, es esencial para constatar la desnaturalización del valor constitutivo de la inscripción registral a causa de los efectos retroactivos que se le concedían, aspecto en el que ya hemos insistido anteriormente. La no inscripción en el plazo fijado acarrea el pago de multas (art. 41, RD. 23.5.1845²⁰¹). La doctrina de la época interpretó que la inscripción tardía implicaba convalidación de un contrato nulo²⁰². En realidad, lo hacía eficaz.

e) En el art. 21 del RD. 23.5.1845²⁰³, figura una alteración significativa porque se establecía que también quedaban sometidos al mismo sistema registral e impositivo no sólo —como hasta entonces— los documentos públicos sino también los contratos particulares (art. 21, RD. 23.5.1845: “En los mismos plazos se presentarán igualmente los contratos particulares en que no intervenga escribano, firmados por los interesados respectivos; y con arreglo al precio que del documento presentado resulte se liquidarán y satisfarán los derechos”). Ante las dudas suscitadas, esta submisión a registro e impuesto de los contratos particulares fue confirmada por una circular de la Dirección General de Contribuciones Indirectas²⁰⁴.

Como se ha visto y según dijimos más arriba, los cambios introducidos no alteraron significativamente el sistema registral existente y, por consiguiente, persistieron los defectos ya antes señalados: publicidad formal restringida, inscripción registral constitutiva desnaturalizada, perpetuación de los problemas derivados de la existencia de documentos anteriores exentos de registro y de hipotecas generales que surtían efecto sin necesidad de ser inscritas, publicidad material inexistente y principio de prioridad hipotecaria constantemente burlado.

²⁰¹ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

²⁰² BALCELLS Y TARRAGONA, *Manual del testador catalán ...*, 194: “El Real decreto de 23 de mayo antes citado en su artículo 40 declara nulo todo título o documento, que debiendo estar registrado en las oficinas de hipotecas, aparezca sin la correspondiente nota de haberlo sido. Sin embargo esta nulidad puede ser enmendada y convertida en validez haciendo registrar el documento aunque sea fuera de su propio tiempo sujetándose el interesado a las otras penas.”.

²⁰³ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

²⁰⁴ “Circular [de la Dirección General de Contribuciones Indirectas], aclarando la inteligencia de la Real orden de 27 de Julio de 1847, referente al artículo 21 del Real decreto de 23 de Mayo de 1845, por el cual se estableció el actual sistema hipotecario (18.7.1849)”, in *Colección legislativa de España (Continuación de la Colección de decretos). Segundo cuatrimestre de 1849* (Madrid: Imprenta Nacional, 1850), XLVII, 461-462.

Un ejemplo será suficiente para mostrar el tamaño del boquete que podía abrirse en las instituciones de crédito que, con estas condiciones jurídicas, intentaran navegar por este proceloso mar hipotecario. En el plazo habilitado para registrar la hipoteca era posible realizar actos de mala fe cuyo número podía ser nada despreciable si tenemos en cuenta que, cuando los bienes a inscribir estaban ubicados en lugares distintos, se disponía de un mes para cada una de las inscripciones (art. 18.1, RD. 23.5.1845²⁰⁵: “De todos los actos sujetos al pago del derecho de hipotecas ha de tomarse razón en la oficina del registro del partido en que se hallen las fincas, presentándose al efecto por los interesados en el término de ocho días copias autorizadas de los contratos cuando estos se hayan celebrado en el mismo pueblo en que exista la oficina, y en el de un mes, cuando lo hayan si no en otros. [...]”); art. 19, RD. 23.5.1845²⁰⁶: “En los mismos plazos fijados en el párrafo primero del artículo anterior se presentarán igualmente a las oficinas de registro para la correspondiente toma de razón, pero sin pago de derecho de hipoteca, las copias autorizadas de todo instrumento público por el cual se hipotequen bienes inmuebles al pago de una obligación de cualquiera especie. Los mandatos judiciales de embargo de toda propiedad inmueble quedan sujetos a la misma formalidad.”; art. 21, RD. 23.5.1845²⁰⁷). Si la hipoteca ya era hipoteca desde el momento de la convención mientras se registrara dentro del plazo de —según los casos— ocho días, un mes o meses²⁰⁸, resulta que, dentro de dicho plazo, aun era posible dar en hipoteca el inmueble ya hipotecado o realizar el registro en tiempo hábil pero posterior a la constitución de una segunda hipoteca. En este caso, la primera hipoteca continuaría siendo preferente. La consecuencia es que el segundo acreedor hipotecario quedaba burlado en sus intenciones e intereses porque no podía ni había manera de saber que el inmueble que se le ofrecía en hipoteca estaba ya gravado. Evidentemente, los principios de las leyes no son indiferentes con lo que queda bastante de manifiesto el abismo que, en materia hipotecaria, separaba la legislación española de las extranjeras que, sin duda, eran más modernas.

No es necesario mucho esfuerzo para darse cuenta de que, con esta legislación, era casi imposible que las instituciones de crédito hipotecario dieran

²⁰⁵ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

²⁰⁶ Para esta norma, *vid. supra* n. 154.

²⁰⁷ Para esta norma, *vid. supra* n. 154 y, para el texto de este artículo concreto, *vid. supra* n. 203.

²⁰⁸ Si bien ceñida a los instrumentos públicos, la Pragmática de 1768 seguía exactamente este mismo planteamiento con una pequeña y puntual diferencia ya que el plazo fijado para registrar documentos otorgados en una ciudad en donde había *Oficina de Hipotecas* era de seis días (NR. 10,16,3,10; para el texto de esta norma, *vid. supra* n. 98) y, con el RD. 23.5.1845, se había ampliado a ocho días (arts. 18.1, 19 y 21, RD. 23.5.1845; para esta norma, *vid. supra* n. 154 y, para el texto de estos artículos concretos, *vid. supra* n. 205, 206 y 203).

un solo paso o, cuando menos, que se implantaran y desarrollaran en España porque, como decía la memoria jurídica del rechazado proyecto de banco hipotecario catalán de 1854:

“De lo que [los firmantes] no podrían prescindir sin faltar a la confianza que en los mismos se ha depositado, es de que las hipotecas tácitas no deban ser registradas, y de que puedan vivir ocultos derechos que han de hacer enteramente ilusoria la prioridad de hipoteca. Ni podrían dejar de ocuparse muy detenidamente de las hipotecas generales que, aun cuando existen en un estado indefinido, existen todavía, ni olvidar la regla de los privilegios, cuando existen, cesa la de antigüedad. Si no hay posibilidad de venir en conocimiento de las hipotecas que pesan sobre un inmueble que se ofrece en garantía a la Sociedad de crédito, como sucede cuando existe una hipoteca tácita: si aún cuando exista el registro de la escritura en que consta la hipoteca general no puede saberse el gravamen especial, determinado que pesa sobre una finca que comprende aquella: si averiguado todo, una acción *ad evictionem* o rescisoria viene a aguar todas las esperanzas, o nace de súbito un privilegio que destruya todos los derechos anteriores, ¿cómo la Sociedad de crédito podrá calcular hoy su activo y su pasivo de mañana? Por desgracia las hipotecas tácitas ni son pocas en número ni existen solamente en rarísimos casos; y las hipotecas generales tienen más de un partidario y un defensor, y rescisiones y evicciones son harto frecuentes en nuestra patria, y los privilegios comprenden casos vulgarísimos. Es necesario, corregir, modificar o ampliar nuestra legislación”²⁰⁹.

En definitiva, este sistema hipotecario no correspondía a su objeto porque ni garantizaba la propiedad, ni asentaba el crédito territorial, ni facilitaba la obtención de crédito a los titulares de bienes inmuebles porque el sistema no ofrecía seguridad a los prestamistas. Este sistema hipotecario era, pues, incompatible con el crédito territorial y, por esto, lo rechazó la *Ley Hipotecaria* de 1861 (reformada en 1869). Aunque esta norma supuso una revolución en el sistema, conviene señalar que los nuevos principios hipotecarios ya eran conocidos desde antes por juristas ilustrados que, como Joaquín Borrell y Vilá, fueron capaces de plantear cómo y sobre qué bases era posible introducir las instituciones de crédito territorial en España.

²⁰⁹ *Sociedades de Crédito territorial en España. Colección de trabajos que para su establecimiento se han hecho en Barcelona bajo la iniciativa del Instituto Agrícola Catalán de San Isidro* (Barcelona: Imprenta de A. Brusi, 1854), 52.

IV. LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO HIPOTECARIO: SISTEMA E IDEAS JURÍDICAS FUNDAMENTALES PARA UNA SOLUCIÓN

Según hemos visto más arriba, la experiencia de otros países europeos había demostrado que, para la implantación y subsiguiente desarrollo de las instituciones de crédito territorial, era imprescindible un marco jurídico adecuado que, en sus características básicas, debía fundarse en los principios de publicidad, especialidad y prioridad. Pero, al lado de estos principios clásicos, sería oportuno añadir un llamémosle principio de integridad.

Efectivamente, desde el punto de vista del propietario y futuro deudor hipotecado, hay un interés evidente en conseguir un crédito por el valor íntegro de su inmueble o, al menos, cuanto más amplio mejor. A su vez, el acreedor está interesado en asegurar el reembolso del préstamo. Ambas posiciones confluyen en la primera hipoteca inscrita: si el acreedor está dispuesto a ofrecer un préstamo más elevado —y con ello satisfacer el interés del deudor— es porque sabe que, en caso de impago, su hipoteca será la primera en ejecutarse —con lo que aumentan las posibilidades de cobro íntegro de la deuda—. El rango hipotecario juega, pues, un papel determinante en la satisfacción de ambos intereses. Y cuanto mayor sea éste, mayores serán también las posibilidades de negociación en el mercado a base de crear títulos representativos de la deuda. Tales títulos han recibido distintas denominaciones: *lettres de gage*, *Pfandbriefe* y cédulas hipotecarias pero, entre los juristas catalanes de mediados del siglo XIX, se prefería la expresión obligaciones hipotecarias.

El principio de integridad que acabamos de enunciar no es propia y estrictamente un principio hipotecario sino un simple y, hoy en día, harto conocido corolario económico conectado con los principios hipotecarios y, en concreto, el de prioridad²¹⁰. Por lo tanto, ¿qué sentido e importancia tenía

²¹⁰ Para su fundamento, *vid.* VI 5, *De regulis iuris*, 54 [Bonifacius VIII. 1298]: “Qui prior est tempore potior est iure.” (“*Liber Sextus Decretalium D. Bonifacii Papae VIII*”, in Aemilius FRIEDBERG (ed.), *Corpus Iuris Canonici. Editio Lipsiensis secunda post Aemilii Ludovici RICHTERI curas ad librorum manu scriptoru et editionis Romanae fidem recognovit et adnotatione critica instruxit ... II. Decretalium Collectiones* (Leipzig: B. Tauchnitz, 1879 [Reedición anástática: Graz: Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1955]), cols. 929-1124, esp. 1123) cuya base romanista es CJ. 8,17(18),3(4) [Antoninus. 213]: “Si fundum pignori accepisti, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure.”; sobre este aforismo jurídico y su significado, *vid.* Max KASER, *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971²), § 110.III.1, 467, n. 45; Detlef LIEBS, *Latinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter. Zusammenge stellt, übersetzt und erläutert von ... unter Mitarbeit von Hannes Lehmann, Praxedis Möhring und Gallus Strobel* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991⁵), 162, núm. 98.

incluirlo? Lo que hoy en día son certezas adquiridas y comúnmente aceptadas son el resultado de un proceso histórico. En nuestro caso y de forma quizás apresurada, tratábamos de poner de relieve que esta idea ya estaba incluida en una publicación de 1857 de un abogado barcelonés (Joaquín Borrell y Vilá) en la que pretendía delinear —y, a nuestro entender, lo logró con solidez y claridad— lo que él llamó “sistema de crédito territorial”²¹¹. Como los sistemas están compuestos por principios, nos pareció adecuado enaltecer su contribución otorgando naturaleza de principio a la idea que, *de profundis*, animaba su obra.

Borrell pretendía establecer unos principios (de hecho, generalizaciones) sobre el crédito territorial a partir del examen comparado de las distintas experiencias europeas. El valor e interés de su obra no reside tanto en la originalidad de sus hallazgos como en la identificación y decantación de los fundamentos conceptuales de dichas experiencias con la finalidad de llevar a cabo una divulgación temprana, sólida y de calidad de lo logrado allende de las fronteras hispánicas (aunque no cita a ninguna autoridad, se le nota cierta —no confesada— francofilia). En su análisis y como muestra el esquema anterior, Borrell se ocupaba de cuatro grandes temas que, como pilares, luego utilizaba para edificar su sistema de crédito territorial: organización de las instituciones de crédito territorial²¹², condiciones de los préstamos²¹³, emisión de títulos hipotecarios²¹⁴ y “privilegios” de las instituciones de crédito territorial²¹⁵.

El único desliz que se aprecia en la obra de Borrell es que la presentación de las instituciones de crédito territorial peca de cierto finalismo ya que, convencido de que estaban llamadas a satisfacer una necesidad apremiante y preocupado por enaltecer los inestimables beneficios que su desarrollo siempre producía²¹⁶, olvidó definir su naturaleza (intermediarios financieros entre capitalistas y terratenientes) y, aunque parezca una obviedad, este *lapsus* lógico le llevó a plantear una tipología inconsistente: tras establecer la existencia de tres clases de instituciones (asociaciones de propietarios, asociaciones

²¹¹ Para esta obra, *vid. supra* n. 13.

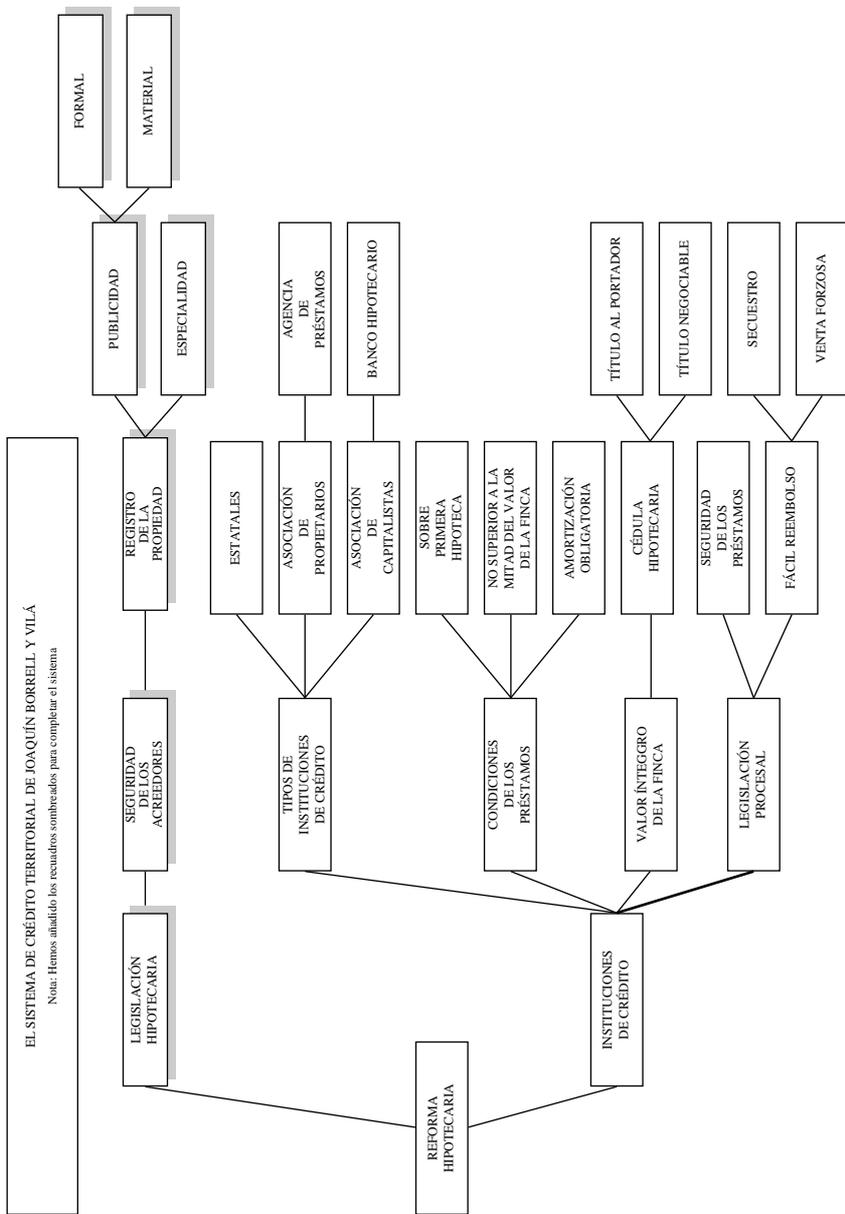
²¹² BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema* ..., 12-20.

²¹³ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema* ..., 20-30.

²¹⁴ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema* ..., 30-37.

²¹⁵ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema* ..., 37-49.

²¹⁶ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema* ..., 18: “Las instituciones de crédito hipotecario, si bien ensayadas bajo diferentes facetas y con variados elementos, no han dejado siempre de producir inestimables ventajas, proporcionando a la propiedad los capitales necesarios para mejorarla, la reducción o disminución del interés y la liberación de la deuda hipotecaria. Tales son comúnmente sus provechosos resultados, más o menos fecundos, según el carácter y extensión de los establecimientos de crédito.” [hemos modernizado el uso de las tildes].



de capitalistas e instituciones estatales)²¹⁷, el criterio empleado sólo puede dar cuenta de las dos primeras especies (prestatarios y prestamistas)²¹⁸. En la subsiguiente explicación y a pesar de su interés intrínseco (las asociaciones de propietarios son agencias de préstamos y, en cambio, las de capitalistas son bancos hipotecarios)²¹⁹, queda patente la importancia del desliz: la ausencia de las instituciones estatales sólo puede explicarse por su ambigüedad ya que, según hayan sido creadas, pueden responder a cualquiera de las dos definiciones anteriores. En el fondo, es una trivialidad que debemos disculpar para atender a tres aportaciones de cierto interés:

a) en primer lugar, la propia naturaleza de la propiedad inmueble exige que se le ofrezca y destine un crédito de larga duración, amortizable²²⁰ y —podríamos añadir por nuestra parte— a interés módico;

b) en segundo lugar, la experiencia histórica había mostrado las virtudes y defectos de los principales modelos institucionales de crédito territorial

²¹⁷ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 12: “Los diferentes medios que los países han empleado para fundar las instituciones de crédito territorial, han dado a conocer y caracterizado la existencia de tres especies de establecimientos, a saber: 1.º Los formados por asociaciones de propietarios o deudores. 2.º Los formados por asociaciones de capitalistas o prestamistas. Y 3.º Los constituidos y regidos por el Estado.” [hemos modernizado el uso de las tildes].

²¹⁸ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 16: “La existencia de los distintos establecimientos de crédito hipotecario espresados, patentiza, que el principio de asociación ha sido generalmente aplicado bajo dos aspectos, atendida la doble personalidad inherente a los contratos de préstamo.” [hemos modernizado el uso de las tildes].

²¹⁹ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 16-17: “Las primeras no llevan ninguna mira de especulación, y en realidad no vienen a ser otra cosa que *agencias de préstamos*, espidiendo tan solo títulos hipotecarios que en algunos países suelen entregar a los mismos deudores para su negociación; y en otros, la sociedad se encarga de negociarlos, y entregar en numerario el importe de los préstamos. Pero las segundas merecen con mas propiedad el nombre de *bancos*, porque poseen un capital de garantía suministrado por accionistas, con cuyo auxilio suelen dar principio a sus operaciones, adjudicándole una parte de intereses, y distribuyendo dividendos a los accionistas.” [hemos modernizado el uso de las tildes. La cursiva es del autor].

²²⁰ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 10-11: “A poco que se reflexione, no deja de conocerse la diferencia notable que existe entre la propiedad moviliaria y la inmueble. Objeto la primera de la industria y del comercio, su condición esencial es la de circulación y transmisibilidad, al paso que el atractivo mayor que ofrece la segunda, es la de su conservación y permanencia. De ahí dimana la naturaleza distinta del crédito de que una y otra deben gozar. Realizable o convertible de continuo el valor de aquella por su propia índole, permite el crédito a corto plazo y el reembolso íntegro del capital a su vencimiento, después de haber producido los beneficios que de su empleo se proyectara obtener. Pero el capital destinado para coadyuvar a la adquisición de un inmueble, o facilitar su mejora, no se recobra inmediatamente y por resultado de su empleo, sino que su reintegro es lento y tardío, debiendo esperarse tan solo de sus rendimientos, o productos anuales. Mal puede avenirse de esta suerte a la naturaleza peculiar de la propiedad inmueble, el crédito de corta duración y reembolsable en su integridad; sino otro, por cierto bien distinto, cual es el crédito a plazo muy dilatado, extinguiible paulatinamente y por fracciones, único que realiza el *sistema de amortización*.” [hemos modernizado el uso de las tildes. La cursiva es del autor].

acerca de su diseño e implantación territorial: el modelo unitario y centralizado francés facilitaba la circulación de los títulos hipotecarios pero, con él y al mismo tiempo, se corría el riesgo de no atender a las necesidades de todo el territorio abarcado y, en cambio, la virtud del plural y descentralizado modelo alemán era precisamente apearse a “la condición peculiar de localidad”²²¹. Con esta expresión y si interpretamos correctamente su intención, Borrell planteaba la necesidad de tener debidamente en cuenta la diversidad de las condiciones económicas y jurídicas de cada territorio y la decisiva influencia que los distintos tipos de suelo, clima, tipo y estado del cultivo, etc. ejercen sobre el valor o —mejor dicho— la valoración de las propiedades y, en este sentido, la multiplicidad descentralizada podía adaptarse mejor y más fácilmente a las condiciones propias y específicas de sus respectivos territorios; y, finalmente,

c) la organización interna de estas instituciones responde a una misma y generalizada estructura compuesta por tres órganos: dirección ejecutiva, comité inspector y junta general²²².

Para asegurar su conservación y el éxito de sus operaciones, es conveniente que las instituciones de crédito territorial observen tres reglas o condiciones en la concesión de los préstamos:

²²¹ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 17-18: “Abrazado el principio de asociación como base elemental de las instituciones de crédito territorial, se suscitó la duda acerca si se plantearía bajo el carácter de unidad, creando una sola asociación central, que, por medio de sucursales, extendiese sus operaciones a todos los departamentos de Francia; o bien, si debiera preferirse el sistema de pluralidad de sociedades, del todo independientes entre sí. Aunque la conocida utilidad del *tipo único* para asegurar el aprecio de los títulos hipotecarios, y facilitar su circulación, no menos que los obstáculos que tal vez impedirían la existencia y progreso de las sociedades de crédito en algunos territorios, [...], se agregaba el ejemplo de las sociedades alemanas, en cuya numerosa existencia venía a reconocerse como una de las causas de sus felices resultados, la condición peculiar de localidad.” [hemos modernizado el uso de las tildes. La cursiva es del autor].

²²² BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 18-19: “La organización, mediante la que funcionan los establecimientos de crédito hipotecario, se reduce generalmente a condiciones muy sencillas. Una *dirección, comité, o consejo de administración* los rige y administra, y si consta de muchos individuos suele nombrar un director para la ejecución de sus acuerdos, agregándole uno o dos subdirectores o suplentes. La vigilancia se ejerce por el gobierno solo, en los establecimientos del estado; y por él y la asociación en los particulares. En estos, el gobierno nombra un *comisario regio, o presidente* que a más de celar la marcha administrativa de la sociedad, y la estricta observancia de los estatutos, interviene la emisión de títulos hipotecarios autorizándolos con su firma; y los asociados nombran por su parte un *comité, comisión, o censores* que vigilen las operaciones sociales. [...]. Por último, completan la organización, las reuniones, o juntas generales de asociados, que se celebran anualmente, o a veces cada tres años [...], sin perjuicio de la publicidad que en todos los establecimientos de crédito suele darse a las cuentas semestrales, o anuales.” [hemos modernizado el uso de las tildes. La cursiva es del autor].

“Los préstamos que hacen los establecimientos de esta clase, se hallan afectos por su naturaleza a ciertas condiciones de las que no es dado prescindir, sin esponer su existencia a gravísimos riesgos, o sin hacer muy estériles los beneficios de tan apreciable institución. De la rigurosa necesidad de atender a entrambos objetos, derivan las condiciones siguientes: 1.^a la de prestar sobre primera hipoteca; 2.^a la de procurar que ningún préstamo esceda la mitad del valor de la propiedad hipotecada; y 3.^a la de constituir el préstamo reembolsable por amortización obligatoria, o bien por anticipos mayores de la cuota amortizable parciales o en totalidad a voluntad del deudor”²²³.

La actividad de las instituciones de crédito territorial consiste en dos operaciones entrelazadas cíclicamente: realizar préstamos hipotecarios y emitir títulos hipotecarios (obligaciones territoriales que, hoy en día, llamamos cédulas hipotecarias) por un importe equivalente al préstamo que, puestos en circulación y negociables en el mercado, les proporcionan nuevos fondos en efectivo que sucesivamente emplean en la concesión de ulteriores préstamos. Estos títulos hipotecarios producen interés y son reembolsables mediante amortización y, según las instituciones que los expiden, pueden ser nominales o al portador. La forma de emitir los títulos no es indiferente porque cada miembro de esta alternativa está caracterizado por una virtud: la mayor seguridad de los títulos nominales y la más ágil negociación de los títulos al portador. Para mitigar el riesgo de pérdida o sustracción que soporta el tenedor de títulos al portador, algunas instituciones admiten el depósito de títulos a cambio de expedir certificados nominales a los tenedores²²⁴.

Aunque pueda parecer lo contrario, el uso del término “privilegios” en la última cuestión abordada es un simple e inofensivo subterfugio retórico, justificado por los antecedentes históricos. Según confiesa Borrell, no se trata de justificar la concesión a estas instituciones de condiciones especiales y diferentes (privilegios) en y para la tutela de sus derechos sino —como se verá más adelante— de abordar reformas legales que tengan en cuenta sus específicas necesidades e intereses. Borrell utiliza este poco agraciado término porque, en los orígenes prusianos del crédito territorial, Federico II había concedido a las *Landschaften*²²⁵ algunos importantes privilegios (como proceder

²²³ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 20 [hemos modernizado el uso de las tildes].

²²⁴ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 30-31.

²²⁵ En sentido recto, la palabra alemana *Landschaft* significa territorio y, en sentido figurado, reproducción pictórica de un territorio, es decir, un paisaje. Sin embargo, durante el Antiguo Régimen, este mismo término tuvo un sentido político-social que no se ha conservado en el alemán moderno: significaba representación —normalmente nobiliaria— de un territorio o institución propia y/o autónoma de la nobleza. De ahí procede el uso que se dió al término *Landschaft* hasta mediados del siglo XIX: con él, se indicaba una asociación de propietarios territoriales de la nobleza

por su cuenta al secuestro y, en su caso, a la venta en pública subasta de bienes hipotecados cuando los deudores incumplieran sus obligaciones y, en el mismo sentido, también se instauraron procedimientos judiciales sumarísimos). Según Borrell, este planteamiento sólo es posible en la “generalidad de los estados de Alemania” (porque no hay obstáculos legales para la seguridad de los préstamos y es fácil conocer la situación de deudores y deudas) y, en cambio, donde la legislación admite hipotecas generales y ocultas —“como en Francia y otros países”— es necesario asegurar el exacto cumplimiento de las obligaciones de los deudores porque de ello depende la conservación y existencia de las instituciones de crédito territorial. En este sentido, “era preciso abrazar dos objetos: 1.º la seguridad de los préstamos, 2.º la de su expédito y fácil reembolso”²²⁶. Para acomodar su exposición a nuestros intereses, empezamos por el último objetivo propuesto.

Como dijimos más arriba, la actividad de las instituciones de crédito territorial es cíclica: necesitan cobrar puntualmente las anualidades de sus deudores para mantener el curso regular y preciso de las operaciones de amortización y pago de intereses. Por lo tanto, cualquier mínima alteración (el impago de las anualidades e incluso la simple demora en el pago) es altamente peligrosa porque puede acarrear el completo descrédito de la entidad. En este sentido, la aplicación a estas instituciones de los medios ordinarios que el derecho ofrece a los acreedores para el cobro de sus deudas no es suficiente porque correrían el riesgo de quedar envueltas en una avalancha de pleitos que, aunque sólo comportaran el simple retardo en el pago de las anualidades, la situación podría fácilmente desembocar en la ruina de la entidad. Ante la ineficacia de los procedimientos comunes y para evitar estos peligros a las instituciones de crédito, se les debe facilitar la obtención de sus derechos mediante vías más rápidas de apremio y ejecución. Para asegurar la estricta puntualidad de los deudores en el pago y teniendo en cuenta las circunstancias, se han venido adoptando dos medidas: el inmediato secuestro de los bienes hipotecados en caso de demora²²⁷ y, en última instancia, la venta forzosa de los bienes hipotecados²²⁸.

que, dando vida a una institución propia y autónoma de su clase social, creaba un instituto provincial o una federación de ellos con el objetivo de proporcionarse crédito territorial. Tras la abolición del feudalismo, el término *Landschaft* pasó a designar una asociación de propietarios que, reunidos sin tener en cuenta ninguna distinción de clase social, tenían como finalidad la gestión del crédito territorial. Sobre el término *Landschaft* y este sentido político-social, vid. Jacob GRIMM et Wilhelm GRIMM, *Deutsches Wörterbuch* (Leipzig: S. Hirzel Verlag, 1885), VI [= Band XII], 131-142, sv. *Landschaft* <<http://germazope.uni-trier.de/Projects/DWB>>.

²²⁶ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 37-38, esp. 38 [hemos modernizado el uso de las tildes].

²²⁷ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 41-44.

²²⁸ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 44-49.

Respecto el secuestro de los bienes hipotecados y siguiendo de cerca el modelo de la entonces reciente legislación francesa²²⁹ y revisando —de paso— el entonces también reciente proyecto de ley español del diputado Zafra²³⁰ que ya hemos tenido oportunidad de conocer²³¹, Borrell plantea la siguiente configuración que resumimos y, por nuestra cuenta, acomodamos al siguiente esquema expositivo:

a) Objeto. Según han demostrado las experiencias francesa y alemana, el secuestro de los bienes hipotecados es útil para inducir a los deudores al puntual pago de sus anualidades y, a su vez, evita que las instituciones de crédito territorial deban recurrir a la venta forzosa de los bienes hipotecados²³². Aunque su principal finalidad es obtener el puntual cobro de las anualidades, este recurso jurídico tiene también dos virtualidades añadidas ya que sirve de medida de indemnidad a favor de las instituciones de crédito y, al mismo tiempo, de disposición coactiva contra los deudores morosos²³³.

b) Naturaleza jurídica. El secuestro introducido a favor de las instituciones de crédito territorial difiere del secuestro judicial ordinario por ser peculiar y privilegiado: no se limita a ser un simple depósito de los frutos o rentas del inmueble sino que atribuye a la entidad acreedora el derecho de aplicar dichas rentas a la extinción de su crédito e intereses y al pago de todos los gastos que ocasione la administración. La concesión de este derecho obedece a la naturaleza especial de los préstamos hipotecarios otorgados por estas instituciones: la renta del inmueble queda afecta al pago de la anualidad y ha

²²⁹ Bajo el genérico epígrafe “Legislación francesa”, Borrell incluye un largo apéndice documental en que recopila y traduce las principales disposiciones legislativas francesas sobre la materia: “Decreto de 26 de febrero de 1852 sobre la creación de Sociedades de Crédito Territorial”, “Decreto de 28 de marzo de 1852 relativo a la duración de la liberación de los préstamos”, “Circular de 15 de abril de 1852 dirigida a los prefectos por el Ministro del Interior sobre la aplicación del Decreto relativo al crédito territorial”, “Reglamento de administración pública de 18 de octubre de 1852 concerniente a la vigilancia de las Sociedades de Crédito Territorial”, “Decreto de 10 de diciembre de 1852 aprobando el contrato celebrado entre el Gobierno y el Banco Territorial de París”, “Decreto de 31 de diciembre de 1852 relativo al visto bueno de los títulos hipotecarios”, “Exposición de los motivos en que se funda la ley de 10 de junio de 1853 sobre las Sociedades de Crédito Territorial hecha ante el cuerpo legislativo por Mr. Rouher vice-presidente del Consejo de Estado y M. M. Suin, Persil y Roulant consejeros de Estado”, “Ley de 10 de junio de 1853 relativa a las Sociedades de Crédito Territorial” y “Estatutos de la Sociedad de Crédito Territorial de Francia” (BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 67-137).

²³⁰ Bajo el epígrafe “Proyecto de ley de las Cortes constituyentes, de 16 de abril de 1855, relativo a la creación de bancos hipotecarios”, Borrell reproduce en apéndice el proyecto de ley del diputado José Álvaro de Zafra y colaboradores (BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 138-156).

²³¹ *Vid. supra* n. 11.

²³² BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 41.

²³³ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 43.

de poder percibirla en caso de incumplimiento con lo que no perjudican tampoco a otros acreedores porque su crédito se halla inscrito como primera hipoteca y les compete el derecho de prioridad para su cobro²³⁴. Como la existencia misma de estas instituciones depende del cobro de las anualidades, se establece que su pago no se podrá retardar por ningún motivo ni oposición (art. 27 del Decreto francés de 28.2.1852 que, “con estrañeza”, omite el proyecto de ley español)²³⁵.

c) Ejercicio. Atendiendo a su finalidad y naturaleza, debe establecerse que, en caso de retraso o falta de pago del deudor, baste la simple petición de la entidad de crédito para que se expida el decreto judicial de secuestro y posesión de los bienes hipotecados (así figura en el art. 29 del Decreto francés de 28.2.1852 y en los arts. 66-67 del proyecto de ley español que, en el último artículo citado, añade que no cabe apelación ni recurso contra dicha providencia)²³⁶. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, si bien confiere el derecho de percibir las rentas del inmueble para darles el destino enunciado, el secuestro impone la obligación de administrar el inmueble con diligencia de propietario y, en este sentido, debe recordarse que los gastos de conservación o reparación, de producción y los tributos debidos al Estado son condiciones indispensables y créditos preferentes que siempre están a cargo del poseedor y que, por su naturaleza, se anteponen al crédito y al cobro de las anualidades de las instituciones de crédito (así lo recoge el art. 30 del Decreto francés de 28.2.1852 y los arts. 56.5 y 68 del proyecto de ley español)²³⁷. Como estas instituciones están obligadas a abonar intereses por sus débitos y por las cuotas anuales de amortización que perciben a cuenta de sus préstamos, en compensación y justa indemnidad ellas también deberían gozar de este beneficio respecto a las anualidades no satisfechas a su debido tiempo por sus deudores (así está previsto en diferentes legislaciones europeas y en el art. 61 del proyecto de ley español que cifra dicho interés en un 7% anual)²³⁸.

d) Duración. En la medida que el secuestro y la percepción de las rentas de los bienes hipotecados obliga a las instituciones de crédito a realizar otras operaciones que acarrear nuevos gastos que deben cubrirse con los mismos productos del secuestro, la duración del secuestro debe ser tal que alcance hasta el total pago de las anualidades, intereses y gastos de administración²³⁹.

²³⁴ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 42.

²³⁵ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 43.

²³⁶ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 42.

²³⁷ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 42.

²³⁸ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 42-43.

²³⁹ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 43.

e) Liquidación. Una vez finalizado el secuestro, la entidad de crédito deberá entregar los bienes al propietario y presentar obligatoriamente la cuenta del secuestro a la autoridad judicial pertinente (la legislación francesa dispone que el tribunal conocerá sumariamente de los eventuales agravios inferidos al deudor y, en cambio, el art. 69 del proyecto español sólo impone la obligación de presentar dicha cuenta al juez sin indicar el procedimiento a seguir en caso de contienda)²⁴⁰.

Respecto a la venta forzosa de los bienes hipotecados y manteniendo firme su predilección por el modelo francés que, en este momento y cuestión, le lleva a criticar sin contemplaciones el proyecto de ley español del diputado Zafra, Borrell plantea la siguiente configuración que, como en el caso del secuestro, hemos reconducido al siguiente esquema expositivo:

a) Objeto. Cuando en ciertos casos (por “La ineficacia del secuestro en ciertos casos, su condición desventajosa, el decadente estado de los bienes, u otras circunstancias peculiares”²⁴¹) el secuestro de los bienes hipotecados resulta insuficiente para suplir el impago de las anualidades o para asegurar el reembolso del crédito, es necesario acudir a lo que Borrell llama “la íntegra exacción de la deuda”²⁴², es decir, la realización del valor de la finca hipotecada.

b) Naturaleza jurídica. La realización del valor de la finca hipotecada consiste en que, vencida y no satisfecha la obligación asegurada, el acreedor puede promover la venta de la finca hipotecada sin el consentimiento de su propietario y, con el precio obtenido, satisfacer su crédito. Nos encontramos ante la ejecución de la hipoteca que garantiza el crédito que, con cierto reduccionismo justificable, Borrell presenta como “el ejercicio del derecho de forzosa enagenación en beneficio del acreedor”²⁴³. Su reduccionismo se entiende si tenemos en cuenta que, al vencimiento de la obligación y como ordinariamente el crédito hipotecario consta en título que lleva aparejada ejecución (escritura pública), el acreedor insta el procedimiento judicial ejecutivo para obtener su derecho. Como cabía esperar, Borrell plantea la necesidad de retocar este procedimiento con respecto a las entidades de crédito para facilitarles el ejercicio de este derecho y, en este sentido, serían requisitos

²⁴⁰ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 43-44.

²⁴¹ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 44 [hemos modernizado el uso de las tildes].

²⁴² BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 44 [hemos modernizado el uso de las tildes].

²⁴³ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 44 [hemos modernizado el uso de las tildes].

indispensables una mayor “rapidez de los procedimientos y la supresión de muchos trámites admitidos en los juicios ejecutivos”²⁴⁴. Pero, consciente de los peligros que estas modificaciones podrían entrañar, añade la necesidad de tasar los supuestos, es decir, preveer unos requisitos para su ejercicio²⁴⁵.

c) Requisitos. Fiel a su francofilia hipotecaria, Borrell enuncia los criterios empleados en la legislación francesa para reclamar la ejecución de la hipoteca (que, según el art. 32 del Decreto francés de 28.2.1852, eran: adeudo de una anualidad, deterioro de la finca hipotecada u otra causa prevista en los estatutos de la entidad de crédito territorial²⁴⁶) para, sin solución de continuidad, criticar abiertamente el art. 70 del proyecto de ley español porque relegaba el tercer criterio al limbo de la vaguedad (sin más aditamentos, decía “otra causa”) dejando a los deudores en la más absoluta inseguridad²⁴⁷.

d) Ejercicio. Para la ejecución de la hipoteca, Borrell reconoce que, tanto la legislación francesa como el proyecto de ley español, habían previsto

²⁴⁴ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 44 [hemos modernizado el uso de las tildes].

²⁴⁵ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 45: “El privilegio de la venta de los bienes hipotecados, concedido forzosamente bajo procedimientos sumarisimos a los establecimientos de crédito, no ha de poder redundar jamás en arbitrario vejamen del deudor; y de ahí la necesidad de prevenir los casos en que debe tener lugar.” [hemos modernizado el uso de las tildes].

²⁴⁶ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 46: “Los casos, que, según los estatutos de la sociedad de *Crédito territorial de Francia*, pueden motivar el total reembolso del préstamo y por su incumplimiento la venta de los bienes hipotecados, son los siguientes: 1.º La falta de pago de media *anualidad*, después de transcurso de un mes de haberse reclamado. 2.º La ocultación de las hipotecas legales provenientes del mismo deudor. 3.º La destrucción del inmueble hipotecado en el caso de no hacerlo reponer el deudor a su anterior estado, dentro el término de un año. 4.º El daño, o deterioro que haya sufrido. 5.º Las enagenaciones parciales, o totales que de él hubiese verificado el deudor. Y 6.º Cualquiera reclamación o atentado dirigidos contra la posesión, o propiedad de la finca hipotecada. Las tres últimas causas que acabamos de enumerar, lo son únicamente de exacción íntegra de la deuda, cuando puedan comprometer los intereses del establecimiento de crédito territorial.” [hemos modernizado el uso de las tildes. La cursiva es del autor].

²⁴⁷ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 45: “La legislación francesa en el artículo 32 del decreto de 28 de febrero de 1852 dispone, que podrá reclamarse la venta del inmueble, en el caso de adeudarse *una anualidad*; y siempre que por haberse *deteriorado la hipoteca* o por cualquier *otra causa de las previstas en los estatutos*, sea exigible el todo del capital prestado. Por este precepto conoce el deudor con certeza todos los casos en que puede ser despojado de su propiedad, enterándose también de los estatutos del establecimiento con el cual contrata. Con menos precisión y más sensible vaguedad se halla concebido en este punto el artículo 70 del proyecto de ley de las Cortes Constituyentes, al conceder al banco el derecho de reclamar la venta de la hipoteca por vía de apremio, cuando el mutuatario le adeude una anualidad; y también cuando por deterioro de las fincas hipotecadas, u *otra causa*, se conceda al banco el derecho de exigir el todo de la deuda. Indeterminados los hechos comprendidos en la expresión genérica *otra causa* y omitida la precisa condición de haber de continuarse en los estatutos, queda el deudor privado del conocimiento de los casos en que puede ser espropiado, y se dá origen a cuestiones y dificultades de suma gravedad y trascendencia.” [hemos modernizado el uso de las tildes. La cursiva es del autor].

procedimientos bastante rápidos y, tras describirlos, nos informa que el proyecto de ley español había tomado como modelo —añadiéndole algunos retoques en beneficio de los deudores— el procedimiento de apremio previsto en la *Ley de Enjuiciamiento Mercantil*²⁴⁸.

e) Protección de las instituciones de crédito territorial en juicio ejecutivo: el peligro de la concurrencia de otros acreedores ejecutantes y de terceros poseedores. Con este largo epígrafe *ad hoc* que —sin ningún motivo técnico— nos permite desgajar estas cuestiones del apartado anterior, pretendemos evidenciar el relieve e importancia que Borrell les concedía. Su preocupación se concentraba en dos eventualidades que podían dañar los intereses y derechos de la entidad de crédito en la ejecución de la hipoteca: la personación en el juicio de otros acreedores del deudor que pugnarán con la entidad para satisfacer sus créditos y, en segundo lugar, las complicaciones que la entidad pudiera encontrar ante un tercer poseedor que hubiera adquirido la finca hipotecada al deudor. Para satisfacer una vez más su francofilia, constataba que la legislación francesa había previsto cauces de solución para estos peligros (arts. 37 y 42 del Decreto francés de 28.2.1852) y, en cambio, el proyecto de ley español carecía completamente de ninguna medida al respecto²⁴⁹.

²⁴⁸ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 46-47: “Para proceder a la venta del inmueble, así la legislación francesa como el proyecto de ley de las Cortes Constituyentes, han adoptado procedimientos muy rápidos. Aquella, simplificando los trámites del procedimiento de embargo y ejecución de bienes raíces, dispone, que se espida un mandamiento de pago al deudor, con obligación de tomar razón de él en el oficio de hipotecas. Transcurridos quince días sin haber sido satisfecha la deuda, ha de procederse dentro las seis semanas siguientes a la publicación de tres anuncios de remate, con diez días de intervalo de uno a otro, y dos edictos con el de quince, uno de los cuales ha de notificarse al deudor y demás acreedores, requiriéndoles para que tomen nota del pliego de condiciones de la subasta. Y por último, a los quince días después de cumplidas estas formalidades, debe verificarse el remate en presencia del deudor, o con citación suya y ante el tribunal del distrito donde radiquen los bienes. El proyecto de ley de las Cortes Constituyentes, ha prohijado a favor de los bancos hipotecarios el procedimiento de apremio establecido por la ley de enjuiciamiento mercantil, con algunas modificaciones introducidas en beneficio de los deudores, exigiendo la celebración de tres subastas, cuando ni en la primera ni segunda, las posturas ofrecidas lleguen a cubrir las dos terceras partes del importe de la tasación o justiprecio de los bienes.” [hemos modernizado el uso de las tildes]. Con la denominación de *Ley de Enjuiciamiento Mercantil* o incluso de *Ley de Procedimiento Mercantil*, se conocía entonces la norma oficialmente llamada *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio* y el citado procedimiento de apremio se halla regulado en sus arts. 350-363 (*Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio, decretada, sancionada y promulgada en 24 de Julio de 1830. Edición oficial* (Madrid: En la oficina de D. León Amarita, 1830), 140-148). Para una edición digital de la misma, *vid.* <http://bib.us.es/guiaspormaterias/ayuda_invest/derecho/leyDeEnjuiciamientoComercio.htm>.

²⁴⁹ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 48: “La justa predilección que merecen las instituciones de crédito territorial, y la necesidad de apartar de ellas cualquier complicación en que pudiesen hallarse envueltas por causa de la situación de los deudores, o en virtud de los contratos celebrados por los mismos, reclamaban ciertas disposiciones muy importantes, que la legislación francesa no pudo omitir y de las cuales carece sin embargo el proyecto

Una vez examinado el segundo objetivo propuesto por Borrell (“expédito y fácil reembolso” que, de hecho y como hemos visto, podríamos enunciar globalmente como la consecución para las instituciones de crédito de seguridad en el reembolso de sus préstamos), debemos afrontar el primero (“la seguridad de los préstamos”). En este caso y por devota admiración hacia la meridiana claridad y sencillez de su discurso, no podemos resistirnos a la tentación de reproducir el núcleo central de su argumentación:

“Imposible es conceder a los establecimientos de crédito privilegios especiales y procedimientos sumarísimos para obtener aisladamente y con exclusión de cualesquiera otros acreedores el pago de las *anualidades* que dejen de satisfacerles los deudores, por medio del inmediato secuestro de los bienes hipotecados y aun para conseguir el reembolso de los préstamos por vías muy rápidas de ejecución o apremio, si su situación no es realmente la más privilegiada y no alcanza el primer lugar, o derecho de prioridad entre todos los acreedores; porque faltando este requisito, su privilegio constituiría una estorsión gravísima y un ataque directo e injustificable a otros derechos preexistentes, afianzados en la misma legislación. De ahí pues, la necesidad de que los bienes que se ofrezcan a los establecimientos de crédito para la seguridad de sus préstamos, sean susceptibles de constituir *primera hipoteca*; y de ahí también la forzosa condición de obviar las eventualidades que pudiesen despojar los préstamos de la garantía que atribuye el derecho de prioridad, por la inesperada aparición de derechos ocultos, o hipotecas legales anteriores. Dos son los medios eficaces de ocurrir a tan gravísimo inconveniente. O introducir una reforma completa en el régimen hipotecario, o facilitar a los establecimientos de crédito el medio seguro de adquirir un conocimiento exacto de todas las cargas, hipotecas y privilegios que pesen sobre la propiedad”²⁵⁰.

Sentado el axioma de que las instituciones de crédito sólo deben conceder préstamos sobre primera hipoteca para que les asista el derecho de prioridad (se podrá apreciar que estamos ante una vindicación práctica de la importancia del rango hipotecario, es decir, una manifestación exterior de aquel principio de integridad que, al iniciar este epígrafe, enaltecíamos como pieza destacable de la obra), Borrell se plantea y afronta decididamente el nudo gordiano del problema hipotecario: para asegurar el derecho de prioridad de

de ley de las Cortes Constituyentes. La concurrencia de otros acreedores, o de otros procedimientos sobre la finca hipotecada, no menos que el haber pasado a poder de terceros poseedores, eran intereses y derechos, que pugnando directamente con los del establecimiento de crédito, podían impedir y retardar considerablemente el reembolso de sus préstamos, sujetarle a la prosecución de largos y costosos litigios y comprometer su existencia.” [hemos modernizado el uso de las tildes].

²⁵⁰ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 38-39 [hemos modernizado el uso de las tildes. La cursiva es del autor].

las instituciones de crédito, es necesario combatir y resolver las eventuales sorpresas generadas y propias de la clandestinidad hipotecaria existente (o, expresado con sus palabras, “la inesperada aparición de derechos ocultos, o hipotecas legales anteriores”). Al respecto, identifica dos soluciones posibles: o bien una reforma hipotecaria completa o bien establecer un medio fiable que permita conocer la verdadera situación jurídica de los inmuebles. El lector advertido habrá fácilmente adivinado que la segunda solución apuntaba hacia la reforma del sistema de publicidad inmobiliaria que, por aquel entonces, radicaba y era ejercido por los *Oficios de Hipotecas*. En este sentido, Borrell recuerda que, en la legislación francesa y con

“el deseo de no demorar por más tiempo el establecimiento de las instituciones de crédito territorial, acogiéndose el pensamiento de depurar la verdadera situación de los deudores, y el estado de sus bienes antes de la realización de los préstamos, por medio de la instrucción de un expediente al que se dá la denominación jurídica de *purga legal*, y que en el título 5.º del proyecto de ley de las Cortes Constituyentes se adoptó en el fondo bajo los procedimientos prescritos para la *limitación de las hipotecas generales y liberación de bienes*”²⁵¹.

Después de ofrecer una nada despreciable avalancha de detalles sobre cada una de estas medidas²⁵², Borrell saca su propio balance de los resultados conseguidos y de cuál debe ser el camino a emprender:

“Los obstáculos que suscitó en Francia a las operaciones de los establecimientos de crédito el procedimiento obligatorio de liberación o *purga* aplicable a todos los préstamos, alejando a los deudores que podían ofrecer mayores seguridades, produciría también entre nosotros un completo retraimiento por repugnar a nuestros hábitos el grado de publicidad, que necesariamente hubiera de imprimir a los negocios privados. Prescindir de ella por otra parte en la generalidad de los casos, sería quizás muy aventurado atendiendo al estado de nuestra legislación. Por esto la más segura base de existencia y desarrollo de las instituciones de crédito territorial, se encontrará sin duda en la reforma del sistema hipotecario”²⁵³.

Así, pues, queda claro que Borrell apostaba por la completa reforma del sistema hipotecario español y, a la vista de los conocimientos desplegados y de su condición de abogado barcelonés en ejercicio, cabe presumir que

²⁵¹ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 39 [hemos modernizado el uso de las tildes. La cursiva es del autor].

²⁵² BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 39-40.

²⁵³ BORRELL Y VILÁ, *Exposición de los principios del sistema ...*, 40-41 [hemos modernizado el uso de las tildes. La cursiva es del autor].

conocía bien la situación. Y, de hecho, no se equivocaba un ápice si nos atenemos a los significativos resultados que, en el capítulo anterior²⁵⁴, hemos obtenido en el análisis del estado en que se encontraba el sistema hipotecario español a mediados del siglo XIX.

Sin embargo, es necesario estar prevenidos acerca de ciertos condicionantes: como Borrell también sabía, porque era un hombre de su tiempo, para acometer tanto la citada reforma como la posterior instauración y despliegue de las instituciones de crédito territorial era imprescindible el concurso de los poderes del Estado (en concreto, el empleo de la legislación) y, en la España de mediados del siglo XIX, los Gobiernos y la vida política en general se debatían entre saciar las necesidades del país o preferir los intereses particulares de los gobernantes y sus amigos políticos. Pero ésta es ya otra cuestión que quizás sometamos a escrutinio en el futuro.

²⁵⁴ *Vid. supra* capítulo III.2.

**MICRO CRÉDITO Y ECONOMÍAS
ALTERNATIVAS: LOS MONTES DE PIEDAD
EN ESPAÑA**

Montserrat Carbonell Esteller
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. CRÉDITO, GARANTÍA Y EL NACIMIENTO DEL AHORRO Y LA PREVISIÓN.—II. CRÉDITO Y GARANTÍA: EL EMPEÑO DE PRENDAS EN LOS MONTES DE PIEDAD. ¿MODERNIDAD O TRADICIÓN?—III. EL MICRO CRÉDITO Y LA GARANTÍA: LOS MONTES DE PIEDAD Y EL APRENDIZAJE DE LA SUPERVIVENCIA.—IV. LAS CONDICIONES DE LA GARANTÍA DETERMINAN EL PERFIL DE LA INSTITUCIÓN Y DE SU CLIENTELA: LA RED MICRO FINANCIERA EN LA BARCELONA DE MEDIADOS DEL SIGLO XIX.

El crédito y la garantía no ha sido, y tampoco es hoy, patrimonio exclusivo de los grupos privilegiados y de propietarios en general. En la historia encontramos ejemplos de formas de crédito basadas en la garantía no solo de propiedades inmuebles, sino también de objetos diversos, incluso de objetos comunes de escaso valor. Las principales casas e instituciones de empeño vieron sus almacenes repletos de joyas, piezas de cuberterías y vajillas de plata, ropas usadas, ollas de cobre, botones, papel, tejidos y fibras textiles en bruto, y multitud de objetos diversos. Poco a poco, esta fórmula de crédito sobre prenda, se constituyó como una de las vías de obtención de pequeños y micro créditos llevada a cabo mayoritariamente por los grupos sociales menos favorecidos, aunque podían ser frecuentados también por familias bien situadas pero en apuros económicos. De este modo el crédito respaldado por el empeño de prendas fue una práctica habitual en las sociedades preindustriales. El crédito prendario se había llevado a cabo en contextos informales, es decir, en ámbitos en los que las obligaciones del deudor y del prestamista no estaban específicamente establecidas. Tenderos, apotecarios, comerciantes o simples particulares prestaban a cambio del empeño de prendas¹. Los límites en el comportamiento del deudor y del acreedor los dictaba

¹ Véase, Philip Hoffman, Gilles Postel-Vinay, Jean Luis, Rosenthal, "Economie et politique. Les marchés du crédit à Paris, 1750-1840" a *Annales HSS*, n.1, janvier-février 1994, pp. 65-98; Laurence Fontaine, Gilles Postel-Vinay, Jean Louis Rosenthal, Paul Servais, (ed.), *Des personnes*

la costumbre y la práctica de las relaciones de reciprocidad y control social que nutrían lo que se ha dado en denominar la “economía moral”². No obstante, a principios de la edad moderna apareció una nueva fórmula que garantizaba el acceso al crédito formal, es decir institucionalizado, para los más pobres. Esta fórmula fue enormemente temprana, nació en el siglo xv en Italia, y tomó el nombre de *monti di pietá* para designar una nueva fórmula financiera que tenía por objetivo llegar a constituirse como un auténtico banco de pobres de clara inspiración franciscana³.

En España los montes de piedad se difundieron de forma tardía. El primer monte de piedad se fundó en Madrid el año 1702, seguido del de Zaragoza el año 1738, Granada el año 1740, y Barcelona 1751⁴. Anteriormente habían existido otras instituciones micro financieras como las arcas de misericordia y los positos. No obstante, su carácter rural y el hecho de que no condicionan el crédito al empeño de prendas, los aleja de la modalidad propia de los montes de piedad. Éstos se desarrollaron a partir del siglo xviii y lograron expandirse de forma excepcional a lo largo del siglo xix y principios del xx de la mano de las cajas de ahorro, convirtiéndose así en una de las figuras emblemáticas de la denominada “economía social” que se había de desarrollar en un contexto de surgimiento del sistema fabril, transición demográfica y fuerte conflictividad social.

De este modo, los antiguos montes de piedad entraron a formar parte de la nueva estrategia política liberal, se convirtieron, junto a las cajas de ahorro,

aux institutions. Réseaux et culture du crédit du xvie au xxe siècle en Europe, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 1997; Philip Hoffman, Gilles Postel-Vinay, Jean Louis Rosenthal, *Des marchés sans prix. Une économie politique du crédit à Paris, 1660-1870*, Paris, Éd. De l'E.H.E.S.S., 2001.; Craig Muldrew, *The Economy of Obligation. The Culture of Credit and Social Relations in Early Modern England*, London, Macmillan, 1998. Véase también para el caso catalán Lidia Torra, “Las ‘botigues de teles’ de Barcelona: aportación al estudio de la oferta de tejidos y del crédito al consumo (1650-1800)”. *Revista de Historia Económica*, año XXI, n.º extraordinario, 2003, pp.13-44.

² Véase, Eduard.P. Thompson: *Customs in Common: Studies in Traditional Popular Culture*, New Press, 1993.

³ Véase Maria Giusepina Muzzarelli, *Il denaro e la salvezza. L'invenzione del monte di Pietà*, Bologna, Il Mulino, 2001; Giacomo Todeschini, *Richesa Franciscana. Dalla Povertà volontaria alla socioetà di mercato*, Iñ Mulino, 2004, Madlene Ferriere.

⁴ Véanse los textos clásicos de Antonio Rumeu de Armas. *Historia de la Previsión social en España. Cofradías, gremios, Hermandades, Montepios*. Madrid: Instituto Nacional de Previsión, 1944; José Lopez Yepes. *Historia de los Montes de Piedad de en España.El Monte de Piedad de Madrid en el siglo xviii*. Madrid: Confederación Española de Cajas de Ahorros, 1971, 2 vols; y del mismo autor, José Lopez Yepes. *Historia urgente de cajas de ahorro y montes depiedad en España*. Madrid: Confederación Española de Cajas de Ahorro, 1973; y, Manuel Titos Martínez. *La Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Granada. Aportación al estudio de la historia económica de Andalucía*. Granada: Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Granada, 1971.

en protagonistas del cambio que se estaba operando en toda Europa. La “gran transformación” que en términos de Karl Polanyi acarreo el advenimiento del liberalismo económico⁵ supuso la substitución, con mayor o menor éxito, de la beneficencia y la caridad por el ahorro y la previsión. Las antiguas instituciones de crédito prendario sobrevivieron a tal transformación, precisamente por su flexibilidad y capacidad de adaptación.

I. CRÉDITO, GARANTÍA Y EL NACIMIENTO DEL AHORRO Y LA PREVISIÓN

No es casualidad que las nuevas leyes de beneficencia (Ley de Beneficencia de 1849 y de 1875)⁶ y las leyes sobre la aparición de Cajas de Ahorro (1853 y de 1880)⁷ se produzcan en un lapso muy corto de tiempo entre ambas. Dichas leyes desde ámbitos distintos persiguen dar respuesta los graves problemas de sostenibilidad social y, consecuentemente, de viabilidad política del proyecto liberal. Éste conllevaba transformaciones con altos costos sociales tales como la transición demográfica, el cambio en el peso relativo de los sectores ocupacionales, la construcción del mercado laboral y la urbanización. La previsión y el ahorro se constituyeron en los distintos países europeos en la nueva fórmula con la que hacer frente a los problemas derivados del creciente número de familias pobres que se concentraban en las ciudades y poblaciones importantes, ante un Estado que no estaba dispuesto a asumir dicha carga. El cambio en el paradigma asistencial se gestaba como una operación política indispensable que se expandía por distintos países de Europa, tal como la Reforma de la asistencia lo había hecho casi trescientos años antes. Si bien la reforma de la asistencia que se expandió por Europa a finales del seiscientos creó, como instituciones emblemáticas, las casas de misericordia, los hospitales y los asilos, la nueva política social de los estados liberales del ochocientos convierte a las cajas de ahorro en su institución emblemática de la previsión. Las leyes de pobres de 1849 tal como habían hecho las Poor Law británicas de 1837, excluyeron a los trabajadores pobres

⁵ Véase Karl Polanyi, *La gran transformación. Crítica al liberalismo económico*, Madrid, Ediciones La Piqueta, 1989.

⁶ Ley de 20 de junio de 1849 se organiza la Beneficencia y se dispone la creación de una Junta general y de juntas provinciales y municipales, y fijando sus atribuciones. Dicha ley va seguida de un Reglamento para la ejecución de la ley de 20 de junio de 1849”. Según el artículo 18, los establecimientos de beneficencia públicos o particulares no admitiran a pobres ó mendigos válidos tal como ya disponía la Ley de 23 de enero-6 de febrero de 1822.

⁷ Ley de 29 de junio de 1880 y publicada en 1.º de Julio. “Ley para que el Gobierno de S.M. promueva por cuantos medios estén a su alcance la instalación de Cajas de Ahorro y Montes de Piedad en las capitales y poblaciones más importantes donde estas no existan”.

y a las mujeres de la asistencia pública que tan solo se orientaría a partir de entonces hacia colectivos marginales e inhábiles para el trabajo⁸. Lo que cambió con las *Nuevas Leyes de Beneficencia* fue la naturaleza de la asistencia más que su auténtico impacto. A mediados del siglo XIX, la liberalización de la fuerza de trabajo —entendida en este contexto como la ruptura con las formas de protección social del antiguo régimen— al igual que la desamortización de la tierra que estaba teniendo lugar a mediados del XIX en España, fueron requisitos indispensables para la construcción del proyecto liberal. El modelo asistencial liberal se fundamentaba en la autoayuda y la previsión. Las Nuevas Leyes de Beneficencia permitieron que el estado externalizase y privatizase la asistencia a los necesitados —pobres hábiles— que a partir de entonces quedarían a merced de la autoayuda, mediante la previsión y el ahorro, de la ayuda mutua mediante las sociedades de socorro, las organizaciones de oficio y los sindicatos, o, en su caso, la iglesia, o bien las redes informales de solidaridad (familia, parentesco, vecindad o camaradería). Las viejas formas de protección social pública, que se habían desarrollado desde finales el siglo XVI y especialmente en el último tercio del siglo XVIII, y que ahora ya se revelaban abiertamente ineficientes e insuficientes en muchos aspectos tenían, a pesar de ello, una naturaleza distinta. Las antiguas leyes de beneficencia, en la práctica, no excluían a los inhábiles para el trabajo (desocupados, semiocupados, madres con criaturas, inmigrantes, niños abandonados, ancianos, jóvenes en busca de un oficio, o muchachas en busca de una colocación en el servicio doméstico y/o una dote. Tanto las Nuevas Leyes de Pobres británicas, como la Ley de Beneficencia de 1849 en España se dirigen a que el objeto de la asistencia pública sean exclusivamente los casos extremos. La construcción del mercado de trabajo requería la ruptura de las prácticas de protección social propias del Antiguo Régimen fuertemente insertas en el entorno de la comunidad, del barrio o de la parroquia. En el último tercio del siglo XIX, los asilos, hospitales, hospicios y casas de misericordia se vacían de mujeres y trabajadores en dificultades puntuales y se llenan de impedidos y decrépitos. El nuevo paradigma liberal de la asistencia a los necesitados se basó pues en la autoayuda, la previsión y el ahorro por parte de los trabajadores. La gran transformación requirió este cambio de paradigma. La política asistencial del nuevo estado-nación actuó en distintos frentes.

⁸ Véase George R. Boyer, *An Economic History of the English Poor laws, 1750-1850*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; Alan J. Kidd, *State, Society and the Poor in Nineteenth-century England*, Manchester, 2000; Lynn Hollen Lees, *The Solidarities of Strangers: The English Poor Laws and the People, 1700-1948*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. Para el caso español, véase Pedro Carasa Soto, *Pauperismo y revolución burguesa, Burgos 1750-1900*, Valladolid, Secretariado publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1987, del mismo autor, *Historia de la Beneficencia en Castilla y León. Poder y pobreza en la sociedad castellana*. Valladolid, Secretariado publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1991.

El nuevo proyecto de Beneficencia y la política social que se iba imponiendo poco a poco potenció la práctica y la cultura de la autoayuda, la previsión y el ahorro con el objetivo de que las familias necesitadas no dependieran del erario público y que solucionaran por sí mismas los problemas generados por la enfermedad, la vejez, la viudedad, o las coyunturas del mercado laboral. Ello explica que en el Real Decreto de 29 de junio de 1853 sobre “el establecimiento de Cajas de Ahorros en todas las capitales de provincia y sucursales en algunos pueblos de las mismas”, así como en la ley de 29 de junio de 1880 —publicada el 1.º de julio del mismo año— se considere las cajas de ahorros y los montes de piedad instituciones de beneficencia. Las instituciones de crédito popular nacían de la antigua práctica de los montes de piedad. El perfil de dichas instituciones las situaba en el ámbito que mayoritariamente podría denominarse de “banca de los pobres”, a pesar de que, en determinados momentos, un porcentaje reducido de los prestatarios (entorno al 15%) podían pertenecer a familias más o menos adineradas con problemas económicos. El uso del crédito formal que ejercieron las capas populares urbanas garantizó la pervivencia de estas instituciones microfinancieras que siguieron ofreciendo a las familias trabajadoras crédito en metálico y de forma inmediata al mejor precio posible.

II. CRÉDITO Y GARANTÍA: EL EMPEÑO DE PRENDAS EN LOS MONTES DE PIEDAD. ¿MODERNIDAD O TRADICIÓN?

Los montes de piedad, instituciones a caballo entre el crédito y la asistencia, a menudo han estado considerados como reminiscencias del pasado opuestas a la modernización. Contrariamente, desde la literatura propia de la economía del desarrollo y desde las propuestas más recientes en materia de economía social, puede afirmarse que muy probablemente los montes de piedad han sido experiencias institucionales que han jugado y juegan aún un papel clave. Tanto por lo que se refiere a su vigencia y dinamismo en los países en desarrollo, principalmente aquellos de influencia católica —como por ejemplo, América Latina— como por el hecho de que en los países desarrollados, su vigencia puede inspirar otras experiencias piloto ya sea la “banca ética” o “banca de los pobres”.

¿Modernidad o tradición? Los montes de piedad en la España de mediados del siglo XVIII, estaban, en efecto, más próximos al antiguo régimen —por lo que se refiere a la concepción ideológica que los sustentaba con relación al rédito o la nomenclatura que utilizaba— que a la economía de libre mercado que se estaba imponiendo. Por ejemplo, el perfil institucional del Monte de Piedad de Barcelona (1751) nos muestra que funcionaba como una

casa de empeños donde las obligaciones de deudores y del crédito estaban formalmente establecidas según las constituciones aprobadas por la autoridad real. Pero, al mismo tiempo, era una institución de carácter piadoso que nacía vinculada estrechamente a una institución asistencial: la casa del Retiro de Barcelona, dedicada a la recogida de prostitutas y mujeres desamparadas. Se preveía que esta institución se financiara en parte con las limosnas que generara el monte de piedad. La red de prestaciones asistenciales y de instituciones especializadas prototípico del Antiguo Régimen se hace evidente. También la nomenclatura se alejaba de los criterios de mercado: los créditos se denominaban socorros, se financiaban con los depósitos de particulares piadosos, de pequeños ahorradores y de instancias públicas como por ejemplo el Ejército o la Iglesia. Las familias socorridas, es decir, los prestatarios dejaban limosnas en el momento del desempeño que no eran más que réditos encubiertos. En efecto, las funciones de crédito y asistencia se entrecruzaban en los orígenes de este tipo de institución. ¿Cuales eran pues los elementos de modernidad que contenía la propuesta de los montes de piedad? Es probablemente una tarea compleja identificar los elementos de modernidad en estas instituciones micro financieras de antiguo régimen, entendiendo por modernidad el cambio social, político e institucional que acompañó el advenimiento de la economía de mercado en el mundo contemporáneo. No obstante, a la luz de la nueva literatura sobre desigualdades y crecimiento se observa que estas instituciones fueron auténticas obras de ingeniería social que contribuyeron en gran medida a hacer sostenible los costos de la modernización liberal. De este modo, las instituciones de micro crédito forman y formaron parte de las infraestructuras sociales que son a la vez causa y consecuencia del crecimiento⁹.

Los rasgos de modernidad de los montes de piedad que explican que aún hoy estén activos en muchos países occidentales de la cuenca mediterránea y de América Latina pueden ser los siguientes. Primero, el producto micro financiero que los montes de piedad ofrecían, esto es, los pequeños créditos a cambio de prenda permitían y permiten el acceso inmediato al crédito en metálico a cualquiera que pudiese desprenderse de un objeto que la institución juzgase oportuna para avalar un crédito.

En segundo lugar, el crédito prendario se ha mostrado como una fórmula extremadamente flexible pero enormemente precisa para evaluar y medir el riesgo de la entidad micro financiera en la adjudicación de préstamos. Las instituciones de crédito, a diferencia de los prestamistas tradicionales

⁹ Véase Peter H.Lindert, *Growing Public. Social Spending and Economic Growth Since the Eighteenth Century*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

del sector informal, no tenían suficiente información acerca de los prestatarios, de su solvencia y de su intención de devolver o no el crédito. La solución a este problema procedió de las garantías que la institución pedía a la hora de conceder un préstamo. De este modo, el crédito al consumo tomó la forma de crédito prendario. La prenda era, en definitiva, aquello que permitía a la institución asumir el riesgo y la incertidumbre acerca de la devolución del préstamo. Les condiciones de la garantía, es decir el tipo de prenda, marcó buena parte de la diversidad de montes de piedad existentes y de clientelas a las que se dirigían y se dirigen aún hoy (véase el último apartado del texto *Microhistoria y micro finanzas: notas para una agenda de investigación*).

En tercer lugar, encontramos un rasgo de modernidad en el hecho de que los montes de piedad en tanto que institución micro financiera basada en el crédito prendario no solo han contribuido y contribuyen a la sostenibilidad de las economías domésticas y familiares, sino a la dinamización de los mercados alternativos. Los montes de piedad estaban y están estrechamente vinculados a los mercados de segunda mano, puesto que hay un flujo permanente de prendas procedentes de préstamos no amortizados que concurren al mercado de ocasión a través de la subasta pública. En los contextos de incertidumbre propios del antiguo régimen o de los países en desarrollo con marcos institucionales débiles, el acceso al pequeño crédito ya sea para el consumo o para el desarrollo de modestas actividades emprendedoras, puede garantizar la supervivencia de los hogares a corto y medio término¹⁰. Era precisamente cuando la cadena de sustento fallaba y los prestatarios no podían amortizar el préstamo y recuperar la prenda, cuando ésta entra mediante subasta pública en los circuitos del mercado de segunda mano. De este modo, las instituciones de micro crédito en la España de los siglos XVIII y XIX generaron flujos permanentes de bienes de consumo hacia los mercados de segunda mano, y desde estos nuevamente hacia las mismas instituciones mediante la transferencia de bienes convertidos nuevamente en prendas. Así, el flujo de bienes de consumo entre las instituciones de micro crédito y los mercados de segunda mano se retroalimentaba en un continuum donde el eje de la dinámica era las decisiones y estrategias de las economías familiares y la normativa de la propia institución, que operaban en el estrecho margen que ofrecía la coyuntura y el marco institucional¹¹.

¹⁰ Véase Laurence Fontaine and Jürgen Schlumbohm (Ed.), *Household Strategies for Survival 1600-2000: Fission, Faction and Cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

¹¹ Véase M. Carbonell, "Second hand market and microcredit institutions in Barcelona, 18th-19th Centuries" a *Colloque EUI Florence, Les circulations des objets d'occasion 17, 18, 19 octobre 2002*.

Por último, los montes de piedad eran no solo entidades de micro crédito sino también instituciones de previsión en tanto que los depositarios no solo ingresaban limosnas y donaciones sino que también ingresaban sus ahorros. Entre los usuarios de los montes de piedad de Barcelona, Madrid, Zaragoza o Granada se encontraban en la segunda mitad del setecientos, por un lado, pequeños ahorradores que depositaban pequeños caudales en previsión de la vejez —este sería el caso de las viudas—; y también de las doncellas, mayoritariamente criadas, que guardaban sus ahorros para poder reunir una dote y entrar en el mercado tradicional; o también muchachos que ahorraban para pagarse un viaje a las Américas¹². No todos los depositarios de caudales eran gente modesta sino que también frecuentaban la institución, aunque en un grado de representatividad menor, nobles, militares de alta graduación, eclesiásticos y otros cargos de la justicia y la administración. El ahorro y la garantía de inmunidad de los caudales depositados en la institución aseguraban, por tanto, unos recursos que se habían de activar en el futuro. En los montes de piedad confluían pues dos tipos de estrategia para sobrevivir de diferente magnitud en el tiempo: la del día a día en el caso del pequeño crédito a cambio de prenda; y la de término medio y largo en el caso de la previsión. Los montes de piedad con competencias en la práctica del ahorro y la previsión estuvieron dotados pues de modernidad.

III. EL MICRO CRÉDITO Y LA GARANTÍA: LOS MONTES DE PIEDAD Y EL APRENDIZAJE DE LA SUPERVIVENCIA

La existencia de los montes de piedad habría propiciado la difusión entre la población urbana de la práctica del crédito formal en el seno de las instituciones. De algún modo, el arraigo de nuevas iniciativas relacionadas con el micro finanzas populares había de encontrar menos resistencias y más facilidades de asentamiento en el tejido urbano. La creación de la confianza y el fenómeno de contagio de la confianza¹³ había, en términos generales, de ser más fácil en las plazas donde ya se había generalizado la práctica del pequeño crédito institucionalizado en los montes de piedad. En éste sentido, probablemente, a mediados del siglo XIX en las ciudades de Madrid, Cádiz o,

¹² *Llibres de Dipòsits. Mont de Pietat*. Arxiu Historic Nacional de Catalunya, AHNC.

¹³ Véase Duncan Ross, "Penny banks in Glasgow, 1850-1914", *Financial History Review* 9, 2002, pp.21-39; Laurence Amércie, "Preparing the people for capitalism: relations with depositors in a French savings bank during the 1820s", *Financial History review*, 9, 2002, pp.5-19; Rohit Daniel Wadhvani, "Citizen Savers: Family Economy, Financial Institutions, and Public Policy in the Northeastern United States." *Enterprise & Society* 5, no. 4, 2004. Para una aproximación al ahorro desde las economías familiares, véase: Paul Johnson, *Savings and Spending: the working-class economy in Britain, 1870-1939*, Cambridge, 1985.

Barcelona, se da lo que podríamos denominar —en términos similares a los que el historiador económico norteamericano, Paul David, ha utilizado en su pequeña historia de la máquina de escribir, esto es, la noción de aprendizaje colectivo¹⁴— y que en el caso que nos ocupa se tornaría en aprendizaje colectivo de la subsistencia. Dicho aprendizaje se habría producido y transmitido a través de diversas generaciones que habrían tenido a su alcance una institución de micro crédito donde acudir ante la necesidad inmediata de líquido. Prueba de ello es que en dicha ciudad, a finales del siglo XVIII era habitual encontrar en los testamentos de mujeres trabajadoras —entre las que la práctica de testar estaba extendida— el legado de alguna prenda empeñada o de un boleto de desempeño del monte de piedad¹⁵. Otro ejemplo relativo al uso que los hogares de jornaleros y menestrales de Barcelona hacían de una institución de micro crédito como el monte de piedad es la evidencia de que más del veinte por ciento de los hogares de uno de los barrios más populares de la ciudad acudieron en algún momento del año 1770 al monte de piedad en busca de crédito a cambio de prenda¹⁶. Otro ejemplo que corrobora el uso recurrente de las instituciones de micro crédito y que, de algún modo, evoca la noción a la que nos hemos referido anteriormente relativa al aprendizaje colectivo de la subsistencia, lo constituye el hecho de que en la tremenda crisis que se dio en la ciudad de Barcelona a principios del ochocientos, muchas de las familias y de los hogares que tuvieron que recurrir a la olla pública organizada por el Ayuntamiento y prohombres de la ciudad, recurrieron también al empeño de prendas en el monte de piedad¹⁷. La presencia y perdurabilidad en el tiempo del Monte de Piedad de Nuestra Señora de La Esperanza de Barcelona fundado en 1751, permitió —a varias generaciones de familias trabajadoras de la ciudad— el acceso interrumpido al pequeño crédito, en condiciones formalmente establecidas.

Dicha relación entre una institución de crédito al consumo y los hogares de menestrales y jornaleros fue compleja y estuvo sujeta a una dinámica en la que ambas partes buscaban minimizar riesgos y obtener las mayores ventajas

¹⁴ Véase Paul David, “Understanding the Economics of QWERTY: The Necessity of History”, en W.N. Parker, edit., *Economic History and the Modern Economist*, Londres, Basil Blackwell, 1986, pp.30-49, citado en Enric Tello, *La historia cuenta, Del crecimiento económico al desarrollo humano sostenible*. Barcelona, Fundació nous horitzons/El Viejo Toipo/Ediciones de Intervención Cultural, 2005.

¹⁵ Véase Montserrat Carbonell Esteller, *Sobreviure a Barcelona. Dones, pobresa i assistència al segle XVIII*. Vic, 1997, capítulo 5.

¹⁶ De la misma autora, “Using Microcredit and Restructuring Households: Two Complementary Survival Strategies in Late Eighteenth-Century Barcelona” en *International Review of Social History* 45, 2000, Supplement, pp.71-92.

¹⁷ Llibres de Comunió. *Arxiu Històric de la Parròquia de Santa Maria del Pi de Barcelona y Llibre de Racions. Arxiu de la Diputació de Barcelona*.

posibles. Por un lado, las familias trabajadoras desarrollaban la habilidad de gestionar las prendas a su alcance y conseguir maximizar su tasación para obtener el mayor crédito posible dentro unas posibilidades determinadas. Por otro lado, la institución evaluaba minuciosamente el riesgo que conllevaba el tipo de prenda y las características y circunstancias de sus clientes¹⁸. La confluencia de ambos intereses ajustaba, más allá de los límites permitidos por la normativa, el valor del crédito concedido.

Esta práctica recurrente en muchos de los centros urbanos de la Europa católica contribuyó a fraguar la construcción de la confianza con las instituciones de micro crédito y el aprendizaje en el uso de los recursos institucionales disponibles. No obstante, en un contexto institucional caracterizado por la débil capacidad de hacer cumplir los contratos y carente de mecanismos de vigilancia contra el fraude de los responsables de dichas instituciones, la construcción de la confianza no estuvo exenta de graves dificultades. En el antiguo régimen, el fraude y los desfalcos en este tipo de instituciones fueron frecuentes, por tanto, paradójicamente, no se puede entender la construcción de la confianza en las instituciones micro financieras sin incorporar la posibilidad de su pérdida. Confianza y desconfianza se construyeron a la par, emergieron en el antiguo régimen como dos cara de la misma moneda, capaces de ser depositadas o no en una u otra institución, organización o red de micro crédito. Si las instituciones prevalecieron en coyunturas difíciles fue, en todo caso, porque hubo razones poderosas para que continuaran existiendo y porque estaban dotadas de la suficiente flexibilidad para que la práctica social las transformara. El papel de la historia económica es, en todo caso, mostrar cuales fueron dichas razones y practicas, y como cambiaron a lo largo del tiempo.

IV. LAS CONDICIONES DE LA GARANTÍA DETERMINAN EL PERFIL DE LA INSTITUCIÓN Y DE SU CLIENTELA: LA RED MICRO FINANCIERA EN LA BARCELONA DE MEDIADOS DEL SIGLO XIX

Las condiciones de la garantía, es decir de la prenda se convierten en uno de los rasgos específicos de mayor peso en el momento de definir el perfil de los montes de piedad y demás instituciones de crédito prendario como los montepíos surgidos a mediados del siglo XIX. En efecto, las condiciones de la

¹⁸ Comunicación presentada por la autora "Second Hand market and Microcredit Institutions in Barcelona 18th-19th Centuries" en *Colloque Les circulations des objets d'occasion, 17, 18, et 19 octobre 2002*, European University Institute.

prenda regulaban el riesgo que podía asumir la institución: el tipo de prenda, el valor del crédito obtenido a partir de la tasación de dicha prenda, el tiempo máximo de empeño, el interés que —en su caso— se cobraba en el momento de la amortización, el número de días que la oficina estaba abierta para las distintas transacciones, o el límite del crédito permitido. Los montes de piedad para prevenir el riesgo ante la posibilidad de que el préstamo no se devolviera —ya fuese por la incapacidad del prestatario de devolverlo, ya fuese por una estrategia deliberada por parte del prestatario de desprenderse de la prenda al precio fijado por la institución— y la prenda tuviese que ser vendida en pública subasta, era precisamente evaluar exhaustivamente las posibilidades que tenía cada prenda de ser vendida en almoneda. En este sentido, el reglamento inducía al tasador a tasar muy a la baja aquellos objetos probablemente más difíciles de vender en pública almoneda, con lo cual, los más pobres que solían disponer de las prendas menos interesantes para la institución eran paulatinamente expulsados de ésta. El mecanismo utilizado consistió precisamente en muchos casos en obligar al valorado o tasador a cubrir la diferencia entre el préstamo otorgado y no devuelto y el producto de la venta de la prenda en pública almoneda. Siempre que el prestatario no satisficiera tal diferencia, era el tasador quien la había de suplir ¹⁹.

En definitiva, la diferencia en las condiciones de la garantía, es decir en el tipo de prenda y en el valor del crédito, abrían la puerta a que fórmulas bancarias aparentemente homogéneas, los montes de piedad, encontrasen cada uno de ellos su propia clientela en función de su propia especificidad. El mercado formal del crédito al consumo podría estar segmentado en función del tipo de prendas (materias primas textiles, productos coloniales como el cacao, ropas usadas, joyas, pagarés o vales reales, etc.) que utilizase la institución como garantía, y también por la cuantía de los préstamos concedidos. Dependiendo de estas condiciones, la clientela que acudiría a cada institución forzosamente habría de ser diversa. Esta fue la situación que se dio en Barcelona con la coexistencia a partir de mediado del siglo XIX de dos montes de piedad: el Monte de Piedad de Nuestra Señora de la Esperanza (1751) y el Monte-Pío Barcelonés (1846). La habilidad de las distintas instituciones en desplazar el límite máximo del valor de los préstamos en uno u otro sentido y en permitir las excepciones sobre la normativa fijada en el reglamento se convertía en la clave de la política crediticia del sector formal de las finanzas de las ciudades del período moderno. De este modo, se pueden encontrar montes de piedad en los que abundan los créditos pequeños y muy pequeños,

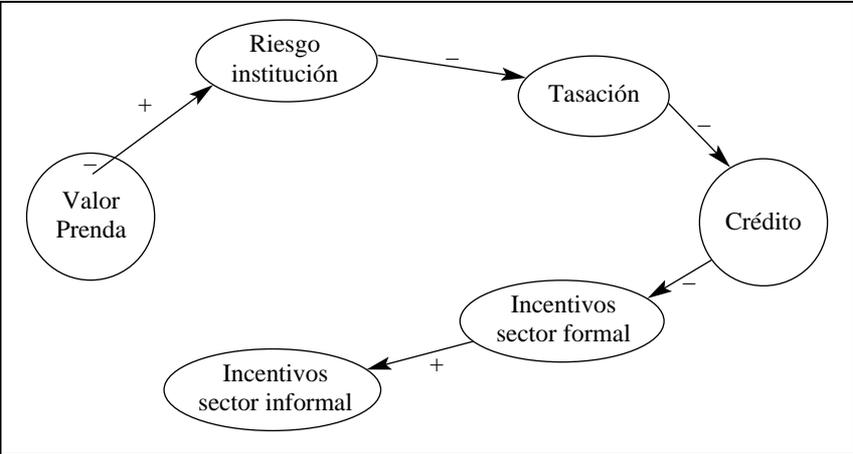
¹⁹ Véase *Reglamento para la Caja de Ahorros de la provincia de Barcelona y para el Monte-Pío Barcelonés agregado a la misma. Aprobado por Real Orden 24 de Noviembre de 1853*. Barcelona, Librería de Esteban Pujal, 1853.

Figura 1
El crédito prendario y la red micro financiera. Barcelona,
mediados siglo XIX

Monte-Pío Barcelonés	Monte Piedad Nr. Sra. Esperanza
Reglamento, año 1853	Constituciones del año 1751 y cambios realizados en los años 1858 y 1861
PRENDA Joyas y Metales Alhajas oro, plata Piedras y perlas finas Metales, copelaciones	PRENDA Joyas y Metales Alhajas oro, plata Piedras y perlas finas Cobre, metal
Fibras y textiles Cáñamo Lino Seda Lana Algodón	Fibras y textiles Cáñamo Lino Seda Lana Algodón
Géneros Papel Azúcar Café Cacao Cera	_____
Títulos de deuda Títulos de deuda Títulos de deuda consolidada	_____
Otros Muebles Herramientas Ropas hechas lavadas o por lavar	Otros Utensilios de cocina Ropas hechas lavadas o por lavar
VALOR PRESTAMO Entre 50 reales y 30.000reales	VALOR PRÉSTAMO Varía según periodo
INTERES 6%	INTERES 5% para préstamos > 800rs gratuitos o limosna para préstamos<800rs
TIEMPO MÁXIMO 12 meses	TIEMPO MÁXIMO 6 meses

es decir instituciones micro financieras destinadas realmente a gente pobre, que necesitan dinero líquido y no disponen de una red social inmediata que le garantice la disponibilidad de dinero en las condiciones que ellos desearían, que han agotado el margen de comprar y pagar a fiado, o que simplemente han de hacer frente a situaciones más o menos imprevistas que les conducen a la necesidad urgente de líquido. En estos montes de piedad que son auténticos bancos de pobres encontramos también un pequeño porcentaje de clientes cuya capacidad de crédito es infinitamente mayor y que están dispuestos a empeñar objetos de gran valor con tal de obtener grandes cantidades de dinero. Esta especie de pacto social entre clases, institución, grupos socio-económicos distintos que pueden ser al mismo tiempo ahorradores-prestamistas y prestatarios, siendo el monte de piedad el árbitro, está en la cave del éxito de los montes de piedad y su capacidad de adaptación a las nuevas coyunturas. El monte de piedad parece pues que es una institución financiera creada para pobres y utilizada mayoritariamente, por pobres, por no tan pobres y por ricos. Los más pobres, los indigentes sin domicilio, sin bienes que mereciesen ser valorados por los tasadores del monte de piedad estaban fuera de su círculo de clientela, convirtiéndose en captadores directos de limosnas, ya que difícilmente podrían entrar en los círculos informales del sector financiero, es decir del préstamo usurario. A los prestamistas tradicionales, los usureros, les era indispensable disponer de información acerca de los posibles prestatarios, de su reputación, de las actividades que desarrollaban, o de su solvencia. Los más pobres de los más pobres solo podían mendigar o delinquir.

Figura 2.
La lógica de las instituciones de crédito prendario y la expulsión de los más pobres



En definitiva, los montes de piedad se sitúan en la periferia del sector formal de las finanzas de muchas ciudades de la cuenca mediterránea. Fueron entidades financieras en las que convergieron en calidad de prestamistas y prestatarios distintos grupos socioeconómicos de la ciudad, pero fueron instituciones frecuentadas mayoritariamente por familias de jornaleros y menestrales en apuros. Por ejemplo, el 92% de los préstamos concedidos por el Monte de Piedad de Nuestra Señora de la Esperanza de Barcelona en 1764 tenían un valor menor a 15 días de jornal de un peón de la construcción; en 1807, aún el 80% de los créditos concedidos tenían un valor que no superaba los 15 días de jornal de un peón de la construcción. Es decir, los micro créditos constituían la tónica general. Este rasgo es el que explica que se pueda calificar al monte de piedad como de “banco de pobres” aunque probablemente no de los más pobres de la Europa católica del período moderno y contemporáneo.

**EL COOPERATIVISMO AGRARIO
DE CRÉDITO EN ESPAÑA
EN EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XX**

Ángel Pascual Martínez Soto
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ALGUNAS REFLEXIONES INICIALES.—3. ORÍGENES DEL COOPERATIVISMO AGRARIO DE CRÉDITO 1890-1910: LA IMPLANTACIÓN DE MODELOS: 3.1. El primer raiffesiano español: los inicios de las cajas rurales confesionales; 3.2. Los problemas del primer cooperativismo de crédito.—4. LA FASE DE DESARROLLO DEL COOPERATIVISMO AGRARIO DE CRÉDITO: LAS CAJAS RURALES ENTRE 1915-1934: 4.1. La evolución de las cooperativas de crédito y su implantación; 4.2. Condicionantes de la evolución de las cajas rurales.—5. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ACCIÓN DEL ESTADO EN LA PROMOCIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS RURALES: 5.1. Déficit de la acción institucional: lo que se dejó de hacer.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El asociacionismo rural que se desarrolló a partir de las últimas décadas del siglo XIX se puede considerar una respuesta de los agricultores a la creciente integración de la agricultura en el mercado y a los efectos de la Gran Depresión. En el caso de España las iniciativas en este sentido surgieron con cierto retraso respecto a los países de la Europa occidental, pues los orígenes de este fenómeno se sitúan en la década de los noventa cuando en algunos estados europeos las organizaciones cooperativas ya estaban ampliamente difundidas y bastante consolidado el movimiento asociativo, como en Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia e Italia. En primero de estos países en 1898 el número total de cooperativas era de 14.200, de las cuales 3667 eran cajas rurales, alcanzando en 1905 la cifra de 23.700 y de ellas 10.909 eran cajas rurales¹; en Francia² el número de cajas rurales de todo tipo en 1898 era de 1645 y el número de sindicatos agrícolas en 1900 era de 2069; en Ita-

¹ Para Alemania ver M. Prinz (2002) y Narciso Noguer (1912), pp. 270-287.

² Pierre Lehman (1979), p. 47 y M.C. Cleary (1989), p. 35.

lia³, en 1898, las cajas rurales ascendían a 904 entidades y los bancos populares 594, siendo en 1907 un total de 2428 las cajas y 829 los segundos; en Dinamarca⁴ en 1898 las organizaciones ya se habían federado a nivel nacional en el Comité Cooperativo Central que abarcaba sectores como mantequería, mataderos, lecherías, piensos, entre otros y en 1900 existían 1029 cooperativas especializadas en la producción mantequera; en Austria⁵ existían 16 institutos regionales y 4021 cooperativas en 1904 y en el conjunto del Imperio 7082 (sin Hungría); por último, en Bélgica⁶ el gobierno había fundado en 1884 los “Comptoirs agricoles”, que eran oficinas de crédito agrícola ligadas a las cajas de ahorros y las cajas rurales cooperativas alcanzando un total de 335 en 1898 y aproximadamente existían 572 uniones profesionales o sindicatos agrícolas.

El arranque del cooperativismo español está estrechamente ligado a la Ley de 1906 que concedía exenciones fiscales y otros tipos de apoyos a los agricultores asociados, aunque no será hasta la promulgación del reglamento de la ley en 1908 cuando el proceso se acelere realmente. Las estadísticas oficiales son muy problemáticas y de escasa fiabilidad⁷ y, por lo tanto, se deben manejar con extremada precaución.

La actuación de la Administración⁸ pública española en cuanto a la aplicación de la citada ley y de su reglamento tuvo repercusiones negativas sobre el movimiento cooperativo español, provocando la disolución de numerosas entidades en un primer momento al no lograr las exenciones fiscales ni el reconocimiento oficial que les permitiese acceder al crédito oficial (Banco de España). El fracaso de las mismas produjo entre los agricultores gran desconfianza hacia unas organizaciones que dejaban endeudados a sus asociados⁹. Esta situación dio lugar a que no se aprovechara la oportunidad para asentar las estructuras que permitieran el desarrollo de un tejido asociativo amplio y sólido.

A partir de 1915, la fundación de cooperativas cobró un renovado impulso debido al impacto del conflicto bélico sobre la agricultura española, que

³ Giuseppe Micheli (1898), p. 56; Institut International Agricole (1914), pp. 535-552 y N. Noguer (1913), p. 369.

⁴ A. Gascón y Miramón (1926), pp. 63 y 212; I. Henriksen (1998)

⁵ N. Noguer (1913), p. 323

⁶ M. Turmann (1908), p. 151.

⁷ Una crítica muy acertada en S. Garrido (1996), pp. 19 y ss.

⁸ Un estudio detallado de este asunto en S. Garrido (1996), pp. 69-80 y N. Noguer (1915) y (1916).

⁹ Al respecto ver los comentarios contenidos en las Memorias de la Dirección general de Agricultura (1926), p. 5-6 y (1917), p. 154, donde se reconoce que la incertidumbre introducidas en la aplicación de la ley de 1906 habían “*causado gravísima perturbación en el funcionamiento de Sindicatos y Cajas rurales creados e impiden la formación de nuevos organismos*”.

llevará a los grandes propietarios a colaborar e impulsar, en algunos casos, la organización de los pequeños campesinos en algunas regiones como Castilla y León, con el fin de buscar apoyos para presionar sobre el Estado en la línea de incrementar el proteccionismo cerealero. También durante los años 1918-1920 esta colaboración interesada se reforzará ante el incremento de la conflictividad social en el mundo rural. Produciéndose así la confluencia de intereses entre la gran propiedad, la Iglesia y el Estado en la promoción y reforzamiento del sindicalismo y el cooperativismo agrario, que pasa a ser considerado como una herramienta útil para frenar la penetración de las denominadas “ideologías disgregantes” —socialismo, anarquismo y republicano— entre los pequeños explotadores.

La orientación económica de este movimiento se dirigió fundamentalmente hacia la compra en común de inputs agrarios —especialmente fertilizantes químicos— y la financiación a través de diferentes tipos de entidades. En menor medida también se desarrollaron otras actividades como la exportación de determinadas producciones en el área mediterránea, la transformación industrial de algunas producciones —bodegas, lecherías y mantequerías, conservas vegetales, fábricas de harinas, textiles, etc.—, los seguros agrarios, la formación técnicas de los agricultores, etc.

El cooperativismo de crédito bajo sus diferentes fórmulas se implantó desde finales de la década de los noventa del siglo XIX, alcanzando su mayor desarrollo a partir de los años veinte del siguiente siglo a través de entidades que dependían de las federaciones de sindicatos y de los propios sindicatos, de cajas rurales autónomas y cajas de ahorros especializadas. Sin embargo, el conjunto de entidades no generó organismos de coordinación autónomos ni bancos centrales que suministraran y canalizaran los fondos cooperativos como había sucedido en países como Alemania, Bélgica o Austria, ni llegó a contar con apoyo estatal como sucedió en Francia, por lo tanto su desarrollo fue limitado y su peso en el conjunto del sistema financiero español muy pequeño. Ni siquiera lograron captar la mayor parte del ahorro que se generaba en el campo, mostrándose menos eficaces que las cajas de ahorros, por lo que tuvieron escasos fondos para prestar a socios y clientes. Sus estructuras técnicas eran muy elementales y la preparación del personal era limitada, pese a este déficit, la sencillez de las operaciones y su especialización a lo largo de esos años como entidades de microcrédito lograron que en algunos casos las entidades alcanzasen niveles de eficacia relativamente considerables.

Sin embargo, es preciso señalar la presencia de un cierto número de cajas que por el tipo de socios que las componían, fundamentalmente propietarios, lograron un desarrollo importante, como en el caso de algunos estableci-

mientos de la provincia de Badajoz, o en el de las levantinas en las que a este grupo se unían los arrendatarios de las huertas.

El objetivo del trabajo es analizar el desarrollo del cooperativismo agrario de crédito en España durante el primer tercio del siglo xx. Se trata de establecer los modelos organizativos que influyeron en la constitución de las primeras entidades y las adaptaciones específicas que se realizaron de los mismos; delimitar las fases de la implantación de este tipo de organismos y dentro de ellas los procesos que tuvieron lugar, así como la distribución territorial de este fenómeno asociativo. También se estudiará la funcionalidad financiera de las cajas rurales y sus problemas técnicos-organizativos, para finalmente analizar la actuación del Estado respecto a la promoción de las mismas.

Se inicia el trabajo con el estudio del proceso de introducción del cooperativismo agrario de crédito en España entre 1890-1910, analizando los modelos que se utilizaron y cómo se difundieron los mismos entre los agricultores y sus organizaciones, también se detallan los principales obstáculos que tuvieron que afrontar estas primeras cooperativas para lograr sus sostenibilidad y qué factores impidieron un mayor desarrollo de este tipo de entidades. Trazaremos una aproximación a su cuantificación —número de entidades y resultados financieros— y por último se abordará el cooperativismo confesional.

En otro apartado posterior abordamos el proceso de desarrollo de las cajas rurales entre 1915-1934, con tal fin se ha elaborado una panorámica de la implantación de las entidades, tratando de explicar las causas que determinaron la misma, delimitando su distribución territorial, al tiempo que comparamos esta situación en el contexto europeo de la época. En este análisis a cerca de los factores que condicionaron el crecimiento de este tipo de organismos, hemos utilizado el microanálisis de cajas, que desde opciones distintas (tipología de socios, de operativa, de recursos, de tecnologías financieras, etc.) lograron un desarrollo importante. El problema de la financiación de este tipo de cooperativas constituye otro punto de estudio, para ello, se presentan modelos concretos de aprovisionamiento de fondos y se explica el papel que desempeñaron determinados organismos públicos y la banca privada especializada. Para finalizar se realizan algunas consideraciones reflexivas sobre el papel desempeñado por el Estado en la promoción de los servicios financieros rurales en general y del cooperativismo en particular.

Se trata de una primera aproximación a un territorio muy desconocido en la historiografía económica de las últimas décadas y merecedor de una mayor atención, por constituir uno de los agentes de la innovación y del cambio técnico en la agricultura española del primer tercio del siglo xx.

2. ALGUNAS REFLEXIONES INICIALES

Una pregunta importante que nos podemos realizar en este tipo de trabajos es: *¿por qué fue tan difícil expandir una oferta de servicios financieros rurales?* Todos los informes oficiales que se realizaron en este período¹⁰ mostraban su preocupación por la falta de acceso de los agricultores a los servicios financieros formales y por los duros términos y condiciones (en particular, las elevadas tasas de interés) de las finanzas informales. El diagnóstico de esta situación incorporaba dos elementos centrales:

— Los banqueros eran demasiado conservadores, no estaban interesados en el crédito agrícola (por sus riesgos) y no veían negocio en prestar a agricultores pobres.

— La usura ejercida por los prestamistas informales a través de las exorbitantes tasas de interés que cobraban eran una forma de explotación.

Estas dos explicaciones aparentemente distintas tenían un elemento común: la voluntad. Los problemas de las finanzas rurales se atribuían a la ausencia de ésta (indiferencia) en los banqueros comerciales privados y a la mala voluntad (intención de explotación) de los prestamistas informales. Los banqueros no querían atender a este tipo de clientela; los prestamistas buscaban explotarla.

Dado este diagnóstico, el Estado se veía obligado a asumir la responsabilidad de corregir los fallos del mercado. La respuesta de la Administración consistió en buscar agentes benevolentes que estuviesen dispuestos a ofrecer estos servicios (tuvieran voluntad) y que los ofrecieran sin explotar a los clientes. Estos agentes fueron en nuestro país el Banco Hipotecario de España, el Banco de España, los Pósitos, el Servicio Nacional del Crédito Agrícola y, en otra línea, el cooperativismo agrícola (Ley de 1906). Los agentes que dependieron directamente de la acción oficial fueron un absoluto fracaso, pues los capitales con los que se les dotó para tal fin eran manifiestamente insuficientes e incluso se desviaron del objetivo marcado.

El defecto del diagnóstico oficial fue que ignoró las dificultades que se debían superar para ofrecer servicios financieros a clientelas rurales. La situación no radicaba en que los bancos privados no quisiesen prestar en las zonas rurales, aunque se tratase de posibles buenos negocios. Los bancos y los banqueros de la época sabían que con las tecnologías bancarias tradicio-

¹⁰ Un estudio exhaustivo de los mismos en A.P. Martínez Soto (1994).

nales esta actividad no les era rentable, porque los costes y los riesgos eran demasiado elevados, hecho derivado de las dificultades sustanciales para producir servicios financieros rurales. El supuesto incorrecto de las intervenciones estatales fue el considerar que al tratarse de un problema de voluntad y no de un problema de dificultad, lo único que se necesitaba era una intervención legislativa y la puesta en marcha de líneas de financiación subsidiada (siempre muy escasas en su cuantía).

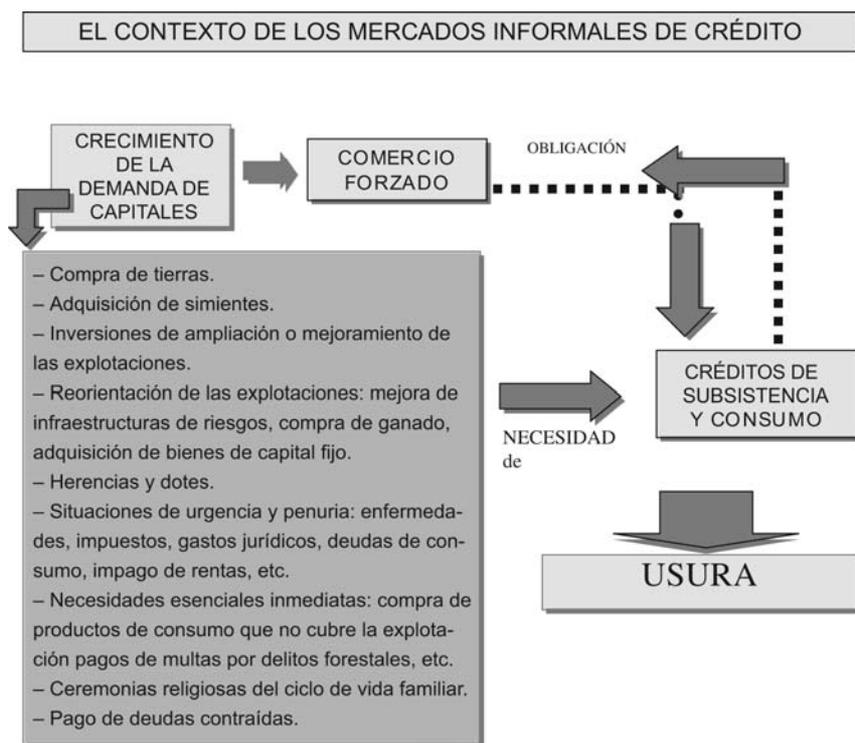
La intervención del Estado durante este período no sirvió para hacer desaparecer ni tan siquiera algunos de los obstáculos más relevantes. Per se, la simple voluntad de éste no podía remover los escollos que limitaban el desarrollo de las transacciones financieras en las áreas rurales ni tampoco podía hacer desaparecer los costes que surgían al intentar superar esas dificultades. La frontera de las finanzas rurales no se podía expandir a golpe de decretos y leyes.

El reto residía en que no se trataba solo de un problema político, sino también de un problema técnico. Éste estribaba en encontrar maneras de producir servicios financieros especializados a un coste razonable. La solución no se podía encontrar, por lo tanto, obteniendo apoyos políticos, sino desarrollando una función de producción (una tecnología) que permitiese obtener este resultado. En resumen, el fracaso de las opciones ideadas por el Estado para desarrollar las finanzas rurales, vino de intentar soluciones exclusivamente políticas a un problema que también era tecnológico. El desarrollo limitado de las cooperativas de crédito (cajas rurales) y de las cajas de ahorros que no contaron con un apoyo oficial decidido, contribuyó a limitar el desarrollo de acciones innovadoras en este campo que podían haber generado las tecnologías requeridas.

Los obstáculos a superar eran de tal magnitud que los esfuerzos realizados por el cooperativismo fueron insuficientes para alcanzar un desarrollo importante de los mercados financieros rurales. De esta manera se mantuvieron en firme problemas del calado siguiente: el poder monopolístico ejercido por lo prestamistas locales en algunas zonas del país; la imposibilidad de disminuir los costes de transacción (por las dificultades para obtener información sobre las clientelas, los problemas de la selección adversa y de riesgo moral) y otras razones para superar los fallos del mercado; los fracasos burocráticos debido a una legislación confusa y sesgada; la carencia de agencias suficientes; los fallos de la acción colectiva; las consecuencias de una infraestructura institucional deficiente, los efectos de la covarianza en los riesgos y las consecuencias de los elevados costes fijos debido a una presión fiscal elevada.

Otro elemento importante a tener en cuenta lo constituye la extensión de los mercados informales de crédito en el mundo rural español de finales del

siglo XIX y principio del XX, que implicaban un importante escollo para la implantación de este tipo de entidades. La “usura” practicada por toda clase de prestamistas de toda clase y, muy especialmente, por los grandes propietarios reportaba pingües beneficios en todos los sentidos, incluidos el control social y político del campesinado. Por tanto, la implantación del cooperativismo de crédito suponía una amenaza real para estos negocios y como tal fue combatida por prestamistas, comerciantes de insumos agrarios, grandes propietarios, etc, que constituían el eje de la detración usuraria.



3. ORÍGENES DEL COOPERATIVISMO AGRARIO DE CRÉDITO 1890-1910: LA IMPLANTACIÓN DE MODELOS

La cooperación agrícola se inició en España en una fecha relativamente tardía. Las primeras cooperativas españolas aparecieron en los años 1890, y su número no creció hasta años después de la promulgación de la Ley de Sindicatos Agrícolas de 1906, que les concedió ventajas fiscales, aunque no

todas las cooperativas se rigieron por esta ley. La estadística oficial proporciona la información sobre los tipos de las sociedades agrarias que aparecen en el cuadro 1; no era raro para todos ellos para realizar funciones cooperativas, sobre todo el “cajas rurales” y los sindicatos agrarios.

Cuadro 1
Asociaciones agrarias en España (1910-1926)

	1910	1913	1919	1923	1926	1923
Sindicatos Agrícolas	1.559	1.754	3.471	5.180	5.821	4.266
Cajas Rurales	384	496	514	499	501	646
Comunidades de Labradores	85	100	124	123	133	466
Cámaras agrarias	100	101	126	126	128	–
Asociaciones Agrarias	–	605	857	987	1.009	–
Federaciones Agrarias	–	24	54	78	86	–

Fuente: Ministerio de Fomento, Memoria para 1910; Dirección General de Agricultura y Anuario Estadístico de España para 1916, 1919, 1923 y 1926 y Ministerio de Agricultura para 1933.

Las cajas rurales eran cooperativas de crédito rurales y, en ocasiones, tenían secciones de maquinaria y abonos. Las Comunidades de Labradores y algunas Cámaras Agrícolas también funcionaron en algunos casos bajo presupuestos cooperativos y practicaron el crédito cooperativo, se trataban de instituciones semioficiales —creadas gracias una normativa de 1890— que actuaron como grupos de presión. Muchas de las instituciones señaladas por las estadísticas como Asociaciones Agrarias eran cooperativas promovidas por socialistas, anarquistas o republicanos que trataban de evitar la Ley de Sindicatos Agrícolas de 1906 por cooperativismo de orientación conservadora e interclasista.

Las Federaciones Agrarias existentes eran fundamentalmente cooperativas de segundo grado. En general todo este tipo de organizaciones se dedicaron fundamentalmente a la compra de abonos químicos, maquinaria, productos fitosanitarios y otros tipos de insumos, tratando de convertirse en instituciones de utilidad para los cultivadores asociados en ellas.

3.1. El primer raiffesiano español: los inicios de la caja rurales confesionales

La primera difusión de sistemas de crédito agrario y, más concretamente, las cajas rurales del sistema Raiffeissen correspondió a Joaquín Díaz de

Rábago ¹¹, que entre 1891-1893 publicó diversos trabajos sobre este tema que tuvieron bastante acogida entre los especialistas del momento.

La primera aplicación práctica de las cooperativas raiffesianistas la realizó Nicolás Fontes Álvarez de Toledo en Murcia en 1891 cuando ideó una adaptación de las Darlehnskassen que terminó por convertirse en la Caja Rural de Ahorros, Préstamos y Socorros de Javalí Viejo ¹², guiándose para su constitución del modelo de entidad realizado por el Centro Católico Alemán de Westfalia (Asociación de los labradores Westfalianos). Este tipo de cajas tuvo una amplia difusión en las localidades de la huerta murciana, siendo su objetivo fundamental evitar el conflicto entre los arrendatarios-jornaleros y los propietarios y de esta manera frenar la propagación de las ideas socialistas y anarquistas entre los primeros a través de la constitución de sociedades de resistencia y mutualidades. En 1898 el modelo de entidad se había implantado en 8 localidades agrupando a un total de 2.350 socios y en 1900 se habían fundado “Cajas Rurales Fontes” en las provincias próximas de Albacete (Chinchilla, Pétrola, Fuenteálamo, Corral-Rubio, Bonete y Tobarra), Granada, Alicante, Badajoz y Málaga, incluso su estudio se había introducido en los Seminarios Diocesanos de Murcia y Badajoz por mediación de los obispos.

¹¹ Publicista y economista gallego miembro y director de la Sociedad Económica de Amigos del País de Santiago de Compostela, Director del Banco de España en esa localidad, catedrático de hebreo, vicepresidente de la Asociación Internacional de Cooperativismo, llegó a estar relacionado. Su primera aportación teórica a la difusión del crédito agrícola data de 1881 al ser el encargado de responder por la Sociedad Económica de Amigo del País a la encuesta abierta por la Dirección General de Agricultura acerca “del mejor modo de organizar el crédito agrícola en España”. Más tarde publicó un folleto sobre los “Pósitos” y su primera obra de envergadura en este tema “Crédito Agrícola” en 1883. Dentro de esta obra realizó una monografía sobre Las Cajas Rurales sistema Raiffeissen (capítulo XXXI), que se puede considerar como el primer trabajo que en nuestro país dio a conocer este modelo de entidad, además de trazar un análisis comparativo de estas cajas con los Bancos Populares de Schulze-Delitzsch. Este capítulo ampliado fue publicado por separado en 1894 con el mismo título. Guardó una estrecha relación con Louis Durand teórico, propagandista de las cajas rurales Raiffeissen en Francia y presidente de la Unión de las Cajas Rurales y Obreras Francesas. En el IV Congreso del Crédito Popular reunido en Lyon en 1892 presentó un informe sobre las “Bases esenciales de una ley de Sociedades Cooperativas” que fue muy apreciado. Realizó y publicó otros estudios relacionados con el crédito agrícola, así un folleto sobre “La Hipoteca Independiente” (1886) donde analizaba la situación de la propiedad en Galicia y las posibilidades de realizar operaciones hipotecarias a través de la “movilización del suelo”, así como trabajos sobre los foros gallegos. En el Congreso de la Cooperación organizado por la Cooperative International Alliance dirigida por Henry W. Wolff en Londres presentó un estudio sobre “Historia y situación actual de la Cooperación en España”. También desde la perspectiva del catolicismo social en el que se encuadró, publicó varios trabajos dirigidos a los obreros compostelanos: un folleto titulado “La jornada internacional de las ocho horas” y otro titulado “El Destajo” ambos de 1891.

¹² Sobre el Sistema conocido como Cajas Fontes (Cajas Rurales de Ahorros, Préstamos y Socorros), su funcionamiento y propagación ver A.P. Martínez Soto (2000), pp. 126-130.

La actuación de estas cajas iba dirigida a los campesinos pobres (pequeños arrendatarios, propietarios ínfimos y jornaleros) con la finalidad de lograr que pudieran adquirir tierras en propiedad a través de un peculiar sistema consistente en la adquisición de las mismas por parte de la entidad la cual establecía un contrato a diez años con el socio interesado, teniendo éste que amortizar cada año la décima parte del valor y por intereses del 5% del capital pendiente. Las cajas también actuaron para evitar la comercialización forzosa de sus socios productores de capullo de seda y se dedicaron a comprar sus producciones y a venderlas en los mercados más convenientes.

El siguiente modelo de entidad lo constituyó Luis Chaves Arias ¹³ al fundar, en 1902, diferentes cajas rurales (Zamora, San Marcial, Moraleja del Vino y Arenillas) siguiendo el modelo en puridad de Raiffeissen, también empleado por los sacerdotes Anacleto Orejón, Gregorio Amor y Valentín Gómez, que fundaban en 1901 otra caja rural también de este modelo en Amusco (Palencia). La actividad de Luis Chaves tuvo un impacto considerable y su modelo será adoptado posteriormente por la Confederación Nacional Católica Agraria para sus sindicatos y cajas rurales (fuesen como independientes o como secciones de crédito de cada sindicato).

Entre 1903-1904, el raiffesiano se implantaba en Navarra con la Caja Agrícola de Tafalla fundada por Atanasio Mutuberría ¹⁴, a la que siguió la Caja de Ahorros y Préstamos de Olite fundada esta por Victoriano Flamarique en 1904. Entre 1904-1907, los sacerdotes V. Flamarique y Antonino Yoldi iniciaron una activa campaña propagandista por los pueblos navarros logrando fundar en varias localidades cajas rurales ¹⁵, este rápido proceso de implantación convirtió a Navarra en la región con mayor presencia de entidades raiffesianas, como se puede observar en el siguiente cuadro.

¹³ Luis Chaves Arias (Zamora 1863-1917), propietario agrícola de Zamora fue el introductor del Raiffesiano práctico y uno de sus propagandistas más destacados. Publico numerosos artículos sobre las cajas rurales de este sistema, participó de manera destacada en las Semanas Sociales (conferencias católicas dedicadas a la difusión teórica y práctica de las ideas católico-agrarias) y fue autor de obras como: *Las cajas rurales de crédito del Sistema de Raiffeissen*, Zamora, 1909; *Acción social agraria y el proyecto de ley de asociaciones*, Madrid, 1911; *De acción social. Memorias, conferencia y discursos*, Madrid, 1916. Mantuvo correspondencia con destacados personajes del raiffesiano europeo.

¹⁴ Sobre esta entidad ver Antonio Salvador (1988), "La Caja Agrícola de Tafalla, primera caja rural de Navarra, 1902", en *Primer Congreso General de Historia de Navarra "Príncipe de Viana"*, pp. 425-433.

¹⁵ Sobre el desarrollo y evolución del cooperativismo navarro ver E. Majuelo Gil y A. Pascual Bonis (1991).

Cuadro 2

Implantación del cooperativismo raiffesiano en Navarra, 1907-1910

Parish	1907		1908		1909		1910	
	Cajas Rurales	Pueblos	Cajas Rurales	Pueblos	Cajas Rurales	Towns	Cajas Rurales	Towns
Aoiz	12		37	144	31	129	40	157
Estella	22		42	96	44	93	49	96
Pamplona	12		26	77	25	129	29	135
Tafalla	13		19	23	19	23	19	23
Tudela	4		6	6	6	6	6	6
Total	63		130	346	125	380	143	417
	Sindicatos Agrícolas	Pueblos	Sindicatos Agrícolas	Towns	Sindicatos Agrícolas	Towns	Sindicatos Agrícolas	Towns
Aoiz	9	44			17	103		
Estella	15	42			18	98		
Pamplona	13	45			18	91		
Tafalla					2	2		
Tudela								
Total	37	130	57	250	55	294	57	250

Fuente: Antonino Yoldi, Sexta Semana Social, 1916, tomado de E. Majuelo y A. Pascual (1991), p. 48

El éxito de esta iniciativa residió en el apoyo recibido del clero local, el obispado y, en algunos casos, los grandes propietarios. La creación de un Consejo Diocesano y el desarrollo de un proyecto organizativo con una coordinación en tres niveles (caja local-caja de distrito-caja provincial) elaborada por A. Yoldi favoreció la consolidación de estas fundaciones. Así, en 1908 ya eran 130 cajas rurales para 346 pueblos con más de 14.000 familias asociadas, encontrándose este entramado conectado con 57 sindicatos agrícolas que agrupaban a 5.600 socios. Las cooperativas navarras se convirtieron en pioneras de la difusión de los abonos químicos a través de compras en común, lo que reforzó su aceptación entre los pequeños explotadores de la región; en 1910 más de la mitad de los municipios navarros (143 sobre 269) tenían caja rural y el proceso de crear una organización coordinadora de este entramado se cerró con la fundación en ese año de la Federación Católico-Social de Navarra, que supuso el núcleo raiffesiano más sólido del país en este primer momento.

Otro núcleo importante surgió en Extremadura¹⁶, concretamente en Badajoz, impulsado por un laico, Tomás Marín (director de la sucursal del

¹⁶ Sobre este grupo ver Asociación de Agricultores de España (1911), Memoria del Segundo Concurso de Asociaciones Agrícolas, Madrid y Narciso Noguera (1913), pp. 511-512.

banco de España en Badajoz) que fundó varias cajas rurales que se atenían a la solidaridad ilimitada y a la exclusión de dividendos, pero admitían cuotas de entrada y mensuales, lo que les alejaba de la pureza del sistema. Este grupo de cajas no se limitó a actuar como cajas de ahorros y préstamos, sino que también realizaron operaciones propias de los sindicatos agrícolas (compra de maquinas, animales reproductores, semillas, abonos químicos, depósito y venta en común de cosechas, guardería rural, seguros y conciliación), aunque las operaciones financieras constituían el centro de su labor. La especificidad de estas entidades procede del hecho de que se formaron en base a un grupo de grandes propietarios que aportaron importantes sumas de capital social, de tal manera que serán las cajas rurales más capitalizadas del país durante todo el período. Iniciaron el grupo las cajas rurales de Fuente de Cantos y de Cabeza de Buey en 1905. Desde el principio utilizaron técnicas, procedimientos y productos financieros muy novedosos, como es el caso de las cuentas corrientes con garantía hipotecaria que llegaron a convertirse en la su principal modalidad de crédito.

La gran solvencia y los avales reunidos por las entidades de Badajoz les brindó el apoyo del Banco de España, de tal manera que se convirtieron en las entidades que mayores créditos obtuvieron del banco central, prestando los capitales a un interés que osciló entre el 5,50 y el 7%, cuando ellas obtenían el dinero al 4,50% con la garantía de sus socios (ver cuadro II).

En 1909 las cajas rurales confesionales organizadas bajo el sistema raifeisiano ascendían a 373¹⁷, la mayor parte de ellas introdujeron modificaciones a su funcionamiento al añadirle la operativa de cajas de ahorros, lo que exigía pequeñas aportaciones para el capital social (por lo general eran de 10 pesetas que se hacían efectivas a plazos). El desarrollo de este tipo de cooperativas fue lento entre 1901 y 1906 al no contar con una regulación legal que las favoreciera; la posterior aplicación de la ley de 1906 y su reglamento de 1908 activaron su crecimiento, pero las exenciones fiscales que preveían estas normativas fueron sistemáticamente entorpecidas desde el Ministerio de Hacienda y en especial desde la Dirección General del Timbre¹⁸, lo cual

¹⁷ Inocencio Jiménez (1909), p. 241. También el Vizconde de Eza (dirigente social-católico) y presidente de la influyente Asociación de Agricultores de España afirmaba: "*Pudiéramos decir que todas las asociaciones de crédito se van fundando en España sobre la base de la responsabilidad ilimitada, principio que no asusta tanto como pudiera creerse, y que en cambio, evita a los agricultores que carecen de metálico la necesidad de suscribir acciones de capital social, que constituiría para ellos una dificultad casi invencible*", Asociación de Agricultores de España (1911), p. 24.

¹⁸ Sobre esta problemática que llegó a perjudicar a las cajas rurales al encarecer sus operaciones ver Luis Chaves (1906), pp. 74 y ss. Según sus análisis un pequeño préstamo con fianza personal de 100 pesetas a un año y el 4% de interés se encarecía con los impuestos en 3,23 pesetas; una imposición de 100 pesetas en la caja de ahorros suponía un gasto de 2,69 pesetas de impuestos; la cancelación de un préstamo 2,96 pesetas.

Cuadro 3
Desarrollo inicial de las cajas rurales (sistema Raiffesen) en la provincia de Badajoz, 1906-1911

	1906	1907	1908	1909	1910	1911
Número de cajas rurales	9	14	20	24	24	24
Localidades	24	40	49	63	63	63
Número de socios	1.519	3.012	4.582	5.739	5.941	5.974
Capital social ptas.	40.245.106	84.478.784	134.483.480	157.064.788	161.349.675	161.933.220
PRESTAMOS (ptas.)	Personajes	834.594	1.199.438	1.343.681	1.354.887	1.415.621
	Pignoraticios	24.945	143.364	203.063	203.063	180.829
	Hipotecarios	717.167	2.530.441	4.591.627	6.395.530	7.173.575
	Total préstamos	1.049.244	3.389.980	5.934.429	7.942.274	8.709.291
Patrimonio inmobiliario (ptas.)			141.370	434.060	716.056	829.350
Imposiciones en caja de ahorros (ptas.)	59.200	760.477	1.720.026	2.817.165	4.089.173	4.417.732
Capital prestado por Banco de España (ptas.)	1.323.510	3.090.429	4.326.019	5.556.346	5.183.813	4.815.992
Fondo de reserva (ptas.)	11.033	72.941	158.254	222.909	308.540	389.105

Fuente: Asociación de Agricultores de España (1911), Memoria del Segundo Concurso de Asociaciones Agrícolas, Madrid.

encarecía las operaciones de las cajas y por tanto contribuían a que las entidades cuyos asociados eran de extracción pobre (pequeños cultivadores, jornaleros, etc.) tuvieran dificultades para su asentamiento. En 1909 la revista *La Paz Social* publicaba una estadística sobre el cooperativismo confesional elaborada por Inocencio Jiménez (cuadro III).

Cuadro 4
Evolución del cooperativismo católico 1904-1909

Fecha	Número de sindicatos agrícolas	Número de cajas rurales
1 de Enero 1904		38
1 de Enero 1905		50
1 de Enero 1906	6	80
1 de Enero 1907	50	112
1 de Enero 1908	187	250
1 de Julio 1908	300	—
1 de Enero 1909	450	373

Fuente: Inocencio Jiménez (1909): “Los sindicatos agrícolas” y “Las cajas rurales católicas”, en *La Paz Social*, pp. 169 y 241

Muchas de estas primeras cooperativas, especialmente las que funcionaban como secciones de los sindicatos agrícolas, tuvieron una vida efímera debido a las dificultades legales para constituirse y ser reconocidas oficialmente y a su escasa capitalización. Mayor pervivencia tuvo aquellas que lograron constituir una federación y caja central, además de lograr un cierto desarrollo técnico en su organización interna como en el caso de Navarra o agruparon a propietarios como sucedió con las entidades de Badajoz, Tarragona o Baleares.

La situación general del desarrollo del cooperativismo español hacia 1910 según un informe del Ministerio de Fomento¹⁹ (ver cuadro IV), presentaba una implantación geográfica predominante en el centro del país, sobre todo en Aragón (23,9% del total de cajas existentes), Navarra (23,4%), Castilla y León (15,3%) y Extremadura (14,9%), entre estas regiones concentraban el 82,9% de total de cajas existentes en aquel momento. Esta distribución territorial guarda relación con la labor realizada por los organismos del catolicismo

¹⁹ Se trata de Apuntes para el estudio del proyecto de ley de Crédito Agrario presentado a las Cortes por el Excmo. Sr. Ministro de Fomento D. Fermín Calbetón, Madrid, 1910.

mo social en el primer momento de fundación de entidades en el que tuvieron un protagonismo indudable. La vida real de muchas de estos primeros organismos de crédito fue muy efímera e incluso las que perduraron tuvieron, en su mayoría, una trayectoria económica muy limitada. De este grupo destacarán por su desarrollo y potencialidad las entidades de Navarra, organizadas en torno a la Federación Católico-Social de Navarra (1910), y las entidades de Extremadura, fundamentalmente las de la provincia de Badajoz, cuya masa social estaba formada por medianos y grandes propietarios.

Cuadro 5
Implantación del cooperativismo católico
raiffesiano en 1910

Región	Sindicatos agrícolas	Cajas rurales
Andalucía	67	12
Aragón	11	151
Asturias	3	–
Baleares	16	11
Canarias	–	–
Cantabria	5	–
Castilla La Mancha	44	5
Castilla León	138	79
Cataluña	84	30
Extremadura	–	77
Galicia	23	–
Madrid	7	–
Murcia	6	–
Navarra	55	121
País Vasco	28	3
Rioja	7	3
Valencia	70	24
Total España	564	516

Fuente: Elaborado a partir de Ministerio de Fomento (1910).

3.2. Los problemas del primer cooperativismo de crédito

Dos tipos de dificultades lastraron la vida de la mayor parte de las cajas rurales de este período: por una lado, las referidas a su vida interna relacionadas con su constitución, su régimen y la forma y tipo de gestión que realizaban y por otro, las referidas a su funcionamiento externo, como son las relaciones con el Estado y con otras instituciones agrarias.

Respecto a las primeras ya hemos presentado los principales modelos que estuvieron al alcance de los grupos promotores, siendo la cuestión de mayor relevancia la adopción del tipo de responsabilidad que ligaba a los socios de una caja. La adopción de la “solidaridad ilimitada” propia del sistema Raiffeissen era aceptado en los círculos técnicos y propagandísticos (revistas de agricultura, organizaciones agrarias confesionales, economistas y propagandistas, etc.), como muestran las respuestas a la encuesta del Ministerio de Fomento de 1910²⁰. En la citada encuesta participaron 30 cajas rurales y todas ellas eran partidarias de la mutualidad y 28 lo eran de la responsabilidad ilimitada; esta aceptación disminuía entre los sindicatos agrícolas pues de los 37 participantes, sólo 14 eran partidarios de esta fórmula. Entre los técnicos y directores de revistas agrarias aparecían respuestas muy contundentes contrarias a este tipo, así la de Francisco Rivas Moreno²¹ (fundador del modelo de cajas rurales de ahorros y préstamos).

La solidaridad ilimitada se convirtió en el eje estructurador de las entidades confesionales (sindicatos y cajas), aunque en el desarrollo real de las mismas se terminó por aceptar la variedad de fórmulas ante las dificultades que encontraron sus organizadores para implantarla. Estos obstáculos provenían de que sólo era aceptada en los extremos: cooperativas formadas por campe-

²⁰ Ver Ministerio de Fomento, Apuntes para el estudio del Proyecto de Ley de Crédito Agrario...op. cit., Se recogieron 346 respuestas: 9 Cámaras de Comercio, 11 Revistas, 30 Cajas Rurales, 96 Ayuntamientos, 18 Juzgados Municipales, 37 Sindicatos Agrícolas, 14 Cámaras Agrícolas, 10 Consejos Provinciales de Agricultura, 14 Consejos Provinciales de Industria y Comercio, 5 Cajas de Ahorros, 70 Agricultores y técnicos (Registradores de la propiedad, Ingenieros Agrónomos y Notarios, 36 correspondientes a diversas asociaciones agrarias (Federaciones Agrarias, Servicios Agronómicos, Estaciones Enológicas, Asociaciones de Agricultores y ganaderos, Escuelas de Prácticas Agrícolas, Casinos Agrícolas, Círculos de Labradores, etc.). Por lo tanto, se trata de una muestra representativa de los diversos sectores e intereses agrarios del país. Un análisis de esta encuesta se encuentra en A.P. Martínez Soto (1994), pp.344-350.

²¹ Rivas Moreno exponía al respecto de la solidaridad ilimitada: “ *En un país como España donde se hacen ahora las primeras experiencias con las Cajas Rurales, es poco práctico complicar la vida de estas instituciones con empeños muy laudables, pero expuestos a riesgos y complicaciones que podrían llevar a las nuevas instituciones a una situación de lamentable desprestigio...la responsabilidad ilimitada cuando se lleva a la piedra de toque de la experiencia, resulta de una eficacia dañosa, porque resta el concurso de cooperadores entusiastas y convencidos que no quieren ligarse a compromisos cuyo alcance desconocen...*”

sinos muy pobres y por tanto descapitalizadas (por ejemplo las cajas rurales de Cáceres) y con pocas oportunidades de sobrevivir y cooperativas formadas exclusivamente por propietarios solventes y, por tanto, de alcance muy limitado en su actuación sobre los grupos campesinos más desfavorecidos (por ejemplo las cajas rurales de Badajoz). Finalmente, la fórmula se implantó con fuerza y operatividad en Navarra y Badajoz, en ambos casos con mayoría de socios propietarios. Las entidades que lograran subsistir teniendo entre su clientela y asociados a pequeños cultivadores fueron casi siempre las que optaron por la responsabilidad limitada e introdujeron diversos tipos de participaciones en la formación del capital social.

Otro tipo de problemática de índole interna se refería al tipo de operaciones que se podía realizar en función de los capitales disponibles. La financiación externa proveniente de la banca comercial, pública o de otros organismos era una oferta muy limitada y selectiva, al alcance de muy pocas entidades, lo que hacía inviable el mantenimiento de las pequeñas cajas individuales. Por esto, era necesario federarse, lo que permitía reunir las suficientes garantías para lograr fondos a unos tipos de interés ajustados en los mercados formales. En esos momentos este tipo de organizaciones intermedias aún estaban en fase de gestación lo que implicaba escasez de fuentes de financiación.

Las cajas individuales adoptaron mayoritariamente los modelos de funcionamiento de las cajas de ahorros o los mixtos como el de Rivas Moreno, lo que permitía captar depósitos que hicieran viable la labor crediticia. Las entidades más sólidas del período, las que lograron sobrevivir a estos inicios siguieron este tipo de funcionamiento y, además, contaron entre sus promotores con grupos de propietarios que aportaban los capitales iniciales y los depósitos más sólidos.

La labor crediticia mayoritaria adoptó la forma de “préstamo personal” con una multiplicidad de variables en función de las garantías y avales; además, en la mayor parte de los casos eran operaciones de microcrédito a corto plazo. Otras formas más potentes en la cuantía y de mayor duración (distintas fórmulas de préstamos hipotecarios, préstamos pignoratícios, etc.) sólo estuvieron al alcance de una minoría de cajas, las constituidas por propietarios, como en el caso presentado de las de Badajoz, que tenían posibilidades de lograr una financiación externa importante.

La preparación técnica del personal que debía gestionar estos organismos también fue otro problema que entorpecía su desenvolvimiento. Las pequeñas cajas rurales formadas por campesinos pobres y analfabetos dependían de agentes ajenos para su gestión, así en el campo confesional los párrocos se convirtieron en gestores, administradores, directores, etc. En

algunos seminarios diocesanos el cooperativismo se convirtió en asignatura de los futuros sacerdotes, incluso se estudiaban modelos prácticos (en el caso de Murcia sucedía con el sistema Fontes antes citado o en Navarra con el sistema Raiffeissen). La Iglesia organizaba numerosos cursos y seminarios de formación y debate (por ejemplo las Semanas Sociales), en las que se formaban los propagandistas, gestores e incluso interventores, además se publicaron numerosos libros y folletos²² con modelos de cajas y estatutos, formularios de operaciones, modelos de instancias, etc., que trataban de facilitar la labor de los promotores.

En las cajas laicas la gestión dependía del grupo fundador. Así, en el caso de las patrocinadas por las Cámaras Agrícolas el consejo solía coincidir con la directiva permanente de la entidad matriz, también provenían de ésta el tesorero y la dirección, aunque se mostró una tendencia clara hacia la profesionalización de los cargos operativos. Cuando las cajas obtenían un volumen de operaciones “considerable” se optaba por contratar técnicos (contables, técnicos provenientes de la banca privada o del comercio) que asumieran estas tareas, quedando la supervisión en manos del consejo.

Las dificultades de gestión de las cooperativas constituyó una de las causas de la desaparición de muchas de estas en estos primeros años, por lo tanto, el problema técnico se convirtió en uno de los frenos al desarrollo de este tipo de organismos.

En cuanto a los problemas exógenos, citábamos las relaciones con el Estado como uno de ellos. Ya hemos hablado de las dificultades para lograr un desarrollo legislativo que regulara las cooperativas, incluso una vez promulgada la Ley de 1906, pues las dificultades para lograr las exenciones fiscales previstas en la misma constituyeron un freno a su expansión; en 1908 se promulgaba un Reglamento que intentaba arreglar estos aspectos, aunque siempre chocó su desarrollo con el Ministerio de Hacienda y su Dirección General del Timbre que pusieron multitud de trabas. Este tipo de problemas encarecía notablemente las operaciones de las cajas y, por tanto, supusieron otro escollo importante. Samuel Garrido (1996) ha demostrado como hasta el proceso de reconocimiento de los sindicatos y cajas por parte de Ministerio de Hacienda, condición necesaria para lograr las exenciones referidas o para ser reconocidos por el Banco de España a los efectos de lograr fondos del mismo, constituyó un poder regulador del desarrollo del cooperativismo en manos del Estado.

²² Por ejemplo, los trabajos de Luis Chaves Arias (1906) y Luis Chalbaud (1909), que constituyeron verdaderos manuales para promotores.

Finalmente, otros problemas de índole externa se refieren a las relaciones que las cajas podían establecer con los mercados financieros para lograr fondos con los que poder desarrollar su labor. Ya hemos hablado de la limitada oferta en este sentido, incluso esa limitación era mayor cuando hablamos de banca privada con cierta especialización agraria. Los riesgos que suponía operar con las cajas hacían que los prestamistas institucionales exigieran avales importantes, lo cual estaban al alcance de muy contadas cooperativas (fundamentalmente las constituidas por propietarios) o aquellas otras que habían organizado escalones superiores de coordinación y agrupación y podían presentar los avales necesarios, en ambos casos estamos hablando de una minoría de entidades. La mayor parte de las mismas se vieron abocadas a la autofinanciación, lo que implicó su descapitalización y desaparición a corto plazo.

4. LA FASE DE DESARROLLO DEL COOPERATIVISMO AGRARIO DE CRÉDITO: LAS CAJAS RURALES ENTRE 1915-1934

4.1. La evolución de las cooperativas de crédito y su implantación

La evolución del cooperativismo de crédito a partir de 1915 se caracterizó por su estancamiento en cuanto al número de entidades que funcionaron y el número de socios con el que contaron. En el cuadro siguiente se puede comprobar este hecho a nivel general.

El número de entidades se mantuvo estable en torno a las 500 entidades y 50.000 agricultores asociados en ellas, el crecimiento de las cifras que se registra en 1933 se debe a un cambio de metodología en la estadística oficial²³. No obstante el número de socios en 1933 corresponde a todos aquellos cooperativistas que tuvieron acceso a la financiación de las cooperativas, lo cual eleva la cifra bastante respecto a los años anteriores. En general, el capital asociado bajo las distintas modalidades también se mantuvo estable hasta 1920, produciéndose un salto cualitativo entre este año y 1924; la evolución posterior la desconocemos por ausencia de datos, aunque en 1933 el capital en efectivo disponible por estas organizaciones era de 68,5 millones de pesetas. Los datos de las estadísticas oficiales que reflejan las operaciones

²³ La estadística de la Dirección General de Agricultura para el año 1933 no distingue como anteriormente había hecho entre sindicatos agrícolas y cajas, solo aparecen los primeros y otros bajo la denominación sindicato-caja rural. En nuestro caso hemos optado por considerar como cajas rurales a todas aquellas organizaciones que realizaban estas funciones independientemente de su denominación.

Cuadro 6 Cooperativas de crédito (cajas rurales) 1915-1933

	Número de cajas	Número de socios	Capital social (pesetas)	Inmuebles y valores (pesetas)	Imposiciones (pesetas)	Préstamos (pesetas)				Fondos recibidos (pesetas)		
						Personal	Pignoratícios	Hipotecarios	Loans Total	Banco de España	Otras entidades	
1915	525	53.063	164.798.300	1.234.761	10.324.218	6.555.296	418.667	8.089.072	15.063.035	6.718.576		
1916	496	42.279	139.786.212	2.132.282	10.763.496	6.587.048	697.124	6.831.867	14.116.039	3.143.578	1.835.431	
1918	503	51.502	146.314.437	2.038.156	11.631.266	8.317.052	713.316	6.882.146	15.912.514	3.427.278	2.163.997	
1920	514	55.804	150.307.740	2.372.723	12.393.723	8.943.424	799.081	6.926.146	16.686.651	3.494.278	2.735.365	
1924	501	57.965	192.889.062	9.913.189	18.265.136	9.808.174	2.428.712	8.144.507	20.381.393	5.527.679	2.639.161	
1933	646	163.963			132.861.937				84.646.427			

Fuente: Elaborado a partir del Anuario Estadístico de España (1915, 1916, 1924) y Dirección General de Agricultura (1918 y 1934).

básicas de las entidades (imposiciones y préstamos) no resultan muy fiables. En mi opinión, los fondos que se gestionaron fueron bastante superiores a los reflejados en las mismas, como tendremos ocasión de comprobar más adelante a través de un test paralelo con un grupo de instituciones cuyos datos se han obtenido de fuentes alternativas de carácter privado.

Para matizar este panorama debemos tener en cuenta la distribución territorial de las cajas rurales. Para lo cual hemos optado por considerar aquellos años en que las estadísticas son relativamente más fiables y nos permiten tener una imagen de la evolución cuantitativa en cuanto a número de entidades y de socios de las mismas, así como su implantación regional (ver Table 7).

Esta distribución permite caracterizar unos núcleos de primera importancia por el número de cajas en las regiones de Navarra, Castilla-León y Cataluña, y otros secundarios en Extremadura, Aragón, Asturias y Castilla-La Mancha. Si atendemos al número de socios agrupados, los centros más importantes son Navarra, Cataluña, Extremadura y Castilla-León.

El valor sería más matizado si consideráramos la implantación por provincias, dado que algunos valores regionales están en buena parte alimentados por los de estos ámbitos, como ocurre al observar el peso de las cooperativas de Tarragona en el caso de Cataluña o las de Badajoz para Extremadura, o el peso de regiones uniprovinciales como Asturias y Murcia, e incluso con el caso de Navarra cobra mayor valor bajo esta consideración. Si atendemos a las variables financieras el panorama que reflejan las cifras nos muestran otra cara de este cooperativismo con un valor mayor para entender la importancia y papel que jugaron sus establecimientos. En primer lugar atendiendo al capital asociado es especialmente relevante la situación de las entidades de Extremadura, que durante todo el período concentraron más del 90 % del capital asociado por las cajas rurales españolas, debido a su especial configuración. En 1915 contaban con 162,8 millones de pesetas, lo que representaba 24.535 pesetas por socio, siendo las más próximas las sociedades de Castilla-León con 227 pesetas por socio o las de Cataluña con 169 pesetas por socio y en 1924 agrupaba 179,4 millones de pesetas sobre un total de 192 millones para el conjunto del país, lo que implicaba que cada socio aportaba 22.157 pesetas en esta fecha, les seguían los socios catalanes con una aportación de 15.558 pesetas.

En cuanto a la captación de depósitos el panorama sigue siendo el mismo, el mayor porcentaje de capital corresponde a las entidades de Extremadura, así como los depósitos por socio. En un escalón más bajo encontramos a las entidades de Castilla León, Navarra, Murcia y Valencia. Los valores de las imposiciones medias por socio muestran salvo para el caso de Badajoz que el

Cuadro 7
Cooperativas agrarias de crédito: Distribución territorial de las cajas rurales y sus asociados 1915-1933

	1915						1918						1924						1933					
	Cajas Rurales			Socios			Cajas Rurales			Socios			Cajas Rurales			Socios			Cajas Rurales			Socios		
	Núm.	% de total	Núm.	% de total	Núm.	% de total	Núm.	% de total	Núm.	% de total	Núm.	% de total	Núm.	% de total	Núm.	% de total	Núm.	% de total	Núm.	% de total	Núm.	% de total		
Andalucía	24	4,6	1.666	3,1	11	2,2	611	1,2	11	2,2	611	1,0	29	4,5	9.111	5,5								
Aragón	53	10,0	3.436	6,5	48	8,5	5.390	10,4	46	9,2	5.394	9,3	42	6,5	16.213	9,8								
Asturias	55	10,5	2.419	4,5	31	6,1	1.951	3,8	29	5,8	1.951	3,3												
Baleares	20	3,8	2.775	5,2	19	3,7	2.897	5,6	15	2,9	3.295	5,7	19	2,9	7.736	4,7								
Canarias																								
Cantabria	2	0,4	171	0,3	5	0,9	463	0,8	5	0,9	463	0,8	52	8,0	4.325	2,6								
Castilla-Mancha	36	6,8	1.115	2,1	30	5,9	1.696	3,3	22	4,4	1.817	3,1	48	7,4	12.648	7,7								
Castilla-León	103	19,6	5.802	10,9	80	15,9	5.430	10,5	81	16,1	5.430	9,3	161	24,9	32.180	19,6								
Cataluña	47	8,9	3.639	6,8	53	10,5	7.308	14,2	65	12,9	9.130	15,7	105	16,2	16.178	9,8								
Extremadura	34	6,5	6.639	12,5	30	5,9	6.506	12,6	28	5,6	8.100	13,9	50	7,7	16.148	9,8								
Galicia	9	1,7	148	0,3	6	1,2	164	0,3	6	1,2	164	0,3	12	1,8	1.330	0,8								
Madrid	4	0,7	97	0,2	12	2,4	473	0,9	12	2,4	473	0,8	11	1,7	1.265	0,7								
Murcia	10	1,9	6.959	13,1	10	1,9	1.766	3,4	10	2,0	1.776	3,0	8	1,2	4.377	2,7								
Navarra	113	21,5	12.010	22,6	153	30,4	12.156	23,6	156	31,1	14.636	25,2	63	9,7	6.233	3,8								
País Vasco	4	0,7	406	0,7	6	1,1	880	1,7	5	0,9	934	1,6	14	2,1	5.059	3,1								
Rioja	1	0,1			2	0,3	759	1,5	2	0,3	759	1,3	5	0,7	1.027	0,6								
Valencia	10	1,9	5.784	10,9	7	1,3	3.052	5,9	6	1,1	3.052	5,3	81	12,5	30.128	18,5								
Total	525	100,0	53.063	100,0	503	100,0	51.502	100,0	501	100,0	57.965	100,0	646	100,0	163.963	100,0								

Fuente: *Ibidem* Cuadro 6.

tipo de clientela dominante eran los pequeños cultivadores. Las cooperativas de esta última provincia (ver cuadro 8) constituyeron una excepción dentro de este panorama general, tanto por la capacidad de generar respaldo a sus entidades de solidaridad ilimitada (capital asociado), como para captar depósitos de ahorro de sus respectivas localidades y desarrollar modalidades de préstamo acordes con las necesidades de su clientela.

En cuanto a los préstamos concedidos la situación no varía: los créditos medios superiores a mil pesetas sólo los concedían las cajas de Badajoz; en el resto de regiones las cantidades medias son muy modestas, eran verdaderas operaciones de microcrédito. Para contrastar los datos que hemos utilizado, provenientes de las estadísticas de la Dirección General de Agricultura sobre captación de depósitos y préstamos, hemos procedido a realizar un test sobre la evolución de un grupo de 57 entidades ²⁴ que representan aproximadamente el 10% de las existentes en el período (cuadro 9).

Estos valores nos muestran claramente que los datos de la estadística oficial referidos a las operaciones de las entidades son muy poco fiables. Durante los años comprendidos entre 1921-1934, las 57 cajas mostraron valores muy superiores tanto en imposiciones como préstamos respecto al total de las aproximadamente 500 que funcionaron en el conjunto del país. Sólo en 1933 los datos de la Dirección General de Agricultura son superiores a los de este grupo, lo que les da visos de verosimilitud. Por tanto se puede aventurar la hipótesis de que la labor financiera de las cooperativas de crédito superó los márgenes conocidos hasta el momento.

Para poder calibrar el alcance del cooperativismo agrario de crédito en un contexto general, lo compararemos con la situación existente en otros países europeos: El cuadro X permite insistir en la debilidad del movimiento español respecto al existente en los países de la Europa atlántica y central (Bélgica, Alemania, Francia, etc.) e incluso de la mediterránea (Italia) o de algunos de los países de la Europa oriental (Hungría).

²⁴ Los datos estadísticos proceden de fuentes alternativas a las de la Dirección General de Agricultura, se trata de las Memorias y Cuentas Generales del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Madrid, las cuales publicaban datos referidos a una serie de entidades como cajas de ahorros y montes de piedad y cajas rurales de ahorros y préstamos con una alta fiabilidad reconocida por los especialistas en este tipo de instituciones. También hemos utilizado el trabajo de Ceballos Teresí (1929).

Cuadro 8
Situación de algunas cajas rurales de la provincia de Badajoz, 1918-1933

Caja Rural	Año de fundación	1918			1924			1933	
		Capital asociado (ptas.)	Depósitos (ptas.)	Préstamos (ptas.)	Capital asociado (ptas.)	Depósitos (ptas.)	Préstamos (ptas.)	Depósitos (ptas.)	Préstamos (ptas.)
Almendralejo	1906	15.581.460	1.747.402	1.457.975	20.226.313	4.164.437	2.375.250	4.992.019	4.426.600
Badajoz	1919				12.929.000	903.516	781.462	17.447.425	4.290.550
Fregenal	1907	20.922.003	593.442	915.361	20.214.675	1.463.497	823.355	2.473.012	1.519.978
Fuentes de León	1908	5.275.765	452.229		6.808.015	1.495.528	890.335	1.595.791	1.063.476
Los Santos	1909	12.256.002	671.275	669.726	11.331.260	720.440	584.189	753.121	1.109.098
Fuente Cantos	1905	6.000.000	407.576	637.481	7.681.655	864.704	625.852	20.637	253.034
Oliveza	1908	14.482.124	936.957	1.045.843	17.128.062	991.731	976.955	3.869.785	2.986.383

Fuente: Ibidem cuadro anterior.

Cuadro 9
Valores de las imposiciones y préstamos en un grupo
de 57 cajas rurales, 1921-1934

	Imposiciones (ptas.)	Préstamos (ptas.)
1921	12.188.300	9.732.700
1922	27.600.200	10.259.800
1923	25.427.200	13.789.800
1924	31.303.500	22.231.500
1925	41.476.900	27.673.000
1926	39.031.500	28.964.200
1927	42.801.900	33.568.000
1928	54.874.600	33.568.000
1929	62.665.000	39.341.000
1930	67.954.800	39.276.700
1931	60.609.100	35.596.000
1932	61.856.500	34.151.100
1933	62.306.900	35.411.500
1934	49.606.000	29.162.600

Fuente: Elaborado a partir de la información de las Memorias Anuales del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Madrid y Ceballos Teresí (1929).

4.2. Condicionantes de la evolución de las cajas rurales

La mayor parte de las cooperativas eran de pequeño tamaño y su masa social estaba formada por campesinos con reducido nivel de renta. Estuvieron gestionadas por voluntarios con escasa experiencia empresarial o bancaria. Además utilizaban vínculos personales y sociales como base de su sistema crediticio, lo que implicaba una contrapartida importante, dado que su propia lógica requería que estas entidades se circunscribiesen a un área específica²⁵ de influencia. Una consecuencia de este hecho fue que en su funcionamiento debieron enfrentarse a dos problemas básicos²⁶: encontrar la forma de asegurarse la cooperación de las instituciones locales y transmitir sus servicios a posibles y potenciales clientes.

²⁵ Ver T. Guinnane (2001), p. 40

²⁶ T. Guinnane (2001), p. 40

Cuadro 10
Análisis de algunas variables de las operaciones de las cajas rurales 1915-1933 (pesetas).

Región	1915				1924				1933									
	Capital social		Imposiciones		Préstamos		Capital social		Imposiciones		Préstamos		Imposiciones		Préstamos			
	% del total	Capital por Caja	% del total Impos.	Impos. por socio	% del total	Préstamo por socio	% del total	Capital por Caja	% del total	Impos. por socio	% de las depósitos totales	Préstamo por socio	% del total	Impos. por socio	% del total	Préstamo por socio		
Andalucía		335	5	0,46	28	0,43	39	0,02	8.025	79	0,53	159	0,83	279	1,16	170	1,94	181
Aragón				0,75	22	1,63	72	1,63	83.027	585	1,22	41	2,48	94	4,14	339	4,96	259
Asturias				1,38	58	1,32	83	0,10	9.699	104	1,17	110	0,98	103				
Baleares				11,50	424	5,07	276	0,68	88.129	401	4,66	259	5,63	349	3,89	668	3,33	365
Canarias																		
Cantabria				0,09	55	0,06	54				0,39	157	0,35	154	1,58	487	1,99	390
Castilla Mancha				0,61	56	1,31	178	0,82	88.770	879	1,10	111	2,06	232	6,06	637	8,23	551
Castilla-León	0,80	12.813	227	2,48	48	4,33	113	0,68	23.213	244	1,74	92	5,15	193	13,17	544	15,87	418
Cataluña	0,03	1.110	14	2,73	76	4,10	170	7,27	255.559	1.558	3,93	79	7,00	156	5,79	476	6,72	352
Extremadura	98,46	4.790.841	24.535	42,85	658	59,05	1.343	63,04	64.097.777	22.157	63,58	1.434	54,89	1.381	27,33	2.375	26,14	1.449
Galicia	0,01	2.777	169					0,01	13.448	164				10	0,06	60	0,07	48
Madrid		137	6		5	0,10	165		203	5			0,31	136	0,64	682	1,80	1.207
Murcia	0,08	14.587	21	10,67	156	7,07	154	0,06	15.703	71	4,62	475	3,90	448	6,53	1.983	9,72	1.880
Navarra	0,11	1.606	15	11,64	99	7,07	89	0,50	7.896	67	13,54	169	12,00	167	3,34	712	2,93	398
País Vasco		988	10	0,13	34	0,10	41	0,04	17.866	96	0,52	103	0,13	36	2,18	573	0,72	122
Rioja								0,05	54.003	142	0,07	17	0,47	127	0,07	94	0,19	164
Valencia	0,48	80.794	140	14,59	257	8,29	216	0,16	63.153	103	1,87	112	3,24	217	24,78	1.093	15,31	430
Total	100,00	315.111	3.118	100,00	192	100,00	285	100,00	479.823	3.326	100,00	315	100,00	217	100,00	810	100,00	516

Fuente: Ibidem cuadro anterior.

Cuadro 11
Situación de las cooperativas agrarias de crédito en algunos países europeos circa 1925 (en dólares USA)

	Año	A. Capital			B. Share Capital			C. Deposits		
		Número de cooperativas	Por sociedad	Por socio	Por sociedad	Por socio	% respecto A	Por sociedad	Por socio	% respecto A
Alemania	1924	22.202	87.500	94,9	8.800	9,6	10,2	69.500	75,6	79,5
Austria	1924	1.657	42.500	103,0	1.000	2,5	2,6	40.700	93,0	93,4
Bélgica	1925	1.925	18.500	231,0	13	0,15	0,07	18.400	230	99,5
Checoslov.	1924	4.807	7.750	69,5	20	0,18	0,26	7.600	68,4	98,5
Estonia	1925	148	16.700	50,3	1.300	3,8	7,6	15.500	46,5	92,4
Finlandia	1924	1.041	5.700	76,3	82,5	1,1	1,5	550	74,0	97,4
Francia	1925	7.887			315	5,5				
Hungría	1925	1.145	7.280	20,4	1.020	2,8	16,5	25.990	16,8	80,0
Lituania	1925	312	14.000	61,1	1.200	5,3	8,7	12.500	54,5	89,1
Polonia	1924	3.646	1.300	5,9	94,5	0,4	6,8	870	4,0	68,0
Rumania	1923	3.747	1.980	8,6	628	2,7	31,5	1.260	5,4	63,0
España	1924	501	60.468	522,6	55.238	477,4	91,3	5.230	45,2	9,4

Fuente: Karl Ihlig (1925), p. 76. Para España: Lorenzo Muñiz, op. cit.

Las cajas rurales trataron de actuar como intermediarios financieros, para ello se debieron enfrentar a problemas relacionados con la información y con los incentivos²⁷, además sus administradores-gerentes a menudo carecían de la formación requerida para desempeñar con eficacia sus funciones. Buena parte de los problemas de estas entidades surgieron porque sus equipos directivos cometían graves errores de gestión. Otro aspecto que suponía una barrera al desarrollo de las entidades lo constituía la falta de confianza (seguridad de los socios de que el gerente no abusará de confianza y que atenderá a sus intereses). Para las cooperativas la cuestión de la confianza representaba un problema de confiar en el comportamiento ético de sus directivos. La base del éxito de algunas entidades radicó en la capacidad de establecer vínculos entre sus miembros con la finalidad de lograr información y capacidad de gestión a costes muy bajos, lo que abarataba la concesión de créditos.

Estudios recientes sobre las cooperativas agrícolas de crédito en Alemania, Italia, Irlanda o Dinamarca²⁸ han puesto de manifiesto un repertorio de problemas comunes a este tipo de organismos que parten de su mismo funcionamiento. Éstas solo efectuaban operaciones bancarias muy sencillas, por lo general de préstamo, mantenían unos encajes muy altos con cifras superiores al 90% de sus pasivos orientados hacia los depósitos, a diferencia de otros tipos de entidades de carácter urbano como las cajas de ahorros. La mayor parte de sus transacciones se hacían en dinero en efectivo y se distribuían a través de créditos. Este tipo de prácticas conllevaban tres según Guinnane (2001: 43) tres tipos de problemas: a) Fraude, expresado a través de la sustracción por parte de algunos gestores (especialmente los tesoreros) de recursos de la entidad mediante el robo de efectivo a la alteración de asientos contables, así como la realización de operaciones que reflejan un interés privado, como la concesión de créditos a personas con antecedentes poco respetables que mantenían vínculos con algunos directivos. b) Dificultades para mantener en orden los asientos contables que reflejaban los flujos de entradas y salidas de recursos. c) Errores en la gestión, producto de decisiones estratégicas poco afortunadas para las cajas rurales, generalmente debido a la escasa preparación de los directivos con respecto a su trabajo.

La prestación de servicios financieros eficientes y sostenibles al alcance de poblaciones rurales implicaba el cumplimentar una serie de condiciones, en especial la disminución de los costes de transacción, que eran difíciles de conseguir dentro de las posibilidades de las cooperativas de crédito en los

²⁷ Ver el paradigma del "intermediario financiero" expuesto por Diamond (1984).

²⁸ Para Alemania los trabajos de T. Guinnane (1993a), (1993b), (1994a), (1997), (2001) y A. H. Kluge (1991); para Italia los trabajos de F. Galassi (1997) y G. Muzzioli (2001); para Irlanda (1994b) y para Dinamarca el estudio T. Guinnane y I. Henriksen (1998).

años referidos. En primer lugar destacaremos la dificultad de establecer relaciones de crédito “sanas” y lo costoso que era acumular “capital de información”²⁹ sobre la clientela, lo que representaba un coste social considerable para iniciativas de carácter privado. La consolidación del asociacionismo facilitó esta tarea.

El crédito era importante para el crecimiento económico agrario, pero sólo resultaba eficaz cuando existían oportunidades productivas reales, que difícilmente eran aprovechadas por los pequeños cultivadores si sólo contaban con sus propios recursos. La financiación por sí misma no podía crear oportunidades productivas, sino que las potenciaba.

La superación de algunos de los obstáculos que impedían la financiación de los pequeños cultivadores provino del campo de las microfinanzas que practicaron las cooperativas de crédito, cajas rurales y cajas de ahorros, las cuales en algunos espacios regionales (Navarra, Valencia, Murcia, etc.) obtuvieron resultados razonablemente buenos en términos de cobertura y sostenibilidad, lo que les permitió expandir la oferta de servicios financieros (crédito) a clientelas de escasos recursos. El principal problema que tuvieron que superar era el referido a la estimación del riesgo y la comprensión de las circunstancias que inciden sobre el mismo. Dada la disposición a asumir el riesgo de la concesión de los préstamos por parte de estas entidades, tenían ante sí una situación complicada debido a diversas razones relacionadas, primeramente, con la información de la clientela, que a menudo podía ser incompleta e imperfecta. Adquirir información adicional para mejorar la evaluación del riesgo no era fácil ni barato, las cooperativas que habían optado por el sistema Raiffeissen o las murcianas del sistema Fontes recurrieron a mecanismos societarios de control que eran muy eficaces en este sentido. Si este esfuerzo resultaba muy caro, la entidad no concedía el préstamo.

Otro de los factores que contribuyeron al relativo éxito de las organizaciones de microfinanzas fue el resultado de sus políticas de precios, ya que utilizaron tasas de interés asequibles para su clientela, al tiempo que les permitían cubrir parte de sus costes y contribuían a su sostenibilidad. También resultó efectiva la utilización de los productos financieros que pusieron en marcha. Estas organizaciones introdujeron operaciones que dieron respuestas a las demandas de sus socios, caracterizándose por la libre disponibilidad de los fondos, a diferencia del crédito supervisado y dirigido. Reconocían la fungi-

²⁹ Sobre este tema han aparecido recientemente numerosos trabajos referidos a las actuales instituciones de microcrédito que ha tratado de establecer la importancia de la “información” para su desarrollo: G. Saravalli y S. Caselli (2000); S. Larivière y F. Martin (1999); C. Gozález-Vega (1998); S. Navajas (1999); entre otros.

bilidad de los fondos y medían la capacidad de pago del deudor en función de los flujos de fondos de su hogar-explotación. El resultado fue la oferta de unos productos financieros muy útiles para sus socios (que aumentaban el bienestar de los deudores) y que podían ser ofrecidos a un precio (tasa de interés) que permitía la permanencia y la sostenibilidad de la entidad de microfinanzas.

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ACCIÓN DEL ESTADO EN LA PROMOCIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS RURALES

La acción de Estado era indispensable para el surgimiento y desarrollo de mercados donde se prestasen servicios financieros eficientes al alcance de las poblaciones de escasos recursos de las áreas rurales. Sin su apoyo los mercados financieros rurales no hubieran pasado de ser incompletos, fragmentados, ineficientes y poco profundos como ha señalado D. North³⁰.

El objetivo teórico de la acción del Estado era hacer posible la aparición y el fortalecimiento de dichos mercados para superar las situaciones que dificultaban la actuación de las cooperativas de crédito, como eran: el alejamiento de las partes —demandantes y oferentes— que entraban en transacción, la larga duración de algunas de las operaciones que implicaba serios riesgos para la supervivencia de este tipo de organismos, lograr reforzar la confianza de los depositantes en las cajas, etc.

El Estado desarrolló durante los años 1890 y 1935 un marco institucional poco propicio para el desarrollo de las cajas rurales y, en general, para el crédito agrario. Esto provocó la pervivencia de los mercados informales, basados en transacciones inmediatas y personalizadas entre partes que actúan directamente³¹, fuese un hecho constatado y que se extendiera prácticamente hasta la década de los treinta en muchas zonas agrarias del país.

El papel fundamental de los poderes públicos sería el de procurar el fortalecimiento de los mercados³², lo que implicaba conseguir para el mercado financiero rural en general y para las cooperativas en particular las características de eficiencia, en el sentido de lograr la asignación de recursos hacia sus mejores usos alternativos; y de estabilidad y cobertura, en el sentido de adoptar medidas que permitieran llevar los servicios financieros a segmentos cada vez más numerosos del mundo rural (amplitud).

³⁰ D. North (1992), p. 12.

³¹ Un ejemplo de esta situación en A.P. Martínez Soto (2002).

³² Timothy Besley (1992).

Se trataba de llevar estos servicios a clientelas meta —pequeños y medianos cultivadores— que tenían una valoración especial para la sociedad del período (profundidad); ampliar y diversificar los tipos de prestaciones ofrecidos por las instituciones (variedad) —crédito, facilidades de depósito, mecanismos para hacer los pagos, etc.—; mejora de la calidad y reducción de costes que permitiese ofrecer servicios cada vez más valiosos a la clientela (calidad y costes) y, por último, aumentar la duración de la cobertura que contribuye a la sostenibilidad de las instituciones y sus prestaciones. La clientela marginal valoraba particularmente la permanencia (duración) de las entidades para decidirse a depositar sus ahorros en ellas.

Para la mejora de los mercados financieros rurales en los que operaban las cooperativas de crédito y cajas de ahorros, los poderes públicos debían adoptar objetivos de amplitud y de profundidad en la cobertura, sin deteriorar la eficiencia ni poner en peligro su estabilidad. Los sucesivos gobiernos de la Restauración, lejos de poner en marcha medidas en esta línea, actuaron con dudas y vacilaciones en la elaboración de un marco institucional adecuado³³, con una plasmación legislativa muy limitada (Ley de Asociaciones de 1887, Ley de Sindicatos Agrícolas de 1906 y su Reglamento de 1908, así como varias disposiciones para dotar a las cooperativas de exenciones fiscales —Ley 1910 y Reglamento de 1911— y la creación en 1925 del Servicio Nacional del Crédito Agrícola) que impidió la consecución de estas metas. Incluso muchas de sus intervenciones perjudicaron seriamente la eficiencia de los organismos cooperativos³⁴ y limitaron su sostenibilidad³⁵.

El papel desempeñado por la Administración en ese período se caracterizó por tratar de hacer lo que no era importante en términos de eficiencia, estabilidad y cobertura, pero que ofrecía algunos rendimientos (beneficios) políticos inmediatos y por no hacer lo que sí era importante, pero que era políticamente difícil. Un actuación acertada hubiera requerido entender la naturaleza y magnitud del problema a resolver, la búsqueda de los instrumentos necesarios para afrontarlo y adoptar los procedimientos técnicos, administrativos y políticos para hacerlos operativos. La puesta en marcha de

³³ Un análisis de estos proyectos y anteproyectos legislativos en Luis Redonet López-Doriga (1924) y en P. Carasa (2002).

³⁴ Ver el trabajo de Samuel Garrido (1998).

³⁵ Un tratadista destacado del cooperativismo de crédito señalaba: “...Vistos los tropiezos en que va dando cada día tumbos la ley de Sindicatos Agrícolas, ¿no sería cosa de pensar si las Cajas Rurales deberían relegarla al desván de las leyes inútiles, valiéndose de la ley de Asociaciones [1887]? Gozarían así, desde luego, de personalidad jurídica y podrían realizar sus operaciones sin miedo a que en la ocasión más inoportuna les sobrevenga la muerte envuelta en una real Orden... que hacen letra muerta algunos favores como el timbre y los derechos de aduanas...” en Narciso Noguera (1912), p. 547.

proyectos inconclusos (innumerables desde 1850 hasta 1925), la adopción de instrumentos erróneos (Banco Hipotecario, créditos del Banco de España, etc.) y la aprobación de medidas legislativas que no se cumplían (p.e. la creación de la Caja Central de Crédito Agrícola de 1918) o la paralización de las ayudas y exenciones fiscales prometidas en la Ley de 1906, provocaron efectos contraproducentes.

Entre 1890-1910 se registraron enfrentamientos políticos soterrados entre los dirigentes y personalidades más destacadas del cooperativismo confesional apoyados por la jerarquía episcopal y los gobiernos liberales, por el control del movimiento cooperativo que se estimaba como un nuevo elemento de estabilidad social en el mundo rural³⁶. Al contrario de lo que sucedió en Francia³⁷ en esos años, donde los gobiernos opusieron un mutualismo de crédito estatal fuerte y bien dotado económicamente al cooperativismo de crédito católico restándole apoyos y limitando su crecimiento. En el caso de España esa opción se truncó y las intenciones se quedaron en una multitud de anteproyectos y proyectos que murieron en los trámites parlamentarios. La oposición frontal de los grandes propietarios, que controlaban los resortes de poder de los gobiernos liberales, a cualquier intento que supusiera el desarrollo de una opción cooperativista mostró los límites de las posibilidades de la acción del Estado³⁸.

El mayor problema que debía resolver la administración tenía que ver con la eliminación de los obstáculos y la reducción de los altos costes de transacción que frenaban la expansión de los mercados financieros rurales, pues si se eliminaban estos frenos se produciría una mejora general en el bienestar de las familias campesinas (Besley, 1992). Esta opción sí constituía una razón de peso para justificar su intervención en este ámbito, como lo reclamaban la mayor parte de los tratadistas y propagandistas del crédito agrícola del período.

³⁶ En palabras del jesuita Narciso Noguera destacado analista católico: “... *En España hay otro peligro más grande. El empuje de la acción social católica ha conseguido turbar a ciertos políticos que más blasonan de liberales, oyense gritos de odio y voces de amenaza, mal disimulados so pretexto de combatir el clericalismo, ¿quién sabe lo que le espera a nuestros sindicatos, cajas rurales, asociaciones profesionales y cooperativas?...¿Quién nos certifica de que no harán la vida imposible a las cooperativas más detestadas cuales son las rurales? Aun ahora, con una ley tan favorable a los Sindicatos, ¿no vemos las mil trabas y triquiñuelas con las que se los embaraça o deshace y que motivaron la sentida reclamación de los concurrentes a la Semana Social de Sevilla? ¿Cuánto mayor será el peligro si el Gobierno hostil tiene algún cable para traer a las asociaciones a su dominio absoluto?...”*, Narciso Noguera (1912), p.239.

³⁷ Sobre el caso francés ver Madeleine Degon (1936). La Ley de 1899 fundaba las Cajas Regionales de Crédito Agrícola Mutuo, que contaron con fondos provenientes del Banco de Francia, y más tarde en 1920 se creó la Oficina Nacional de Crédito Agrícola-Caja Nacional, que actuó como organismo central del mutualismo público.

³⁸ Al respecto ver el trabajo de S. Garrido (1998).

Si utilizamos el esquema de la oferta y la demanda podemos avanzar en este análisis. En primer lugar, ¿cuál era el problema del lado de la demanda? La demanda por servicios financieros en las áreas rurales se veía restringida debido a los elevados costes de transacción para deudores y depositantes, los elevados riesgos que asumían ambos; por la falta de capacidad de endeudamiento de los hogares-explotaciones y la falta de información adecuada sobre los servicios de crédito y de depósito disponibles.

Otra pregunta que nos podemos realizar es ¿de qué manera (con qué instrumentos) podía el Estado aliviar estas restricciones a la demanda rural de servicios financieros? Desde la teoría económica actual ³⁹ se ha señalado que la provisión de bienes públicos por parte del Estado (educación, infraestructuras de comunicaciones, etc.) da lugar a beneficios sociales que facilitan los servicios financieros y disminuyen los costes de transacción para los deudores. En este terreno es bien conocida la insuficiencia de las inversiones de los gobiernos de la Restauración.

En lo referido a la disminución de los riesgos de deudores y depositantes, la actuación debería haber girado en torno al desarrollo de un marco regulatorio apropiado a los requerimientos de los mercados financieros rurales. Algunos riesgos reducían la capacidad de endeudamiento de la población rural dado que no existían mercados con alto nivel de seguridad. El desarrollo de mercados seguros es una de las tareas más difíciles que debían afrontar las administraciones y requería la creación de una infraestructura institucional compleja.

La disminución de la capacidad del endeudamiento de la población rural se debió en parte a los efectos de políticas erróneas y al sesgo urbano en la provisión de bienes y servicios públicos que reducían los costes de las transacciones y los riesgos de deudores y depositantes. El débil crecimiento de la productividad agraria en muchas regiones se reflejó en lo limitado de la capacidad de pago de los hogares-explotaciones. Para superar estos obstáculos, el Estado trató de poner en marcha medidas conducentes a limitar los riesgos y a permitir el crecimiento de las oportunidades productivas de los clientes de los nuevos intermediarios financieros rurales (cooperativas y cajas de ahorros) —lo que denominaremos factibilidad política—. Entre estas destacaba el “crédito agrícola subsidiado” (líneas de créditos blandos por el Banco de España, fundación en 1925 del SNCA), aunque estas medidas tuvieron escaso alcance por lo limitado de los capitales dispuestos.

³⁹ Ver los trabajos de D. North (1992); Fleisig y de la Peña (1996); Adams, Dale, González-Vega y Von Pischke (1987); T. Besley (1992); entre otros.

Los canales institucionales fueron escasos, con reducidas disponibilidades de capital y muy restrictivos a la hora de conceder sus créditos (Banco de España, Pósitos y Servicio Nacional del Crédito Agrícola). Estas instituciones se caracterizaron por concentrar sus carteras, provocando que un pequeño número de productores asociados que eran muy solventes fuesen los que tuvieran acceso a sus préstamos y capturasen la mayor parte del crédito público destinado a la agricultura. Los beneficiarios de los subsidios, tanto por la vía de los intereses como por la tolerancia ante la morosidad, eran pequeños grupos de propietarios políticamente influyentes, como sucedió en el caso de las Cajas Rurales de Badajoz (ver cuadro XVI).

La mayor parte del crédito concedido por el Banco de España entre 1906-1911 fue a parar a manos del grupo de cajas rurales de Badajoz (55,1 % del capital prestado) formadas por propietarios que habían optado por asociar sus tierras lo cual les dotó de unos avales sólidos (valorados en 123,2 millones de pesetas por término medio); además, tenían importantes conexiones políticas que reforzaba su posición como demandantes de crédito.

Durante estos años se elaboraron a un buen número de proyectos para establecer organismos de financiación, los cuales no pasaron del mero trámite parlamentario o bien no llegaron a ponerse en marcha después de estar aprobados, como sucedió con la Caja Central de Crédito Agrícola creada por Real Orden de 2-X-1918. La primera institución de carácter público destinada exclusivamente a la financiación de los agricultores se creó durante la Dictadura del general Primo de Rivera, se trató del Servicio Nacional de Crédito Agrícola (SNCA) fundado a partir de la Junta Consultiva de Crédito Agrícola constituida por Real Decreto ley de 24-III-1925⁴⁰. La nueva entidad tenía como cometido prestar fondos preferencialmente a las cooperativas (sindicatos, cajas rurales y federaciones), a los pósitos y, por último, a los agricultores individualmente (ver cuadro XVII). En ningún caso se cumplió satisfactoriamente este mandato.

El capital del que dispuso el SNCA no fue significativo para poder incidir con eficacia sobre la financiación agraria, además, los fondos destinados a apoyar a las cooperativas fueron disminuyendo a lo largo del período 1926-1933. De los préstamos destinados a asociaciones agrarias se beneficiaron las asociaciones de grandes propietarios fundamentalmente (por ejemplo, la Asociación de Labradores de Zaragoza, que recibía un crédito de 1,5 millones de pesetas en 1925) o las cooperativas católicas (por ejemplo, la Federación

⁴⁰ El SNCA quedó bajo la dependencia orgánica de la Junta Consultiva de Crédito Agrícola, en la cual tenían representación las organizaciones de los grandes propietarios agrícolas y ganaderos y la Confederación Nacional Católico Agraria (CNCA).

Cuadro 12
Operaciones de crédito a las cajas rurales realizadas por el Banco de España 1903-1911

	A Número de Cajas beneficiadas	% que supone A del total de 1903-1911	B Capital prestado ptas.	C Capital prestado a las Cajas de Badajoz ptas.	% de C sobre B	% que supone B del total de 1903-1911	Valor medio del préstamo	Valor medio del préstamo concedido a las Cajas de Badajoz pesetas
1903	9	0,9	87.561			0,2	9.729	
1904	12	1,3	205.708			0,4	17.142	
1905	38	4,1	1.067.979			2,4	28.104	
1906	96	10,4	3.592.350	1.323.510	136,8	8,1	26.078	147.056
1907	127	13,8	5.839.271	3.090.429	52,9	13,2	24.326	220.744
1908	147	16,0	7.228.602	4.326.019	59,8	16,4	22.854	216.300
1909	167	18,2	8.957.457	5.556.346	62,1	20,3	23.783	231.514
1910	162	17,7	8.933.484	5.183.813	63,9	20,2	27.171	215.992
1911	166	18,1	8.110.196	4.815.992	59,3	18,4	23.198	200.666
1903-1911	915	100,0	44.022.612	24.296.109	55,1	100,00	20.238	205.378

Fuente: Elaborado a partir de Informe Estadístico del Subgobernador del Banco de España D. Francisco Belda y Pérez de Nuevos, Madrid, 1912.

(1): Calculado como (B-C)/a-n.º de cajas de Badajoz (1906: 9; 1907: 14; 1908: 20; 1909, 1910 y 1911: 24)

Cuadro 13
Distribución del capital prestado por el Servicio Nacional de Crédito Agrícola 1926-1933 (millones de pesetas)

Types of loans	1926	1927	1928	1929	1930	1931	1932	1933
Con garantía pignoratícia	5,2	15,8	30,2	32,2	23,9	18,5	13,9	17,1
Destinados a organizaciones cooperativas	1,9	2,9	2,8	1,3	0,6	1,2	0,9	0,9
Destinados a Pósitos	–	0,7	0,06	1,0	0,4	0,8	–	0,2
Préstamos con garantía personal	0,03	2,3	3,1	3,7	4,6	7,1	10,8	16,4
Préstamos hipotecarios	–	–	0,3	1,5	1,1	–	–	–
A. Total	7,1	21,8	36,6	39,9	30,7	27,7	25,7	34,7
% de A que representa el capital prestado a cooperativas	26,9	13,7	7,8	3,3	2,0	4,5	3,8	2,7

Fuente: Elaborado a partir de las Memorias Anuales del SNCA y del AEE del año 1934.

Católico-Agraria de Murcia que recibía 500.000 pesetas en 1926 o las Federaciones Católicas Agrarias de Galicia que recibían 1 millón de pesetas en ese mismo año).

El problema desde el *lado de la oferta* se centró en sus limitaciones: las transacciones financieras rurales encontraban serias dificultades debido a las deficiencias de la información, que dificultaban la evaluación del riesgo de prestar; los incentivos de los deudores y de los acreedores que no eran necesariamente compatibles, lo que daba origen al riesgo moral y dificultades para hacer valer los contratos (mala normativa jurídica al respecto), lo que acentuaba las posibilidades de pérdidas por falta de recuperación de los préstamos; dificultades para verificar los riesgos y dificultades para diluir los costes fijos de la infraestructura financiera. Todos estos obstáculos desalentaban a los potenciales prestamistas institucionales y restringían la oferta.

5.1. Déficit de la acción institucional: lo que se dejó de hacer

Una mejor infraestructura física e institucional hubiera estimulado tanto la demanda como la oferta de servicios financieros y, más concretamente, el desarrollo de las cajas rurales. Las dificultades podían ser superadas utilizando nuevas tecnologías financieras que permitía, a costes razonables, reducir el riesgo de las “moratorias” a niveles aceptables y mejores instituciones que facilitasen la aplicación de las mismas.

En ambos casos, el papel del Estado era importante, pues a través del desarrollo de *instituciones* podía generar infraestructuras que mejorasen la información que necesitaban los actores del mercado (p.e.: creando una central de riesgos), podía abaratare los costes de acumulación de información (p.e.: colaborando al desarrollo de normas contables), podía ayudar a resolver los problemas de incentivos (p.e.: mejorando los sistemas para el otorgamiento de garantías) y contribuir a hacer posible el cumplimiento y abaratamiento de los costes de hacer valer los contratos (p.e.: mejorando la eficiencia de los tribunales). En todo caso no se trataba de que el Estado interfiriera en el funcionamiento del mercado, sino de aportar el andamiaje institucional necesario para que aquél pudiera funcionar mejor.

Otra de las acciones estaba relacionada con los derechos de propiedad. Un elemento central en este posible esfuerzo de desarrollo institucional era lograr una mejor definición y protección de los derechos de propiedad. Se trataba de permitir la propiedad plena de activos que pudieran ser ofrecidos

en garantía y de facilitar la documentación a costes razonables de esos derechos de propiedad⁴¹. En cuanto a los bienes inmuebles, ello se lograba revisando las legislaciones agrarias que cercenaban del derecho de la propiedad la posibilidad de enajenar hipotecariamente, con programas de titulación adecuada de la propiedad y con la creación de catastros y registros que apoyasen la documentación de esos derechos (la propiedad del deudor y la hipoteca del acreedor).

En cuanto a los bienes muebles, su situación jurídica requería una revisión de la legislación y de la práctica judicial en cuanto a garantías prendarias y la creación de mecanismos de apoyo como los denominados “registros de prendas”⁴². Estos mecanismos eran fundamentales dado que el deudor rural tenía más acceso a estos activos y menos temor a perderlos que en el caso de la tierra. Poder ofrecer este tipo de garantías era más importante cuanto mayor era el valor del préstamo solicitado.

También era necesaria una redefinición de los derechos de los deudores y de los derechos de los acreedores. Toda la legislación hipotecaria y civil fue desarrollada para proteger a los deudores de los abusos de los acreedores, este tratamiento asimétrico, sin embargo, desalentó a los prestamistas institucionales y, a pesar de las buenas intenciones de la legislación, los agricultores se quedaban sin acceso al crédito formal y en manos de prestamistas informales. Ejemplos de derechos asimétricos fueron las restricciones de usura a las tasas de interés (Ley de 1909), la prohibición de que ciertos activos (como equipos productivos) fuesen dados en garantía y el secreto bancario incorrectamente aplicado a los deudores, lo que impidió el desarrollo de una posible central de riesgos. Una manifestación curiosa de estos derechos asimétricos fue la desprotección e incluso la represión de los depositantes, el grupo más grande de acreedores en la economía y usualmente más pobres que los prestatarios.

En cuanto a la innovación financiera, manifestada en el desarrollo de tecnologías de crédito y de captación de depósitos, también presentó fallos de mercado. La innovación usualmente resulta de inversiones en experimentación, desarrollo, transferencia, adaptación y aprendizaje de las nuevas tecnologías. La actividad privada no encontraba suficientes incentivos en hacer estas inversiones en vista de las fuertes gastos que implicaban y las dificultad de recuperar las inversiones a corto plazo. Se abría aquí un escenario para la

⁴¹ Los trabajos de registradores de la propiedad como Ramos Bascuñana (1903, 1902, 1910) o Pazos y García (1914, 1920) señalaban los fallos de nuestra legislación y los posibles remedios que se podían aplicar para subsanar estas deficiencias.

⁴² Sobre este tema incide el trabajo de Fleisig y de la Peña (1996).

intervención del Estado, basado en el apoyo a la innovación en tecnologías financieras. La pregunta que cabe hacerse es ¿cómo podía hacerlo?, ¿cuál era el instrumento más adecuado? La experiencia de las instituciones de microcrédito urbano (cajas de ahorros) para solucionar los problemas del crédito individual o del crédito grupal mostraba el camino a seguir, basado en la innovación continua y en la adaptación a las características de sus clientelas.

Los fondos disponibles por la mayor parte de las cooperativas de crédito eran muy limitados en comparación con sus aspiraciones de mejorar el bienestar social de los pequeños cultivadores y sus ansias de cobertura. Esta restricción presupuestaria les llevó a revisar sus políticas de tasas de interés, para no perder fondos prestables al no cubrir sus costes de operación, buscando con ahínco prestar a costes más bajos, tratando a su vez de recuperar la gran mayoría de sus préstamos con la finalidad de ampliar su cobertura; en definitiva, trataron de aumentar su capacidad gerencial para administrar fondos escasos sostenidamente y buscar fuentes de suministro de capital a bajo coste. Como hemos señalado anteriormente, la oferta pública de fondos tenía un carácter testimonial y hasta 1925 no se pudo contar con un organismo especializado, el Servicio Nacional de Crédito Agrícola (SNCA), cuya actuación no dejó de moverse en unos estrechos límites dada su limitada disponibilidad de fondos.

La inclinación de Estado durante el periodo estudiado fue el de regular, posiblemente porque esto le otorgaba mayor control y poder sobre este sector. Se reconocía la importancia crítica de los bienes públicos y de las infraestructuras institucionales, legales y judiciales, pero como sucedió en 1925 con la creación del SNCA, era políticamente más atractivo anunciar la disponibilidad de algunos millones de pesetas para prestar que invertir capital político en una buena ley de garantías prendarias. En lugar de concentrar esfuerzos en mejorar el marco regulatorio y la práctica de la supervisión prudencial de los intermediarios financieros (bancarios y no bancarios) que ofrecían servicios de depósito, se buscó regular hasta lo innecesario.

No encontramos en la actuación del Estado en este período acciones que impulsaran el desarrollo y transferencia de tecnologías, y sobre todo, un apoyo decidido a los procesos de fortalecimiento institucional, aspectos que hubieran logrado consolidar entidades fuertes, capaces de generar nuevas tecnologías de manera eficiente y sostenible. Tampoco proporcionó fondos que animaran a las cooperativas con menos capacidad de generar depósitos debido al tipo de clientela meta a la que se dirigían, lo que contribuyó a que no se frenase el proceso de destrucción de entidades que se observó durante estos años. Por último, no se efectuó una acción descentralizada atendiendo al tipo de organismos existentes, a las agriculturas en las que se desenvolvían, a las clientelas destinatarias, etc.

CONCLUSIONES

Los inicios del cooperativismo agrario de crédito en España estuvieron ligados a la búsqueda de soluciones a los problemas agrarios en los años de la crisis finisecular, siguiendo las pautas de lo realizado en otros países europeos. La difusión de ideas y modelos se debió en principio a un reducido grupo de expertos (entre los que destaca la obra de Díaz de Rábago) que presentaron a los medios agrarios reformistas las principales corrientes del cooperativismo alemán (sistemas Raiffeisen, Schulze-Delitzsch y Haas) así como sus adaptaciones y variantes realizadas en países como Francia, Bélgica o Italia.

El primer asociacionismo agrario poco definido y con tendencias dispares organizadas desde el ámbito de los propietarios (caso de las federaciones regionales que constituyeron la Unión Agraria Española en 1901 o las organizaciones social-católicas) se hicieron eco de estas propuestas entre 1890-1906, aunque las realizaciones concretas de entidades de crédito fueron escasas. Estas primeras experiencias tuvieron, por lo general, una vida efímera al no contar con el respaldo financiero inicial necesario que asegurara su mantenimiento. Algunas de estas primeras cooperativas constituidas como cajas rurales se mantuvieron gracias al apoyo de grupos de propietarios, de la Iglesia o de los poderes locales, como sucedió en el caso de las pioneras Cajas Rurales de Ahorros, Préstamos y Socorros ideadas por Nicolás Fontes en Murcia a partir de 1891, las que fundó L. Chaves Arias en Zamora en 1902 y las que se implantaron en Navarra entre 1903-1904, todas ellas con la base común del sistema Raiffeisen. También se generaron otros modelos que lograron un alto grado de sostenibilidad debido a sus grupos promotores; así, otras organizaciones de propietarios (Cámaras Agrícolas, Sindicatos Agrícolas, Asociaciones de Labradores, etc.) optaron por fundar cajas de ahorros utilizando los resortes de la Ley de Asociación de 1887 como ocurrió en las agrociudades levantinas; en otros casos, se produjo el nacimiento de un cooperativismo basado en cajas rurales fundadas y sostenidas por grandes propietarios como sucedió en Badajoz.

Las cooperativas se pusieron en marcha durante este período con un personal directivo con escasa experiencia en los negocios y sin ninguna en contabilidad y teneduría de libros. Para solventar estos problemas se tendió a remunerar a sus directivos más esenciales, los tesoreros, y se tendió a mantener a los miembros de las juntas directivas en las sucesivas elecciones, lo que propiciaba una acumulación de formación en los mismos.

A pesar de los inconvenientes que tuvieron que solventar las cooperativas de crédito, algunas de las entidades referidas (cajas rurales y cajas de ahorros)

lograron poner en marcha prácticas de microfinanzas que lograron un progreso importante en términos de cobertura y sostenibilidad. Esto les permitió expandir la oferta de servicios financieros (crédito) a clientelas de escasos recursos. Estas entidades se enfrentaron a dificultades derivadas de la heterogeneidad de la clientela, junto con la falta de separación del hogar y de la explotación, lo que complicaba la adquisición de información. El éxito relativo de algunas de estas organizaciones de microfinanzas resultó de sus políticas de precios, con unas tasas de interés aceptables para sus clientelas y que, al tiempo, cubrían una buena parte de sus costes, lo que permitía su sostenibilidad.

Sus diseños de productos les permitió la introducción de modalidades y procedimientos que respondían a las demandas de sus asociados y clientes meta. Estos productos se distinguían, en muchos casos, por la libre disponibilidad de los fondos, a diferencia del crédito supervisado que otorgaban las entidades oficiales. Por otro lado, los costes de las transacciones eran muy bajos para sus clientes, en comparación con los de otros tipos de entidades oficiales o privadas. Las entidades más exitosas comparativamente fueron las que adoptaron diseños institucionales que valoraban la sostenibilidad (modelo raiffesiano, modelo de cajas rurales de ahorros y préstamos influenciadas por el sistema de los bancos populares de Schulze-Delitzsch, modelo de las cajas de ahorros y montes de piedad, etc.).

Todas las cooperativas que pervivieron a lo largo de todo el período estudiado, coincidieron en la utilización de tecnologías de microcrédito basadas en las siguientes premisas: el contacto directo de sus empleados con la clientela; el desarrollo de una relación personal a largo plazo entre el cliente, los empleados de la caja y la organización de microfinanzas, esta expectativa de permanencia en la relación se convertía en un incentivo importante para pagar; el uso de procedimientos intensivos de obtención de información sobre los hogares-explotaciones de los socios y clientes, lo que permitía que cualquier garantía fuese aceptada en función de otros parámetros diferentes a los puramente económicos, una resolución ágil y rápida de las operaciones, gracias a la utilización de una infraestructura reducida, una ubicación próxima a la clientela y unos trámites sencillos.

También los grupos de cooperativas que lograron permanecer realizaron, a través de sus empleados, un seguimiento estricto del calendario de pagos de los préstamos, siendo rigurosos con la falta de pago. Esta situación generaba expectativas en la clientela de que su “comportamiento” en el pago (historial de crédito) se convertía en el elemento central para el otorgamiento de nuevos préstamos, con la posibilidad de obtener sumas mayores, en mejores términos y condiciones (plazos más largos y tasas de interés efectivas menores) en función del mismo.

Las organizaciones que tuvieron más éxito fueron aquellas que supieron afrontar estos problemas específicos. Así, atendieron la demanda global de servicios financieros de los hogares-explotaciones, prestando para propósitos que incluso no estaban estrechamente ligados a las tareas agrícolas (consumo y consumo reproductivo). Reconocían la fungibilidad de los fondos y medían la capacidad de pago del deudor en función de todo tipo de flujos de ingreso del hogar campesino. Allí donde las familias campesinas podían optar por estrategias de diversificación (empleo no agrícola, migración, cultivo de varias parcelas, etc.) las cooperativas tuvieron menos peligros de sucumbir a una cartera poco diversificada, como ocurría en las huertas levantinas donde las familias tenían opciones de diversificar ingresos (industrias de conserva con trabajo femenino, crianza de la seda, trabajo en la industria de la seda, migraciones, etc.) y por tanto podían reducir el impacto de la estacionalidad y del riesgo sistémico.

En definitiva, el cooperativismo agrario de crédito español alcanzó un desarrollo limitado durante estos años, tanto en extensión (número de cooperativas) como en capacidad de actuación financiera. A pesar de esta tónica general, hay que introducir matices de tipo regional, pues en determinados territorios su papel fue importante para poner al alcance de los medianos y pequeños cultivadores las innovaciones tecnológicas (abonos químicos, fitosanitarios, semillas de última generación, etc.) a través de la oferta de productos financieros adaptados a las necesidades de la clientela. En este caso, se trató de cajas agrupadas en potentes federaciones, de entidades fundadas por grandes propietarios o bien de otras que tenían una masa social más variada pero que actuaban en contextos agrarios muy comercializados.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (1998): *Solidaritats pageses, sindicalisme i cooperativisme*. Segones Jornades sobre Sistemes agraris, organització social i poder local als Països Catalans, Jaume Barrull, Joan J. Busqueta y Enric Vicedo eds., Lleida, Institut d'Estudis Ilerdencs.
- Adams, D., von Pischke, J.D. (1992): "Microenterprise Credit programs: Deja Vu", *World Development*, n.º 20, pp. 1463-1470.
- Banerjee, A., Besley T. Y Guinnae, T. (1994): "Thy Neighbor's Keeper: The Design of Credit Cooperative with Theory and Test", en *Quarterly Journal of Economics*, n.º 102, pp. 491-515.
- Besley, T., Coate, S. y Louny, G. (1993): "The Economics of Rotating Savings and Credit Associations", en *American Economic Review*, n.º 83, pp. 792-810.
- Braverman, A., Guasch, J.L. (1993): "Administrative Failures in Rural Credit Programs", en K. Hoff, A. Braverman y J.E. Stiglitz, eds., *The Economics of Rural Organisation: Theory, Practice and Policy*, Oxford University press, pp. 53-69.

- Caja Rural de Socorros, Ahorros y Préstamos (1903): Memoria de la...sistema Fontes, durante el año 1903, Murcia, Tipografía La Verdad.
- Carasa Soto, P. (1991): "El crédito agrario en España durante la restauración. Entre la usura y el control social", en B. Yun ed., Estudios sobre el capitalismo agrario, crédito e industria en Castilla, siglos XIX y XX, Valladolid, Ed. Junta de Castilla y León, pp. 289-343.
- (2001): "Proyectos y fracasos del crédito agrícola institucional en la España contemporánea", en Áreas, n.º 21, pp. 95-122.
- Castillo, J.J. (1979): Propietarios muy pobres. Sobre la subordinación política del pequeño campesinado. La Confederación Nacional Católica Agraria 1917-1942, Madrid, MAPA.
- Ceballos Teresí, J. (1929): El libro del ahorro, Madrid, El Financiero.
- Cleary, M.C.(1989), Peasants, politicians and producers: the organisation of agriculture in France since 1918, Cambridge UP.
- Cutillas, Silvano (1909): Caja de Ahorros y Monte de Piedad de la Cámara Agrícola de Jumilla (Murcia). Notas de su historia recogidas por su director..., para la Exposición Regional Gallega, Cartagena, Sociedad Levantina de Artes Gráficas.
- Chaves Arias, Luis (1907): Las cajas rurales de crédito del Sistema Raiffeisen, Zamora, establecimiento Tipográfico S. José.
- Chalraud, L. (1909): Sindicatos y cajas rurales. Su administración y contabilidad, Barcelona Acción Popular.
- Dirección General de Agricultura (1917): Acción social. Memoria descriptivo-estadística social agraria de las entidades agrícolas y pecuarias en 1.º de enero de 1917, Madrid.
- (1918): Acción social. Memoria descriptivo-estadística...1.º de enero de 1918.
- (1934): Censo estadístico de Sindicatos Agrícolas y Comunidades de Labradores, Madrid.
- Durand, Louis (1899): Le crédit agricole en France et à l'étranger, Paris, Chevalier-Marecq et cie éditeurs.
- Federación Agraria de las Provincias de Levante (1907): Actas del Tercer Congreso Agrícola Regional de la... celebrado en Jumilla durante los días 21-24 de junio de 1906, Jumilla, Imprenta de Vilomara Hermanos.
- Fontes Álvarez de Toledo, Nicolás (1898): Reglamento General de las Asociaciones Benéficas de Cajas de Socorros, Ahorros, Auxilios y Préstamos, Murcia, Imprenta El Diario.
- Galassi, F. (1997): "Screening, monitoring and co-ordination in cooperatives banks: the case of Italy's casse rurali, 1883-1926", comunicación presentada en la Conferencia Finance and the making of the modern capitalist world, Berkeley University.
- Garrido Herrero, Samuel (1994): "Alentar y obstruir. Las vacilaciones de la política estatal sobre cooperativismo en los inicios del siglo XX", en Noticiario de Historia Agraria, n.º 7, pp. 131-144
- (1995): "El cooperativisme segons l'Església. Els inicis del sindicalisme catòlico-agrario a Espanya", en Recerques, n.º 30.

- Garrido Herrero, Samuel (1995b): “El cooperativismo agrario español del primer tercio del siglo xx”, en *Revista de Historia Económica*, 1995, n.º 1., pp. 115-144.
- (1996): *Treballar en comú. El cooperativisme agrari a Espanya (1900-1936)*, Valencia, Ed. Edicions Alfons El Magnànim.
- (1998): “Cooperativisme agrari, millora tècnica i mobilització pagesa: els inicis del moviment cooperatiu espanyol”, en J. Barrull, J. J. Busqueta y E. Vicedo ed., *Solidaritats pgeses, sindicalisme i cooperativisme*, Lleida, Institut d’Estudis Ilerdencs.
- Gascón y Miramón, A.(1926): *Dinamarca agrícola y cooperativa*, Ministerio de Fomento, Madrid.
- González-Vega, C. (1998): *Servicios financieros rurales: experiencias de pasado, enfoques del presente*”, Rural Finance Program, Ohio University.
- Guinnane, Timothy W. (1993.^a): “What Do Cooperatives Do? Evidence from Micro-Studies af German Agricultural Credit Cooperatives, 1883-1914” Yale University Working Paper.
- (1993b): “Cooperatives as Information machines: the Lending Practices of German Agricultural Credit Cooperatives, 1883-1914”. Discussion Paper n.º 699, Economic Growth Center, Yale University.
- (1994.^a): “A failed Institutional transplant: Raiffeisen’s Credit Cooperatives in Ireland, 1894-1914”, en *Explorations in Economic History*, n.º 31, pp. 38-61.
- (1997): “Regional Organisations in the German Cooperative System, 1880-1914”, en *Ricerche Economiche*, n.º 51, pp. 251-274.
- (2001): “Cooperatives as Information machines: German Rural Credit Cooperatives, 1883-1914”, en *Journal of Economic History*.
- Guinnane, T.W. y I. Henriksen (1998): “Why Credit Cooperatives were Uniportant in Denmark”, en *Scandinavian Economic History Review*, n.º 46 (2), pp. 32-54
- Herrero Herrero, A.(1975): *Sindicalismo católico-agrario en España 1900-1940*, Madrid, Universidad Pontificia de Salamanca.
- Irrhig, Karl (1925): *Internationale statistik der Genossenschaften, Veröffentlichungen der Ungarischen Gesellschaft für statistik*, n.º 5, Berlín.
- Kluge, Arnd Holger (1991): *Geschichte der deutschen Bankgenossenschaften: Zur Entwicklung mitgliederorientierter Unternehmen*, Franffurt, Fritz Knapp Verlag.
- La Agrícola Murciana (1920): *La... institución anónima de crédito de la Federación Agraria de Levante. Memoria de su movimiento económico y balance correspondiente al ejercicio de 1918. Aprobada en Asamblea General de Accionistas el día 30 de mayo de 1920*, Murcia, Imprenta de J.A. Jiménez.
- Larivière, S. y Martin, F. (1998): *Innovations in rural michrofinance: the challenge of sustaninability and outreach*”, en *Workshop on Innovations in Michrofinance for the Rural Poor*, Bank of Ghana.
- Lehman, Pierre (1979): “La gènesè de credit mutuel français”, en *Revue des Etudes Coopèratives*, IFC, núm. 195.
- Majuelo Gil, E. y Pascual Bonis, A. (1991): *Del catolicismo agrario al cooperativismo empresarial. Setenta y cinco años de la Federación de Cooperativas navarras 1910-1985*, Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.
- Martínez Soto, A.P. (1994): *Crédito y Ahorro Popular. El crédito agrícola institucio-*

- nal en la Región de Murcia 1850-1936, Tesis Doctoral inédita, Universidad de Murcia.
- Martínez Soto, A.P. (1994): “El papel del crédito y la financiación en la agricultura capitalista (1850-1970). Una primera aproximación a un campo multifactorial”, en *Noticiero de Historia Agraria*, n.º 7, pp. 39-66.
- (1997): “Las vías de financiación de la agricultura murciana entre 1870-1936: el problema del crédito agrícola”, en *Agricultura y Sociedad*, n.º 84, pp. 49-106.
- (1998): “El cooperativismo agrario en la Región de Murcia 1900-1935: formas, papel e impacto económico”, en *Solidaritats pageses, sindicalisme i cooperativisme. Segones Jornades sobre Sistemes agraris, organització social i poder local als Països Catalans*, Jaume Barrull, Joan J. Busqueta y Enric Vicedo eds., Lleida, Institut d’Estudis Ilerdencs.
- (2000): “Cooperativismo y crédito agrario en la región de Murcia”, en *Revista de Historia Agraria*, n.º 20, pp.123-168.
- Mayayo i Artal, A. (1990): “Geografía del sindicalisme agrari”, en *L’Avenç*, n.º 134, pp.16-25.
- (1998): “Sindicalisme i cooperativisme agraris als Països Catalans (1890-1990)”, en J. Barrull, J. J. Busqueta y E. Vicedo ed., *Solidaritats pgeses, sindicalisme i cooperativisme*, Lleida, Institut d’Estudis Ilerdencs.
- Micheli, G.(1898): *Le casse rurali italiane. Notize storiche-satatische, con appendice sulle banche cattoliche in Italia*, Parma.
- Muñiz, Lorenzo (1923): *La acción social agraria en España y memoria estadística de las entidades agrícolas y pecuarias en 1.º de abril de 1923*, Madrid, Ministerio de Fomento.
- (1924): *La acción social agraria y memoria... en 1.º de diciembre de 1924*, Madrid, Ministerio de Fomento.
- (1927): *La acción social agraria y memoria... en 1.º de enero de 1927*, Madrid, Ministerio de Fomento.
- Muzzioli, G. (2001): “El crédito agrícola en Italia desde la Unidad nacional hasta la Segunda Guerra Mundial, 1861-1949”, en *Áreas*, n.º 21, pp.17-38.
- Navajas, S. (1999): “Financiera Calpiá: L’adaptation au milieu rural d’une technologie urbaine de crédit”, en *Echos du Cota*, n.º 85, pp. 125-136.
- Noguer, Narciso (1912): *las cajas rurales en España y en el extranjero. Teoría, Historia y Guía Práctica, Legislación, estatutos y Formularios*, Madrid, Razón y Fe Ed.
- North, D. (1992): *Transaction Cost, Institutions, and Economic performance*, International Center for Economic Growth, San Francisco.
- Palacios Bañuelos, L.(1980): *Círculos de obreros y sindicatos agrarios en Córdoba (1877-1923)*, Córdoba.
- Planas Maresme,J. (1991): *Propietaris organitzats. Estudis de la Cambra Agrícola del Vallés (1901-1935)*, Granollers.
- (1998): “La Cambra Agrícola de Maldà (1891-1900): primeres aportacions”, en Barrull, Busqueta y Vicedo Eds., *Solidaritas pageses, sindicalisme i cooperativisme*, Lleida, pp. 323-352.
- Redonet y López-Doriga, L. (1924): *Crédito Agrícola. Historia, bases y organización*, Madrid, Ed. Calpe.

- Rivas Moreno, Francisco (1902): El crédito agrícola y el ahorro. Propaganda agrícola, vol. I, Murcia, Tipografía de El Correo.
- (1907): La cooperación agrícola en el extranjero, Biblioteca de la Cooperación, vol. III, Madrid, Ambrosio Pérez y cia. Editores.
- (1909): Las Cajas Rurales. El crédito agrícola, la Cooperación y el Ahorro, Madrid, San Martín Librería.
- (1910): Cajas Rurales y Sindicatos Agrícolas, Madrid.
- (1913): El ahorro en España. Mis instituciones, Biblioteca de la Cooperación, vol. IX, Sevilla, Tipografía de J. Santigosa.
- (1926): Las Cajas Rurales, Madrid, Ed. Calpe.
- Ruiz Funes, M. (1915): Derecho consuetudinario y economía popular de la provincia de Murcia, memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Establecimiento Tipográfico de J. Ratés, Madrid.
- Seravalli, G. y Caselli, S. (2000): “Desarrollo empresarial y administración: vínculos entre territorio y empresa cooperativa”, en Seminario Internacional sobre Cooperativas, La Habana.
- Turmann, Max (1908): Las asociaciones agrícolas en Bélgica, Madrid, Saturnino Calleja.

**LAS CAJAS DE AHORROS
TRAS LA LIBERALIZACIÓN
DEL SISTEMA FINANCIERO
EN (1977-1985)**

Francisco Comín Comín
Universidad de Alcalá

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LOS CAMBIOS EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LAS CAJAS DE AHORROS Y LA CECA.—II. LA COLABORACIÓN DE LAS CAJAS A LA COLOCACIÓN DE LAS EMISIONES DE DEUDA PÚBLICA.—III. LAS DEUDAS LOCALES, LA REGIONALIZACIÓN DE LAS INVERSIONES DE LAS CAJA Y EL PRORRATEO DE LAS OBLIGACIONES DEL INI.—IV. LA COBERTURA DE EMISIONES PRIVADAS Y LA MOROSIDAD DURANTE LA CRISIS.—V. LOS PRÉSTAMOS DE REGULACIÓN ESPECIAL Y LAS OPERACIONES CON EL EXTERIOR.—VI. LAS INVERSIONES Y LAS FILIALES DE LA CONFEDERACIÓN.—VII. LOS CAMBIOS EN LA OBRA SOCIAL.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En 1977 comenzó una nueva etapa para las Cajas de Ahorros y, por lo tanto, también para la Confederación Española de Cajas de Ahorros, su órgano asociativo. La clave de la impresionante expansión posterior y la rápida modernización de las Cajas de Ahorros se halla en las reformas introducidas por Enrique Fuentes Quintana en 1977, como Vicepresidente segundo para Asuntos Económicos en el Gobierno formado por Adolfo Suárez en el mes de julio, tras las elecciones democráticas de ese año. Su programa de reforma económica tuvo dos piezas fundamentales: una fue la reforma fiscal y la otra, la financiera. Aunque aquí sólo analizaré la reforma financiera, hay que decir que sin ésta hubiera sido imposible la financiación racional del sector público, que hasta entonces había dependido de los coeficientes de inversión obligatoria para la colocación del grueso de la Deuda pública y de las emisiones de las empresas públicas, fundamentalmente en las Cajas de Ahorros ¹.

¹ Este texto es un nueva versión muy resumida del capítulo 11 de la memoria de investigación, todavía inédita, que he realizado en colaboración con Eugenio Torres Villanueva, presentada a la Confederación Española de Cajas de Ahorros, titulada Historia de la cooperación entre las Cajas. La Confederación Española de Cajas de Ahorros, 1928-2003. Toda la información original

Con la profunda liberalización del sistema financiero de 1977, el Gobierno de Suárez buscaba cinco objetivos generales: 1) equiparar funcionalmente las entidades de depósito, fuese cual fuese su constitución formal, como Bancos o como Cajas; 2) ampliar la libertad operativa de los intermediarios financieros y suprimir gradualmente los circuitos privilegiados de financiación, tan desarrollados durante el franquismo; 3) liberalizar progresivamente los tipos de interés, para acabar con los procesos de racionamiento de créditos e inversiones; 4) perfeccionar los instrumentos de política monetaria disponibles por el Banco de España; y, 5) abrir el sistema financiero español a los movimientos internacionales de capital. En conclusión, lo que se buscaba era dejar que el mercado funcionase libremente para establecer los tipos de interés e introducir competencia en el sistema financiero. Esta legislación afectó, como veremos, notablemente a las Cajas de Ahorros, tanto en la vertiente operativa como organizativa.

La primera medida adoptada, en este sentido, por Fuentes Quintana fue la Orden de 23 de julio de 1977, por la que se iniciaba la liberalización de los tipos de interés y la reducción gradual de los coeficientes obligatorios de inversión; esta Orden constituyó una auténtica revolución en el sistema financiero español y señaló el camino reformador que se siguió posteriormente. Esta Orden ministerial, en efecto, estableció un plan de reducción de los coeficientes de inversión obligatoria: por un lado, el coeficiente de fondos públicos (que era del 43% de los recursos ajenos) habría de reducirse al 25% gradualmente: preveía una rebaja inicial del 2%, seguida de otras sucesivas del 0,25% cada mes; por otro, el coeficiente de préstamos de regulación especial se redujo de inmediato del 24 al 22%, previendo posteriores reducciones mensuales del 0,25% hasta que quedara reducido al 10% en cuatro años. Es decir, que la inversión obligatoria de las Cajas disminuiría, a medio plazo, del 63 al 35 por 100 de los recursos ajenos. Aquella Orden ministerial también liberalizó los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas con un plazo superior al año, y aumentó los tipos de interés aplicables a los préstamos de regulación especial. Hay que destacar que, asimismo, la Circular del Banco de España 23/1977, de 29 de julio, acogió a las Cajas de Ahorros en el sistema de subastas de préstamos de regulación de liquidez, terminando con la discriminación que suponía su exclusión previa.

contenida en este trabajo está extraída de las “Actas de las Sesiones de la Comisión Permanente”, contenidas en los Libro(s) de Actas de la Comisión Permanente de la Confederación Española de Cajas de Ahorros Benéficas correspondientes a los años 1957 a 1963. Agradezco a los directivos de la CECA las facilidades que me han dado para la realización de esta investigación y los valiosos comentarios que han contribuido a mejorar el texto, particularmente a Juan Quintás y Manuel Lagares.

Para introducir competencia en el sistema financiero era preciso aumentar el número de entidades que compitieran en los mercados². Este objetivo era muy difícil de alcanzar, pues España estaba atravesando una profunda crisis económica y bancaria, en el marco de una transición política que entrañaba una gran incertidumbre. Como en estas circunstancias no era prudente la creación de nuevos bancos españoles ni abrir el mercado a los bancos extranjeros, la única opción que le quedaba al Gobierno era utilizar a las Cajas de Ahorros como instrumento para introducir competencia en el mercado financiero. Ello exigía dotar a las Cajas de Ahorros de una configuración institucional que les permitiera competir libremente, sin las ataduras previas. Por ello se decidió reformar el anquilosado sistema de Cajas de Ahorros, tanto en lo referente a sus órganos de gobierno como a las operaciones que podían realizar. En lo primero, el Gobierno concedía una amplia presencia a los titulares de cuentas de depósito en los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros, cuestión que había sido inspirada por la ley financiera danesa de 1973; en lo segundo, se concedió a las Cajas la equiparación operativa con los Bancos. Estas medidas se tomaron con urgencia, para atajar las enormes expectativas que los partidos políticos tenían para hacerse con el control de las Cajas de Ahorros (a través de su municipalización por parte del PSOE, que esperaba ganar las elecciones municipales), porque, dada su peculiar configuración institucional, sus derechos de propiedad no estaban claramente definidos. Ante todas estas circunstancias, el Ministerio de Economía decidió adelantar la liberalización parcial de tipos de interés y de coeficientes, así como la propia reforma de las Cajas de Ahorros, para evitar que fueran moneda de cambio en las negociaciones del Pacto de la Moncloa. Por lo tanto, una vez publicada la Orden de julio de 1977, durante el mes de agosto el equipo de Fuentes Quintana preparó la reforma de las Cajas de Ahorros a través de un decreto, cuyo ponente fue Manuel Lagares. Tras las consultas correspondientes, se aprobó el Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, que tuvo consecuencias favorables para las Cajas a largo plazo; no obstante, a corto, les impuso una serie de cambios profundos que pusieron a prueba la solidez del sector.

En este artículo estudiaré las repercusiones que dicho Decreto 2290 tuvo para la Cajas y la Confederación Española de Cajas de Ahorros. En la sección primera se analizarán las repercusiones que el mismo tuvo para la organización y gestión de las Cajas de Ahorros. El resto del artículo se destinará a estudiar la reorientación de las inversiones de las Cajas de Ahorros en el nuevo contexto democrático y el papel que la CECA desempeñó en dicha trans-

² Según explica Manuel Lagares (2002).

formación de la estrategia inversora de las Cajas. De manera que en la sección segunda se estudia la contribución de las Cajas a la colocación de las emisiones de Deuda pública entre el público. En la sección tercera analizaré cómo la regionalización de las inversiones de las Cajas, decretada por el Gobierno, provocó un desequilibrio en el tradicional reparto de las inversiones obligatorias de las Cajas de Ahorros. En la sección cuarta se estudia la cobertura de las emisiones financieras por parte de la Confederación que luego ofrecía a las Cajas para que las suscribieran. En la quinta sección se examina el crecimiento de los préstamos de regulación especial. En la sección sexta se analiza la distribución de tareas entre las Cajas y la Confederación. Finalmente, en la sección séptima, examinaré los cambios introducidos en la Obra social de las Cajas de Ahorros por el decreto 2290, que dieron pie a que las Cajas pudieran recuperar su libertad en la realización de la Responsabilidad Social Corporativa.

I. LOS CAMBIOS EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LAS CAJAS DE AHORROS Y LA CECA

Con el fin de mejorar los niveles de competencia del sistema financiero, el Decreto 2290/1977 equiparó totalmente la operatoria permitida a las Cajas de Ahorros con la que tenían los Bancos privados, algo por lo que habían luchado denodadamente y sin respiro las Cajas de Ahorro y la Confederación, desde su creación en 1928³. Es decir, en adelante, las Cajas de Ahorros podían practicar todas las operaciones autorizadas a los Bancos privados (incluyendo las de descuento, de cambio y arbitraje y de financiación exterior) sin más limitaciones que las establecidas para éstos en la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca entonces vigente.

Por otro lado, la legislación de 1977 entendió que la democratización de las Cajas exigía que en la Asamblea General de las mismas no hubiese ningún grupo que tuviese la mayoría ni, por lo tanto, el control de esas entidades; ni siquiera en las Cajas que fuesen de fundación pública. Lo cual quería decir que la suma de los representantes directos de los Ayuntamientos con los representantes de los patronos públicos no podía superar el 50% de los votos en la Asamblea. Para asegurar la naturaleza privada de las Cajas de Ahorros se recurrió, por tanto, a la representación de los impositores, lo que aseguraba además que los principales interesados de la actividad de las Cajas, sus clientes, estuviesen representados en la Asamblea. En el Decreto de 1977

³ Véase Comín y Torres (2003 y 2005) y Comín (2004a, 2004b y 2006b).

también se fijaba una representación a los miembros de asociaciones o entes económicos y a personalidades de los territorios de actuación de las Cajas de Ahorros; con este porcentaje se trataba de mantener el espíritu originario de éstas, desde la Orden de 1835⁴.

Como la nueva configuración de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros era un experimento, el legislador de 1977 quiso poner unos controles internos sobre los órganos representativos, es decir, la Asamblea y el Consejo de Administración, para que vetaran, en casos extremos, las decisiones contrarias a la legislación vigente o, incluso, decisiones que implicaran la liquidación de las Cajas. Por ello, se creó la Comisión de Control y, además, se dieron a los Directores de las Cajas de Ahorros unos amplios poderes, haciendo de ellos una especie de “delegados gubernativos”, a los que, incluso, se les otorgó el derecho de veto sobre las decisiones del Consejo de Administración de las mismas. En la realidad, fueron muy pocos los Directores generales los que vetaron algunas decisiones del Consejo de Administración; pero, cuando ello ocurrió, el resultado fue contundente, porque el Consejo de Administración y la Asamblea de la Caja correspondiente no tardaron en despedir a dichos directores, por “la pérdida de confianza”. Estos incidentes (sólo cinco o seis) obligaron a abrir expedientes en la Confederación para averiguar si el despido había obedecido a las causas establecidas por el Decreto de 1977 o a la incapacidad técnica de dichos directores generales, porque, sin estos motivos, los directores tendrían que ser readmitidos. En estos pocos contenciosos entre los directores y las Cajas, la Confederación tuvo que mediar, tratando siempre de lograr un acuerdo amigable entre ambas partes. También se plantearon algunos conflictos de competencias del Consejo de Administración con la Comisión de Control, al menos en la Confederación, que se resolvieron con decisiones de la Asamblea General de la CECA o del Ministerio de Hacienda⁵.

En suma, ese Decreto 2290 reformó la organización de las Cajas hacia una mayor representatividad y homogeneidad. Los cambios en los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros desencadenaron, en algunos casos, profundas tensiones con quienes hasta entonces habían ostentado el gobierno de las mismas. Estas medidas tampoco fueron bien acogidas inicialmente por el sistema político⁶. En consecuencia, como efecto de aquel decreto, las Cajas renovaron su organización y sus Consejos de Administración e incrementaron sus créditos y préstamos al sector privado. Lo propio tuvo que hacer la Confederación.

⁴ Véase Lagares y Neira (2003) y Martínez Soto (2003).

⁵ Véase Comín (2006), capítulo 11.

⁶ Según cuenta Lagares (2002, 604).

En efecto, este decreto democratizó los órganos de gobierno de las Cajas, según adelantó el proyecto. La forma tradicional de acceder a sus Consejos de Administración era la cooptación; es decir, por nombramiento de las entidades fundadoras de las mismas. El Decreto de 1977 acabó con este sistema, al definir una nueva configuración de los órganos de Gobierno (la Asamblea general y el Consejo de Administración) con la participación de: a) representantes de los impositores; b) corporaciones públicas fundadoras de las Cajas; c) entidades científicas, culturales y benéficas; y, d) delegados del personal. Se establecía una Comisión de Control con funciones específicas de control y tutela permanente, que se componía de impositores y representantes de las Corporaciones Locales. En la distribución de excedentes y su destino a obras sociales: 1) se reforzaban los criterios respecto a la creación de reservas, establecidos anteriormente; 2) se acotaba el ámbito de las obras sociales y se consolidaba la posibilidad de realizarlas en colaboración con otras instituciones o personas; y, 3) se instituyó una Comisión de Obras Sociales para desligar las tareas asistenciales de las gerenciales, relativas al plano financiero típico de las Cajas, buscando una necesaria especialización que redundase en mayores niveles de eficiencia. Este Decreto reforzó mucho la figura del Director de las Cajas, para conseguir un equilibrio en la gestión ante la previsible inestabilidad de los nuevos órganos de gobierno y la incertidumbre de la transición política. De manera que el Director general no podría ser destituido sino por causa plenamente justificada; tendría voz y voto en todos los órganos de gobierno y gozaría, incluso, de derecho de suspensión de los acuerdos del Consejo de Administración. Este Real Decreto suprimió, por otro lado, la Junta de Inversiones del Ministerio de Hacienda, que había sido establecida en 1957, y se decidió la calificación automática, como computables en el coeficiente de fondos públicos de las Cajas de Ahorros, de los valores siguientes: obligaciones y títulos de renta fija del INI, de Telefónica, de empresas eléctricas y de las Corporaciones Locales. Además, exhortaba a que las entidades emisoras de estos títulos computables fueran acercando gradualmente los tipos de interés a los de mercado; el Decreto buscaba reducir la dimensión de la financiación privilegiada y la subvención que realizaban las Cajas a través de ese coeficiente, que suponía un “privilegio financiero” para estas empresas públicas y privadas⁷. Esta legislación colmó la mayoría de las aspiraciones de las Cajas de Ahorros, pero su aplicación sufrió reveses posteriores que levantaron las protestas de las mismas y de la Confederación.

Del Real Decreto 2290 de 1977, también interesa destacar que, por fin, delimitaba claramente el ámbito de la Confederación Española de Cajas de

⁷ Según Titos y Piñar (1993).

Ahorros frente al de las Cajas que la integraban; asimismo, se creaba, en el seno de su Asamblea General, el Consejo Superior del Ahorro como alto órgano consultivo de las Cajas. En efecto, el capítulo IV de aquel decreto se dedicaba a la Confederación, que era definida como la Asociación Nacional de todas las Cajas de Ahorros Confederadas y como organismo financiero de las mismas. Se le asignaban las finalidades siguientes: 1) ostentar la representación individual o colectiva de las Cajas de Ahorros Confederadas respecto al poder público, favoreciendo el concurso de aquéllas a la acción de la política económica y social del Gobierno; 2) ostentar la representación de las Cajas de Ahorros en el ámbito internacional, especialmente respecto al Instituto Internacional de las Cajas de Ahorros; 3) ofrecer a las Cajas de Ahorros aquellos servicios financieros que éstas considerasen adecuados, así como facilitar el giro y transferencia de fondos y efectos entre las mismas, y prestarles el apoyo necesario para movilizar sus recursos o solventar dificultades económicas o de gestión; y, 4) constituir un centro de estudios en común de todas las cuestiones que afectasen a las Cajas de Ahorros, encaminado a potenciar la más adecuada organización y eficaz funcionamiento de las mismas.

En lo referente a los órganos de gobierno de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, el Decreto 2290 establecía que habrían de ajustarse en todo a lo prevenido para las Cajas con las siguientes peculiaridades: 1) en la Asamblea General de la Confederación, los Consejeros representarían exclusivamente a las Cajas de Ahorros Confederadas, y serían el Presidente o un Vocal del Consejo de Administración y el Director general o asimilado de cada una de ellas; 2) el número de votos concedidos a cada Caja en la Asamblea General sería proporcional al volumen de sus depósitos, con un máximo de quince y un mínimo de dos, excepto en las elecciones de las personas que habían de desempeñar los distintos cargos, en las que cada Caja tendría de recho a un solo voto; 3) todos los Vocales del Consejo de Administración —que podría actuar en pleno o delegar funciones en una Comisión Ejecutiva— serían elegidos entre los Consejeros generales, a excepción de los Vocales representantes del personal de la Confederación; en esta elección se atendería especialmente a que quedasen adecuadamente representadas todas las regiones españolas; 4) cada Vocal del Consejo de Administración tendría un voto en el mismo; y, 5) a las reuniones del Consejo de Administración asistiría con voz y voto el Director general de la Confederación, y con voz, pero sin voto, los restantes Directores de la misma. Como órgano consultivo de la Asamblea General se crearía el Consejo Superior del Ahorro, cuyo número máximo de Vocales sería de veinte, que serían elegidos por la Asamblea General de la Confederación entre personalidades relevantes. Finalmente, la Asamblea General elegiría libremente al Presidente del Consejo Superior del Ahorro y al Presidente del Consejo de Administración de la Confederación.

Posteriormente, se dictó la legislación que fue profundizando la reforma de las Cajas de Ahorros. Entre 1980 y 1982 hubo un impulso apreciable en la liberalización de tipos de interés para las operaciones que todavía seguían sometidas a regulación y con la reducción de los coeficientes de inversión, ampliándose también las posibilidades de las Cajas de Ahorros para la apertura de oficinas. El Real Decreto 2291/1977, de 27 de agosto, regionalizó las inversiones de las Cajas de Ahorros; la Orden de 19 de junio de 1979 estableció normas para la Obra benéfico-social de estas entidades; la Orden de 20 de diciembre de 1979 regulaba la apertura de oficinas por las Cajas de Ahorros, modificando la Orden de 7 de febrero de 1975, para adaptarla a las nuevas condiciones, que exigían evitar las limitaciones o interferencias en las decisiones de las Cajas de Ahorros en la búsqueda de la dimensión más adecuada para el eficaz ejercicio de su operatoria, “combinando el respeto a la libertad de cada Institución con la prevención de una competencia innecesaria y costosa”; asimismo, se trataba de facilitar que las Cajas adaptasen su expansión a la nueva organización territorial de España. El Real Decreto 2860/1980, de 4 de diciembre, reformaba el Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorros, que había sido creado por el Real Decreto 3047/1977, para aumentar el importe máximo garantizado a cada depositante y perfeccionar y ampliar las distintas clases de actuaciones.

Además, el Real Decreto 2869/1980, de 30 de diciembre, establecía las condiciones y el orden de prioridad para la computabilidad de los valores de renta fija emitidos directamente o calificados por las Comunidades Autónomas en el coeficiente de fondos públicos de las Cajas de Ahorros. El Real Decreto 73/1981, de 16 de enero, sobre financiación a largo plazo por las Cajas de Ahorros —que eran definidas como “principales intermediarios de la financiación a medio y largo plazo”— articuló la transformación de los circuitos privilegiados de financiación hacia canales con mayor grado de flexibilidad y libertad, que asegurasen un flujo para “la necesaria financiación” de la clientela habitual de las Cajas de Ahorros. La Orden de 17 de enero de 1981 liberalizó los tipos de interés y dividendos bancarios, así como la financiación a largo plazo, aunque se excluían las operaciones computables en los coeficientes de inversión obligatoria y préstamos de regulación especial. El sistema de tipos de interés máximos y de comisiones libres había ocasionado graves distorsiones, y se sustituyó por otro de tipos de interés libres y comisiones máximas, racionalizando el cuadro de comisiones aplicables, calculando sus valores con criterio realista en función del servicio prestado, e introduciendo, en consecuencia, un mínimo por operación en la cobranza de efectos, que colaborase a la modernización de los instrumentos de crédito y cobro. Se liberalizaron las comisiones sobre avales y otros riesgos de firma, y las de otros servicios bancarios. Para preservar el principio de transparen-

cia, se estableció la obligación para las entidades de publicar sus tarifas de comisiones y condiciones y de atenerse a las mismas. En cuanto a los tipos pasivos, se amplió la lista de entidades no sometidas a tipos máximos, con objeto de desarrollar el mercado monetario, así como de avanzar un nuevo paso, liberalizando los depósitos a plazo de seis meses o más y superiores a un millón de pesetas. En otras operaciones activas y pasivas, se trató de ordenar los créditos a tipo variable con objeto de evitar posibles abusos. Se regularon los certificados de depósito y la cancelación anticipada de las imposiciones a plazo y los créditos con garantía de imposiciones. Se trató de ampliar la disponibilidad de fondos para la inversión (financiación a medio y largo plazo) en condiciones de mercado mediante mecanismos que implicasen una canalización de fondos hacia operaciones de mayor plazo con tipos libres, permitiendo así dar un nuevo paso en la aceleración de los ritmos de descenso de los coeficientes de inversión obligatoria de los Bancos y de las Cajas de Ahorros. Finalmente, la Orden de 13 de abril de 1981 establecía los modelos de balances y cuentas de resultados de las Cajas de Ahorros (para sustituir a la Orden de 31 de marzo de 1970), a los cuales habría de adaptarse también la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

II. LA COLABORACIÓN DE LAS CAJAS A LA COLOCACIÓN DE LAS EMISIONES DE DEUDA PÚBLICA

Con la democracia y la liberalización de los mercados financieros, Fuentes Quintana intentó conseguir una financiación más ortodoxa del déficit público y empezaron a hacerse emisiones de Deuda pública dirigidas directamente al mercado, y las Cajas cooperaron a su colocación entre el público. En agosto de 1977, el Estado proyectaba emitir 20 millardos de Deuda pública, a la que se fijaría una rentabilidad de mercado con la intención de interesar a los particulares en la suscripción de esa Deuda; no obstante, en la Confederación se temían que gran parte de la misma “tendrían que tomarla las Cajas”. En efecto, en octubre de 1978, se canalizaron a través de la Confederación las peticiones sobre la emisión de Deuda pública del Estado, con el fin de liberar el peso que recaía sobre las tres Cajas que habían suscrito, junto con algunos bancos, el compromiso de colocación de esta emisión.

Posteriormente, el Banco de España rogó la colaboración de las Cajas de Ahorros para que renovaran las cantidades suscritas previamente de Bonos del Tesoro —que se iban a renovar el 26 de octubre de 1978, canjeándolos por otros con una rentabilidad del 15%—; añadiendo que cuando alguna Caja tuviese dificultades de tesorería, que se dirigiese al Banco que, desde luego, actuaría con flexibilidad al respecto. La Confederación cursó un telegrama a

las Cajas de Ahorros dándoles cuenta de esta petición. De hecho, se procedió al establecimiento de un coeficiente en Cédulas para Inversiones, a través de la Orden del Ministerio de Economía de 20 de septiembre de 1978, que facultaba al Banco de España para establecer la fecha y forma de la acomodación de la cobertura de dicho Coeficiente de Inversión en Cédulas para Inversiones. Pese a las manifestaciones que había hecho el Banco de España a la Confederación, de proceder a una acomodación gradual, aquél actuó con una urgencia inusitada, pues dictó las normas complementarias previstas en un télex remitido a las Cajas al día siguiente de la publicación en el BOE de dicha Orden; en el mismo se establecía que la cobertura del coeficiente se efectuase de una sola vez; el Banco de España concedería a las Cajas de Ahorros un préstamo de hasta el 75% del importe a suscribir por un plazo de una semana. Como el procedimiento empleado no había respetado, ni en la forma ni en los plazos, las promesas que el Banco de España había hecho al Presidente y Director general de la Confederación, el Consejo de ésta acordó, por unanimidad, elevar al Banco España un escrito de protesta y pedir una audiencia al Gobernador a fin de tratar de “rectificar” tal medida y lograr la acomodación gradual de dicho coeficiente. Pero, a pesar de la protesta, como siempre, desde las Cajas de Ahorros se acató la Orden, se suscribieron las Cédulas y se solicitaron los préstamos del Banco de España que, al vencimiento, se prorrogaron incluso con plazos de amortización superiores a los que se concedieron a la Banca privada para igual operación.

La Confederación decidió prestar, en mayo de 1979, colaboración al Ministerio de Hacienda, que había pedido que las Cajas asegurasen 3 millardos de pesetas nominales de la emisión de Deuda del Estado interior, amortizable a cinco años, de un total de 20 millardos de pesetas para financiar los Presupuestos generales del Estado para 1979. En junio, un consejero de la CECA expresó su opinión de que la Confederación debería haber negociado la colocación de la última emisión de Deuda del Estado, en lugar de haberla aceptado ya desde el principio. El Director General, Coronel de Palma compartía ese criterio pero señaló que, en esta ocasión, “las circunstancias” no habían aconsejado actuar así. Es más, otro consejero llamó la atención sobre el hecho de que el Estado emitía ahora Deuda pública que competía con las Cajas en la captación de recursos, con tipos de interés elevados, por lo que opinaba que no debería “pedirnos ayuda”; Coronel de Palma manifestó que ello era cierto, pero que había que tener en cuenta “la fuerza política del Banco de España” y, en especial, la posibilidad de que “fuese elevado el coeficiente de depósitos obligatorios remunerados”. Además, había que considerar si sería conveniente para las Cajas el que aparecieran colaborando en la colocación de estas emisiones exclusivamente la Banca y la Caja Postal de Ahorros. El Consejo ratificó los convenios de colaboración en el asegu-

miento y colocación de la repetida emisión de Deuda pública del Estado suscritos por la Confederación.

Para financiar el creciente déficit del Estado, las emisiones se sucedían y, en septiembre de 1979, el presidente de la CECA expresó que el Ministro de Hacienda le había anunciado el lanzamiento de una emisión de Deuda pública de 50 millardos de pesetas nominales al 12 ó 12,5 de interés y plazo muy corto, de tres a cinco años, garantizando el Gobierno la liquidez y la cotización. Esta emisión estaba destinada a su colocación entre el público, para lo cual pedía la colaboración de los Bancos y las Cajas como aseguradores de la emisión; ahora bien, las cantidades que quedaran sin suscribir tendrían que ser absorbidas por los Bancos y las Cajas para sus carteras. Se le señaló al Ministro de Hacienda que las Cajas de Ahorros no estaban en disposición de poder quedarse con la emisión por los préstamos que tenían concedidos a las Corporaciones locales. Sin embargo, el Ministro aludió a que, en ese caso, pediría la colaboración del Banco España que se quedaría con la emisión y que procedería a retirar una cantidad igual de la oferta monetaria. En definitiva, decía el Presidente de la CECA, si no “colaboramos y nos quedamos con la cantidad que no podamos colocar entre el público veremos incrementado el coeficiente de depósitos obligatorios remunerados en el Banco de España”. Además, estaba previsto que los Bancos asegurasen los dos tercios de la emisión y las Cajas el tercio restante; la Banca está dispuesta a colaborar activamente.

También se le había recordado al Ministro de Hacienda que los propósitos del Gobierno eran que el propio Estado pagase el dinero a los tipos de interés del mercado; ante lo cual, el Ministro había ofrecido como compensación el incremento de un cuartillo en la rentabilidad de determinadas inversiones obligatorias, en las Cédulas para inversiones en el caso de la Banca y en las obligaciones INI en el de las Cajas. Los consejeros de la Confederación se mostraron renuentes a seguir absorbiendo las emisiones de Deuda pública y también a colaborar en la colocación de un nuevo activo entre el público que competía con sus libretas y sus cuentas. Así, un consejero de la CECA recordó que, desde la Administración Pública, siempre se estaba hablando de libertad económica y del sistema financiero, pero la realidad mostraba todo lo contrario, como demostraba “este tipo de presiones y colaboraciones que se planteaban a las Cajas”; añadía que cada vez que sometía al Consejo de Administración de su Caja estas cuestiones se le preguntaba “que qué hacía el Director y qué hacía la Confederación”. Por su parte, otro consejero manifestó que eso era cierto, pero que esta actitud de la Administración era un proceso constante y normal en Europa, y que el Estado se convertía cada día más en un serio competidor. Coronel de Palma rogó que, por favor, en los planteamientos de estas operaciones

en el seno de las Cajas no se apoyasen “en supuestos mandatos de la Confederación”, pues se estaba creando “una injusta imagen de la misma, como organismo centralista al servicio del Estado”, cuando “en realidad era todo lo contrario”. En todo caso, un consejero manifestó que siempre era preferible “esa delicada situación de los Directores ante sus Consejos” a que se aumentasen los porcentajes de inversión obligatoria, que dejarían reducidas “las funciones del cargo de Director a las de mero funcionario”. La mayor parte de los vocales apoyaron las manifestaciones del Director general en el sentido de que era mejor colaborar con el Ministerio de Hacienda.

Ante la emisión de la Deuda de Estado, en octubre de 1979, un consejero explicó que el origen del problema radicaba en el déficit público, por lo que sugería que las Cajas de Ahorros deberían unirse a las voces que estaban pidiendo que el Presupuesto del Estado fuese equilibrado. Otro consejero reiteró que las Cajas debían oponerse a estas operaciones y que si el Estado quería su colaboración, debería “imponerla obligatoriamente”; en otro caso, los directivos se encontraban con el problema de qué decirles a los clientes de las Cajas de Ahorros, que eran los que les confiaban sus depósitos y a los que no iban a poder darles las Cajas un crédito cuando se lo pidiesen. El presidente de la CECA recordó que no había sido posible oponerse a la operación y que la Confederación había actuado con gran habilidad, ya que en el préstamo del Banco de Crédito Local, la aportación de las Cajas se había reducido a unos 13 millardos pesetas, y en cuanto a la colocación de Deuda pública, que inicialmente pretendían distribuirla por mitad entre la Banca y las Cajas, la Confederación había conseguido rebajar la cantidad a solamente a 15 millardos de pesetas; es decir, que las Cajas no llegaban a un tercio, que es lo que les correspondería en proporción a los depósitos; el Presidente recordó también que la Banca había aceptado en bloque el colaborar en la colocación de la Deuda, porque la postura de que se incrementasen los coeficientes les había parecido peligrosa a los banqueros, prefiriendo soportar transitoriamente “estas presiones”.

La Confederación también comenzó a negociar algunas emisiones de organismos públicos para que fueran colocadas entre el público por las Cajas de Ahorros. Por ejemplo, el Banco de Crédito a la Construcción anunció la emisión de 4 millardos de pesetas nominales en bonos hipotecarios, a la par, con rentabilidad nominal del 13%, y con la amortización al tercer año; aunque era un empréstito destinado a ser colocado entre el público, pidió la colaboración de las Cajas y la Banca para la colocación del mismo. El Consejo acordó participar en esa colocación, quedándose las Cajas de Ahorros con el importe no suscrito por el público, en septiembre de 1979.

III. LAS DEUDAS LOCALES, LA REGIONALIZACIÓN DE LAS INVERSIONES DE LAS CAJAS Y EL PRORRATEO DE LAS OBLIGACIONES DEL INI

A pesar de las medidas liberalizadoras, el coeficiente de inversión obligatoria seguía existiendo y el Gobierno podía aplicar cualquier represalia si las Cajas tardaban en suscribir las emisiones públicas. Por ello, en julio de 1978, la Confederación recomendó a las Cajas de Ahorros que voluntariamente acelerasen la suscripción de obligaciones del INI y de Telefónica; tal recomendación se había hecho para evitar el peligro de que el Ministerio se viera forzado a “congelar” el porcentaje de inversión obligatoria en valores o, al menos, a “ralentizar” su descenso; amenaza que acabaría cumpliéndose. Entre las Cajas de Ahorros había reticencia a suscribir las obligaciones del INI no sólo por su bajo rendimiento, sino porque algunas corporaciones locales decidieron lanzar emisiones de deuda en las que tenían preferencia de suscripción las Cajas de la zona, debido al Decreto de Regionalización de las Cajas de Ahorros. Esto obligaba a las Cajas de las regiones cuyos entes locales no emitían deuda a absorber títulos del INI por encima de lo que proporcionalmente a sus recursos les correspondía; lo cual creó una situación delicada. Se planteaba el problema de que las Cajas tenían el compromiso de absorción de las emisiones de los entes locales de su región o circunscripción; de ahí que algunas Cajas pidiesen quedar excluidas de los prorrateos de las obligaciones del INI, en la proporción correspondiente a la deuda local suscrita.

En noviembre de 1978, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid se comprometió a absorber 4.500 millones de pesetas de Deuda municipal del Ayuntamiento de Madrid, por lo que solicitó que se le diese igual trato que a las Cajas catalanas en el caso de la emisión del Ayuntamiento de Barcelona. El representante de Caja Madrid manifestó que aceptaba los prorrateos de obligaciones INI efectuados antes de la emisión de la deuda del Ayuntamiento de Madrid, pero no los realizados con posterioridad, incluidos los valores de Telefónica, mientras que su Caja no hubiese absorbido la citada emisión del Ayuntamiento de Madrid. En consecuencia, el Director general anunció que habría que hacer un prorrateo complementario de las cantidades adjudicadas a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, para que fuesen suscritas por el resto de las Cajas.

Naturalmente, esto causó protestas. Un consejero manifestó que si esta medida iba a ocasionar un cambio en el sistema de prorrateo tradicional, habría que comunicarlo a todas las Cajas. Posteriormente, en enero de 1979, el representante de la Federación de Cajas de Ahorro Vasco-Navarras dio cuenta del acuerdo de ésta oponiéndose a que se eximiese a la Caja de Aho-

rros de Madrid de participar en la suscripción de obligaciones del INI y de Telefónica, en función de que había suscrito la Deuda municipal del Ayuntamiento. El Director General informó de que en el seno de la Ponencia de Regionalización de Recursos, constituida por el Fondo para la Investigación Económica y Social, se entendía que, en principio, deberían tener preferencia para las Cajas las inversiones en la propia región, a fin de que los recursos no saliesen de su ámbito de actuación. Un consejero recordó que el Decreto sobre la Regionalización de las Inversiones de las Cajas establecía unos compartimentos estancos, el primero de los cuales incluía los valores emitidos por las corporaciones locales, entre otros; por lo que era lógico que si la Caja de Ahorros de Madrid había suscrito la Deuda municipal de la corporación madrileña se viese eximida, al menos proporcionalmente, de tomar las obligaciones del INI. Por su parte, otro consejero recordó que ya había precedentes, puesto que la Caja de Ahorros de Vitoria y las Cajas de Ahorros catalanas habían recibido un trato similar, cuando la primera suscribió títulos de la Diputación Foral de Álava y las segundas suscribieron títulos de Ayuntamiento barcelonés. El Consejo desestimó el acuerdo de la Federación Vasco-Navarra.

Las discusiones no se agotaron ahí. Ante el anuncio, en marzo de 1979, de que las Cajas catalanas habían suscrito 3 millardos de pesetas de la emisión de Obligaciones del Ayuntamiento de Barcelona del 1 de diciembre de 1978, y de que su Federación solicitaba que esas cantidades suscritas deberían ser compensadas en los próximos prorrateos de obligaciones INI, un consejero recordó que la Federación Vasco-Navarra no aceptaba la expresada compensación. El Director general recordó el acuerdo primitivo por el que se admitía esa compensación, a lo que otro consejero manifestó que posteriormente al acuerdo se habían publicado nuevas disposiciones legales que colocaban en igual rango de preferencia a los valores emitidos por las Corporaciones locales y el INI y, en segundo orden, a Telefónica. En esta ocasión, el Consejo decidió “dejar el tema sobre la mesa”. Dos meses después, en mayo, un consejero informó al Consejo de que el Alcalde de Madrid le había llamado, exponiéndole el deseo de que la Caja de Madrid fuera la única entidad de crédito con la que trabajase, pero en contraprestación iba a emitir 7 millardos de pesetas de Deuda pública municipal que tendría que absorber la Caja; lo que advertía a efectos de que se estudiase el tema de la modificación del sistema de prorrateo. Coronel de Palma recordó que las cifras de emisión del INI y de Telefónica las fijaba indirecta o directamente el Gobierno; y lo mismo ocurría con las cifras de emisión de las Corporaciones locales. Por lo tanto, si no se producía una solidaridad entre las Cajas para resolver el tema de las compensaciones planteadas por los excesos en la suscripción de Deudas públicas municipales, sería el Gobierno quien elevase el coeficiente de inver-

sión obligatoria, con lo que todas las Cajas saldrían perdiendo. Continuó diciendo que iba a ser imposible eludir las suscripciones de emisiones como las del tipo INI y Telefónica, por lo que las Cajas debían ir pensando si preferían que en aquellas localidades en las que las Corporaciones locales emitían, las Cajas de la zona tomaran las Deudas de dichas Corporaciones y no los del INI, o bien que se prorrateasen entre todas las Cajas tanto las obligaciones del INI como las deudas locales.

En consecuencia, en esa sesión de mayo de 1979, se discutió un dictamen elaborado por la Dirección de la CECA respecto al sistema de prorrateo de las emisiones computables, que proponía modificaciones en función de las emisiones de Deudas públicas locales, cuyos principios básicos fueron aprobados por el Consejo de Administración, en los siguientes términos: 1) respeto al orden de prelación que establecía la Orden comunicada del Ministerio de Economía de 17 de mayo de 1978; 2) el prorrateo se realizaría sobre el cómputo global de las emisiones computables de suscripción preferente de Deuda local, fondos públicos, INI y Telefónica; los prorrateos se realizarían mensualmente, considerándose el incremento de los recursos mes a mes de manera provisional, hasta liquidar los prorrateos a fin de año; y, 3) las emisiones de las corporaciones locales no serían adjudicados a todas las Cajas, sino que serían tomadas voluntariamente por la Caja local de la zona de la Corporación emisora, dada la autonomía de las Cajas al respecto. Ante esta decisión, un consejero de la CECA advirtió la coincidencia de que en las zonas donde emitían las corporaciones locales era donde mayores inversiones realizaban el INI y Telefónica; por lo que las Cajas de las regiones restantes expresarían su disconformidad por el hecho de que este sistema de prorrateo aumentaba “la injusticia de las inversiones locales”, y se negarían a tomar los títulos del INI y de Telefónica. La Federación Vasco-Navarra se oponía a este sistema porque sus Cajas financiaban a sus municipios por la vía de los créditos directos, dado que no emitían deuda. Coronel de Palma indicó que se les podría sugerir que emitiesen pagarés o títulos; pero, como él mismo había señalado previamente, éste era un problema del Gobierno central que autorizaba la emisión de obligaciones de algunas corporaciones y de otras no. Otro consejero indicó que se gestionase ante la Dirección General del Tesoro Público el que se autorizase a emitir deuda a todos los Ayuntamientos, con lo que así el problema quedaría resuelto. El nuevo sistema de prorrateo se aprobó con el voto en contra del representante de la Federación Vasco Navarra.

En abril de 1979, siguió la discusión sobre los sistemas de prorrateo de las emisiones computables (entre las que estaban también las de RENFE) y su modificación en función de las emisiones de deudas públicas municipales y provinciales. El problema que se planteaba tenía gravedad para las Cajas de

Ahorros de aquellas zonas en las que la Administración central no aprobaba empréstitos a las Corporaciones locales, con lo cual no tenían más remedio que suscribir las obligaciones INI. La cuestión era, en el fondo, que las Cajas pequeñas que no tenían incrementos de pasivos se encontraban con el caso de que se les adjudicaban más valores INI, con lo que nunca podrían llegar a tomar valores eléctricos, que gozaban de condiciones más interesantes, ni tampoco podían adquirir siquiera las emisiones de las Corporaciones Locales de otras zonas, también con mayor rentabilidad.

IV. LA COBERTURA DE EMISIONES PRIVADAS Y LA MOROSIDAD DURANTE LA CRISIS

La crisis económica se estaba notando en la cartera de inversiones de las Cajas de Ahorros. En primer lugar, el descenso de las emisiones computables llevó a la Confederación Española de Cajas de Ahorros a empezar a asegurar también emisiones libres; además, la situación crítica del mercado llevó a la Confederación a incrementar los tipos de interés de las emisiones aseguradas o cubiertas. En segundo lugar, la mayor incidencia de la crisis se notó en un aumento de la morosidad y en los planteamientos de suspensiones de pagos, ante lo que la Confederación tomó medidas ejecutivas para defender los intereses de las Cajas.

En efecto, en primer lugar, la crisis económica rebajó la demanda de financiación por parte de las empresas. En 1977 la suscripción de emisiones y los préstamos que las empresas solicitaron a las Cajas de Ahorros fueron pocas. Esto explica, entre otras cosas, la abundante liquidez de las Cajas. El procedimiento era el mismo el siguiente: la Confederación negociaba las condiciones y posteriormente ofrecía a las Cajas la concesión de los préstamos o la adquisición de las obligaciones y títulos ofrecidos, cuya cobertura se aseguraba por la Confederación. Al año siguiente, seguía la atonía del mercado inversor; en la sesión de 10 de mayo de 1978, el Director general manifestó que el abanico de inversiones se había recortado muy acusadamente por la crisis del país, y que quedaban muy pocas cantidades pendientes de suscribir de emisiones anteriores. La excepción eran las eléctricas, pues el Presidente advirtió que se había llegado a un acuerdo global con el sector eléctrico para las condiciones de sus emisiones; las principales compañías eléctricas (FENOSA, Eléctricas Reunidas de Zaragoza, Iberduero, Electra del Viesgo, Unión Eléctrica, la Compañía Eléctrica de Langreo, la Compañía Sevillana de Electricidad, Hidroeléctrica Española, Energía e Industrias Aragonésas y Empresa Nacional de Electricidad) ofrecieron emisiones por distintas cantidades, siempre bastante elevadas, a la par, con rentabilidad neta

del 12%, plazos de amortización de diez años, y cláusula de dos años de carencia.

Con respecto a las emisiones no computables, expresaba el Director general que no convenía a las Cajas de Ahorros potentes estar ausentes del mercado de emisiones libres y, por ello, proponía que si el Consejo lo autorizaba y, naturalmente, previa consulta con las Cajas y analizando muy bien las empresas de las que se tratase, la Confederación podría encargarse de asegurar también emisiones libres pues, en otro caso, lo harían numerosas empresas existentes que se dedicaban a la colocación de este tipo de valores; según la CECA, las Cajas no deberían abandonar este campo. Un consejero expresó que había emisiones solicitadas por los propios clientes, por ofrecer una rentabilidad interesante y, además, en algunos casos, porque eran desgravables para el Impuesto sobre la Renta de las personas físicas; añadió que las Cajas catalanas habían asegurado determinadas emisiones de este tipo; entendía que era un buen negocio y que debía asegurarse la Confederación de que las condiciones de emisión ofreciesen de por sí una rentabilidad y, en cambio, poca comisión, porque la colocación de emisiones por debajo de la par no era entendida por los clientes de las Cajas, que se desorientaban por tal circunstancia; finalmente, sugirió que en las reglas que se establecieran para la cobertura de las emisiones de empresas de carácter regional se diese preferencia a las Cajas establecidas en la zona. El Consejo prestó su conformidad a la propuesta de la Dirección para actuar en el expresado mercado, siempre con previa conexión con las Cajas o grupos de éstas.

Por otro lado, las circunstancias del mercado llevaron a las Cajas a endurecer las condiciones de su financiación. En junio de 1978, con respecto a la cobertura de emisiones, la Comisión de Gestión de la CECA fijó nuevas condiciones: 1) para las emisiones computables industriales a cubrir por la Confederación, se aumentó el tipo de interés al 12%, al que se añadió una comisión que elevase la rentabilidad total al 13,5%; 2) para las emisiones de Telefónica se fijó el 12% de tipo de interés y una comisión algo menor que para los valores anteriores, del orden del 4,5 %, y se pidió la reducción del plazo de amortización a 12 años; 3) con el INI, se negociaría inicialmente un 11 % en emisiones pendientes, para ir cediendo en caso necesario, hasta el 10 %, más una comisión de un punto; 4) el mismo tipo de interés y una comisión del 4,5% se exigiría a las emisiones de las corporaciones locales; y, 5) a las emisiones libres se aplicaría, como punto de partida, la misma rentabilidad que tenían los préstamos a empresas, que globalmente ascendía al 17%. Estas serían las directrices generales fijadas por la CECA para la aceptación de la cobertura de emisiones.

En segundo lugar, la Confederación hubo de tomar medidas ante el crecimiento de la morosidad y del número de empresas en dificultades. En octu-

bre de 1977, se solicitó de los comisarios de emisiones de empresas morosas que convocasen a los correspondientes Sindicatos de Obligaciones para proceder a las oportunas ejecuciones, sin esperar a que se produjesen demoras dilatadas, como venía ocurriendo hasta entonces. La morosidad no sólo afectaba a las empresas privadas, sino a entidades oficiales, pues ese mismo mes el Comité de Gestión de la CECA acordó bloquear la cuenta del Ayuntamiento de Barcelona en tanto que no instrumentase el aval de la emisión del Metro de Barcelona. Por otro lado, en 1977, la cartera de renta variable de las Cajas de Ahorros estaba sufriendo importantes minusvalías; Sancho Drona manifestó, en diciembre, que, si fueran sociedades anónimas, las Cajas habrían de reflejar esas minusvalías en los balances. También se pensaba que los nuevos órganos de administración podrían querer sancionar a los dirigentes de las Cajas de Ahorros por esta cuestión; propuso que había que plantear el problema al Banco de España para que diera criterio sobre la valoración de las carteras de activos de las Cajas. Un consejero señaló que este problema no era nuevo, sino que era arrastrado por las Cajas de años atrás, y advertía del peligro de que ahora lo pusieran de relieve los nuevos órganos de gobierno de las Cajas; informó de que el Banco de España, que inspeccionaba su Caja, había visto que ya se estaban realizando aplicaciones de beneficios destinadas al saneamiento de la cartera. Otro consejero manifestó que evidentemente el problema era muy distinto si se trataba de valores de obligada inversión o de otros comprados libremente. Un tercero señaló que esta circunstancia se había dado también en su entidad y que la Administración Pública era consciente del problema. En junio de 1978, las Cajas estaban preocupadas por la crisis económica por la que atravesaba el país y que padecían las empresas, que hacía que los cupones y las amortizaciones pendientes de cobro presentaran partidas abultadas en sus balances.

En enero 1979, las Cajas de Ahorros y la Confederación tenían sumas considerables de valores de bancos industriales en la forma de bonos computables; esto suponía un riesgo dada la comprometida situación de alguno de ellos. El ingreso del Banco Industrial de Granada en la "UVI" (en el fondo de garantía de depósitos) pareció solucionar los problemas, sin que se estableciesen quitas ni medidas que pusiesen en peligro los valores de los acreedores, en este caso. Pero seguía la incertidumbre con respecto a los otros bancos. Un consejero manifestó, en agosto de 1979, que el Banco de España estaba autorizando en el verano de 1979 a los Bancos industriales a diferir el pago de sus emisiones de bonos, a condición de que actualizasen sus tipos interés y de que obtuviesen la aceptación de los tenedores. De hecho, algunos ya habían empezado a presionar a las Cajas. Se informó de las negociaciones realizadas por el Sindicato de Bonistas de determinado Banco industrial en las que se aceptó una prórroga de cinco años con un pequeño aumento en el

tipo interés. Ante ello, un consejero expresó su disgusto de que no se hubiese hecho un planteamiento conjunto de las Cajas de Ahorros, ya que en las gestiones individualizadas salían perjudicadas en especial las más pequeñas.

Las gestiones de cobro a empresas morosas también eran notables en enero de 1979; se concentraban en las sociedades HYTASA y Babcock Wilcox. Habida cuenta de los casos que se habían presentado de morosidad se acordó plantear al Ministerio de Hacienda la extensión del seguro de crédito también a las obligaciones de empresas industriales. Hasta las sociedades del INI fallaban en la devolución de los préstamos, y el INI se resistía a ejercer de avalista. Altos Hornos del Mediterráneo pasaba por una situación crítica, en junio de 1979, y la Asamblea del Sindicato de Obligacionistas acordó concederle un crédito de unos 1.000 millones de pesetas, que destinarían en su totalidad al pago de cupones vencidos e intereses de demora. En julio de 1979, un consejero se quejó de que al tratar de recuperar su Caja la devolución del préstamo que había otorgado a la empresa Astano con el aval del INI, éste había incumplido su compromiso como avalista, cuando incluso se le había ofrecido el compensar esta obligación mediante la inversión obligatoria en obligaciones del INI. Alertaba que podría suceder lo mismo con el proyectado aval a la empresa Altos Hornos del Mediterráneo. También solicitó este consejero que se recomendase a las Cajas que no suscribiesen obligaciones del INI, si éste persistía en no cumplir sus compromisos de avales con alguna de las Cajas. El Consejo adoptó el acuerdo unánime de solidaridad de las Cajas de ahorros ante el hecho expresado; pero decidió no cortar el grifo de la financiación al INI.

También fue difícil recuperar los préstamos otorgados a la Asociación de Prensa, que presentaba dificultades en febrero de 1979. Este problema era compartido por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, que había decidido aplazar las actuaciones sobre este tema hasta después de las siguientes elecciones en dicha Asociación. Un consejero recomendó que se tuviera cuidado porque “nos encontramos con profesionales del periodismo”. Allué contestó que defendería los intereses de la Confederación, “procurando por todos los medios no chocar con los periodistas”. El nuevo presidente de la Asociación de Prensa propuso que la Confederación renunciase a la hipoteca resarcándose con el reparto de bienes en participación con otros acreedores. Pero el Presidente manifestó que la ejecución de la garantía acarrearía muchísimos problemas. Un consejero señaló que había sido testigo presencial de la encerrona que había tendido, en marzo de 1979, a la Confederación la Asociación de Prensa, porque la situación de la Confederación era distinta a la de otros acreedores, los cuales no tenían garantía hipotecaria, y elogió la intervención del representante de la CECA, por sus acertadas manifestaciones en la reunión de la Asociación de Prensa y los restantes acreedores, en la que

expuso que la Confederación era el primer acreedor hipotecario. Incluso los otros perjudicados querían formar una asociación para luchar contra las Cajas y la Confederación. El Consejo delegó en la Dirección general para que adoptase la solución más conveniente, con la recomendación de procurar que la cantidad que se cobrase través de la publicidad fuese en las Hojas del Lunes de toda España y no solamente en Madrid. Otro consejero dijo que lo que había sucedido debería servir de precedente ante otros posibles compromisos; propuesta a la que se un tercero quien insistió en su criterio de que la Confederación debía restringir sus operaciones a las Cajas, sin operar con empresas privadas. No obstante, se siguieron concediendo préstamos a nuevos clientes. En la sesión de julio de 1979, el Consejo aprobó conceder un préstamo solicitado por la CEPYME, ante el informe del Director General en el que decía que era la asociación más importante de empresarios de la pequeña y mediana empresa, ya que integraba a más de 500.000 empresas. Asimismo, se propuso actuar con mayor flexibilidad en las negociaciones.

Con el paso de los años, la crisis se fue venciendo y, en 1984, el mercado de emisiones de renta fija no computables se había desarrollado crecientemente, al existir una considerable demanda de particulares e instituciones, basada en las atractivas condiciones fiscales y de rentabilidad que ofrecían esas emisiones.

V. LOS PRÉSTAMOS DE REGULACIÓN ESPECIAL Y LAS OPERACIONES CON EL EXTERIOR

Desde la instauración de la democracia, por lo que se refiere a los préstamos de regulación especial, en primer lugar, el Gobierno trataba de fomentarlos, aumentando los límites de su cuantía, controlando más los préstamos y promocionando los créditos a la exportación de las pequeñas y medianas empresas. En segundo lugar, las Cajas de Ahorros siguieron colaborando con el Banco de Crédito Agrícola en los créditos a la agricultura y participaron en la financiación de la Deuda local (a través del Banco de Crédito Local), cuyas condiciones fueron buenas gracias a la negociación de la CECA, al negociar globalmente en nombre de todas las Cajas.

En primer lugar, el Ministerio de Economía público dos Reales Órdenes el 25 noviembre de 1977 (BOE de 2 diciembre); una elevaba los límites máximos de los Préstamos de Regulación Especial (que era una medida solicitada por la Confederación “desde antiguo”), y la otra complementaba la Orden de 31 de marzo de 1971 sobre el Balance obligatorio de las Cajas; el Gobierno quería obtener la información estadística sobre los préstamos y empréstitos que otorgaban las Cajas a los sectores agrícola y pesquero, a las

corporaciones locales y a particulares para adquisición de vivienda. Por otro lado, el Gobierno pretendía que se financiase adecuadamente la actividad exportadora de la pequeña y mediana empresa; en febrero de 1978, se adoptaron medidas para que las Cajas concediesen atención prioritaria a este sector; a través de una Orden ministerial se establecía un coeficiente obligatorio, dentro del Coeficiente de Préstamos la Regulación Especial, que equivaldría al 1% de recursos ajenos, y que se materializaría en créditos y efectos representativos de la financiación a las exportaciones de la pequeña y mediana empresa. Este coeficiente del 1% habría de alcanzarse gradualmente en tres trimestres, a partir del 1 de marzo de 1978; y así lo cumplieron las Cajas de Ahorros. Aquí la Confederación sirvió de soporte a las Cajas, dado que tenía la delegación de funciones para operaciones en el extranjero. La primera solicitud provino de la Caja de Ahorros Provincial de Zamora para que la Confederación supliese el aval de letras de cambio en divisa extranjera a favor de una empresa de Zamora; el Consejo aprobó, en julio de 1978, la operación y acordó autorizar con carácter general a la Confederación para que, en su calidad de entidad con funciones delegadas, atendiese este tipo de operaciones que le fuesen solicitadas por las Cajas; naturalmente, serían las Cajas de Ahorros solicitantes las que asumiesen totalmente el riesgo de la operación.

En segundo lugar, las Cajas siguieron colaborando con los Bancos oficiales en la provisión de crédito a la agricultura y, sobre todo, a las corporaciones locales. En diciembre de 1978, el Banco de Crédito Agrícola tenía previsto otorgar 8 millardos de pesetas para la adquisición de tierras y 2 millardos para préstamos para la construcción y mejora de viviendas rurales; dicho Banco pretendía que esta última cifra la aportaran las Cajas de Ahorros como préstamos computables; en la CECA se aceptó, en principio, la propuesta siempre que se hiciera una distribución territorial de la participación de las Cajas y se perfilasen convenientemente, las condiciones de esta operación. Las Cajas de Ahorros también fueron utilizadas —con la intermediación del Banco de Crédito Local— para liquidar la deuda de las corporaciones locales. El Real Decreto-Ley 2/1979, de 26 de enero, aprobó la liquidación de las deudas de los Ayuntamientos y Diputaciones para enjugar el déficit de sus Presupuestos extraordinarios existente a 31 de diciembre de 1978. En dicho decreto se preveía que dichas Corporaciones podrían formar Presupuestos extraordinarios para liquidar deudas y enjugar el déficit de sus Presupuestos ordinarios; para ello, podrían contar con 23 millardos de pesetas de créditos del Banco de Crédito Local y, el resto, mediante operaciones de créditos con los Bancos y las Cajas de Ahorros; los créditos de éstas podrían computarse como de regulación especial. La cifra global del endeudamiento de las Corporaciones locales ascendía a 61 millardos de pesetas, y el Ministerio del Interior pretendía que los 38 millardos de pesetas restantes

fuesen aportados por créditos de las Cajas de Ahorros, con cargo al coeficiente de inversión obligatoria en préstamos.

El Ministerio del Interior persistía en este planteamiento, pese al informe desfavorable de la Dirección General de Política Financiera y del Ministerio de Economía. El hecho era aún más grave cuando se tenía en cuenta que las posibilidades de financiación de las Cajas de Ahorros no alcanzaban siquiera a las necesidades de demanda del sector vivienda; si ahora se pretendía que aportasen a las Corporaciones locales esa cantidad, las Cajas superarían los coeficientes de inversión obligatoria. Un consejero señaló que el tema principal era el de las garantías, y proponía que la negociación de la concesión de las operaciones fuese a nivel de cada Caja y que la Confederación gestionase el aval para todas. A la Confederación no le gustaba representar, y menos en el período de la transición, el papel de correa de transmisión del Gobierno; por eso, Coronel de Palma respondió que el pago por parte del Estado estaba previsto, pero insistió en la gravedad que para la Confederación significaría asumir el papel de gestora de la operación en su conjunto y que tuviera que plantearse cómo distribuir entre las Cajas de Ahorros la cantidad global a aportar, ya que podría ser acusada de ser “la culpable de transferir fondos de una regiones a otras”. Señaló que dicho Decreto ley 2/1979 expresaba claramente que las Cajas podrían conceder créditos a las Corporaciones locales; es decir, que les facultaba, pero no les obligaba a concederlos. Asimismo, sugirió que desde la CECA se hiciese una llamada para que se implicase también a la Banca en la participación en la operación. Coronel de Palma propuso que la gestión a realizar por la Confederación se basase en las siguientes posiciones: 1) la garantía del Estado en cuanto a amortizaciones e intereses, a todas las operaciones; 2) la participación proporcional de la Banca privada, y, 3) que cada Caja de Ahorros hubiese de negociar los préstamos de sus respectivas zonas de actuación.

El hecho fue que el Consejo de Ministros de 20 de julio de 1979 acordó autorizar al Instituto de Crédito Local, a través del Banco de Crédito Local, para conceder operaciones de financiación con “entidades de crédito” hasta un importe de 35 millardos de pesetas, con el fin de que el mencionado Banco otorgase a las Corporaciones locales operaciones especiales de crédito para liquidar sus deudas. Cuando pidieron a las Cajas de Ahorros esa financiación, la Confederación llamó la atención al Instituto de que “se habían olvidado de la Banca”; entonces, los representantes del Crédito Oficial aceptaron distribuir 20 millardos a las Cajas y 15 a la Banca, con el argumento de que esta operación “era más propia de las Cajas por estimar que existía una mayor vinculación entre éstas y los Ayuntamientos que con la Banca privada”. En consecuencia, el Banco de Crédito Local solicitó a la Confederación un préstamo consorciado en una sola póliza por importe de 20 millardos de

pesetas, al tipo del 12% anual y un reembolso en un plazo de tres años. Un consejero expresó su disconformidad con la tesis sostenida por el Instituto de Crédito Oficial sobre la vinculación entre Cajas y Corporaciones locales, pues los recursos de éstas no siempre estaban depositados en las Cajas, antes al contrario, probablemente figuraban en una importante proporción en cuentas con Bancos. Después de considerar los aspectos negativos de la operación, así como el positivo de que fuese el Banco de Crédito Local el que respondiese del buen fin de la operación, el Consejo de Administración acordó lo siguiente: 1) que la distribución entre Cajas y Bancos se hiciese en proporción a los recursos de ambos sectores o, en todo caso, al 50 %; 2) que los préstamos que las Cajas concediesen fuesen declarados computables en su coeficiente de inversión obligatoria “en valores”; 3) que se comunicase al Instituto de Crédito Oficial que habría de esperarse a la decisión que adoptase cada una de las Cajas sobre el particular, ya que la Confederación no tenía “capacidad de obligarlas”.

En septiembre de 1979, Abril Martorell llamó a Sancho Drona para expresarle su preocupación por el retraso en la concesión del préstamo al Banco de Crédito Local; se le hizo comprender al Vicepresidente del Gobierno la necesidad de que a las Cajas en las que la cantidad prorrateada (por la Confederación, según las deudas de los ayuntamientos de la zona) resultase totalmente desproporcionada a sus posibilidades, se les estableciese un tope en el 1% de los recursos. La Federación Catalano-Balear manifestó que no estaba de acuerdo con la distribución efectuada entre las Cajas. Las restantes Federaciones expresaron su aceptación de la operación. Un consejero informó de que el Ayuntamiento madrileño se encontraba “muy interesado por la operación”, por lo que era preferible concertarla con el Banco de Crédito Local en las condiciones convenidas. El Presidente de la CECA insistió en que la operación se había hecho conjuntamente a nivel nacional, porque así convenía a las Cajas, a las que se había evitado que se vieran obligadas a negociar directamente con sus respectivos Ayuntamientos; la Confederación, además, había conseguido una garantía absoluta en la operación, de cuyo buen fin respondía el Banco de Crédito Local, y unas condiciones de rentabilidad y plazo de amortización realmente ventajosas. También se había conseguido que los préstamos se realizasen mediante entregas parciales, y unas condiciones de flexibilidad para las Cajas que se viesen muy apuradas.

Un consejero manifestó que la alternativa era muy clara: o las Cajas financiaban el 50% de las Deudas de los Ayuntamientos en las condiciones pactadas o bien las Cajas tendrían que aportar el 100 por % de tales Deudas al tipo interés que dijese los Ayuntamientos, y a un plazo mucho más largo. Consecuentemente, se acordó contestar a Abril Martorell que la mayoría

de las Federaciones habían respondido que sí y que se empezase a formalizar la operación. En octubre de 1979, la Caja de Ahorros de Cataluña se negó a participar en la operación del préstamo al Banco de Crédito Local, con el argumento de que pertenecía a la *Generalitat*, y que le había correspondido una aportación de 909 millones de pesetas, cuando solamente las cantidades que había destinado a las deudas de la Diputación de Barcelona superaban los 1.800 millones de pesetas. Una vez más, las restantes Cajas Catalanas se desmarcaron de esa posición, y aportaron las cantidades que les habían correspondido y que las Cajas comarcales estaban estudiando su decisión.

VI. LAS INVERSIONES Y LAS FILIALES DE LA CONFEDERACIÓN

La Confederación Española de Cajas de Ahorros no podía realizar ninguna operación que supusiera una potencial competencia con las inversiones de las Cajas de Ahorros; aunque los Estatutos permitían que la CECA realizase inversiones subsidiarias de las Cajas —es decir, sólo aquellas operaciones que previamente ofrecidas a las Cajas hubiesen sido rechazadas por éstas— en esta época se le intentó negar hasta esa posibilidad. Por tanto, la Confederación sólo podía hacer operaciones con las Cajas de Ahorros, comprar valores y crear sociedades filiales al servicio de las Cajas.

Las operaciones de compras de valores efectuadas en la cartera de la Confederación, en mayo de 1978, consistían en bonos de caja, a un año o año y medio, y con intereses entre el 12 y el 13 por 100, de bancos industriales como el Bankinter, el Banco de Fomento, Banco Europeo, Induban y el Banco Urquijo. Las operaciones realizadas en la cartera de valores de la Confederación no tenían gran entidad a mediados de 1978; los valores que se compraban y los que se vendían eran pocos numerosos y las cuantías de las operaciones también eran reducidas. La atonía del mercado llevó a la Confederación a querer ampliar sus operaciones con otras entidades, pero el Consejo vetó cualquier actividad que no fuese con las Cajas o la adquisición de valores. Así ocurrió en mayo de 1978, cuando RENFE solicitó a la Confederación una línea de descuento de 200 millones de pesetas, y el Director general pidió el criterio del Consejo sobre la cuestión. Un consejero expresó que, por principio, se oponía a todo lo que significasen operaciones de la Confederación con particulares, ya fuesen personas físicas o jurídicas; sin embargo, como en aquellos momentos su Caja (la de Madrid) no tenía liquidez no puso inconvenientes a que, con carácter subsidiario respecto de la actuación de las Cajas, según preveían los estatutos vigentes de la Confederación,

el Consejo estudiase la posibilidad de aprobación de la petición cursada por RENFE. Por el contrario, otro consejero manifestó que este tipo de operaciones desnaturalizaba la función de la Confederación y se oponía a todas las que pudieran presentarse. Por su parte, un tercero entendió que la aplicación de la subsidiariedad y complementariedad de las actuaciones de la Confederación establecida en los Estatutos debería tratarse siempre con el previo ofrecimiento a las Cajas de Ahorros de la operación en cuestión; al igual que ocurría con las operaciones de préstamos a empresas. El Consejo se pronunció, después de estas discusiones, desfavorablemente respecto de la operación solicitada. Esto nos muestra cómo la Confederación tenía limitada su actuación con particulares; las Cajas, naturalmente, tenían prioridad para suscribir y realizar cualquier operación crediticia y de descuento planteada a la Confederación.

Con respecto a las filiales, en junio de 1979, la Confederación avaló a Arteconsa, con el fin de facilitar la operación de las Cajas de Ahorro que eran accionistas de aquélla, que habían decidido adquirir las acciones de particulares para seguidamente proceder a la liquidación de la sociedad. La Confederación solía conceder créditos a sus filiales, como en el caso de la Central de Leasing SA (LICO) y Fabersanitas, en julio de 1979. En algunas de sus participadas, la CECA entraba por operaciones de salvamento o ante la presión oficial. Ante la insistencia del Ministerio de Comercio —concretamente, de la Dirección General del Instituto para las Reformas Comerciales (IRESCO)— el Consejo de la CECA acordó participar en la constitución de la Sociedad Nacional de Avaes para el Comercio, aportando al capital social 25 millones de pesetas. Los argumentos propuestos por el Ministerio, para que la Confederación entrase a formar parte del capital de SONAVALCO, eran que ya había varias Cajas de Ahorro que venían participando en Sociedades de garantía recíproca de ámbito regional o provincial. En diciembre de 1978, se decidió aumentar la participación de las Cajas y de la Confederación en la sociedad de *leasing* LICO. En 1984 se preparó, en contacto con las Cajas de Ahorros, la creación de una sociedad de Tasación para que facilitase la valoración de las garantías derivadas de las operaciones del mercado hipotecario; la sociedad se constituyó a comienzos de 1985. Asimismo, en 1984, se participó en la nueva Sociedad Coordinadora del tratamiento de las operaciones intercambiadas, denominado Centro de Cooperación Interbancaria (CCI); también la CECA formó parte de la Agrupación Española de Eurocheque, y, a través de ella, todas las Cajas de Ahorros, que así podrían utilizar dicha agrupación para hacer su enlace con organizaciones internacionales encargadas de medios de pago.

7. LOS CAMBIOS EN LA OBRA SOCIAL

El Real Decreto 2290/1977 también transformó notablemente la Obra social de las Cajas de Ahorros. Como hemos visto, el cambio organizativo más importante fue la creación de la Comisión de Obras Sociales, con la intención de separar, en dos órganos distintos, las competencias de carácter financiero y las de carácter benéfico-social de cada Caja; la primera fue encomendada al Consejo de Administración y la segunda a la Comisión de Obras Sociales, de la que dependería un Departamento de Obras Sociales que ejecutaría las directrices de la Comisión. Se quiso que esta separación fuese completa, pero en la práctica fue difícil de lograr. De hecho esa división de poderes no funcionó, como ocurriría en otros países. Por ello, duró poco tiempo, pues la Ley de Órganos rectores de las Cajas de Ahorros (Lorca) de 2 de agosto de 1985 abolió la Comisión de Obras sociales, cuyas competencias pasaron directamente al Consejo de Administración, volviendo a concentrarse en el mismo las cuestiones financieras con las tareas de la Obra social. Realmente, ambas funciones han sido inseparables en la historia de las Cajas; su objetivo final siempre ha sido realizar una obra social, y esto es lo que ha motivado siempre a sus consejeros, directivos y empleados. Por otro lado, qué duda cabe que la Obra social ha sido la seña de identidad de las Cajas, por lo que no se podían separar ambas funciones. La Obra social, en suma, era demasiado importante para las Cajas como para dejarla al margen de sus Consejos de Administración.

Asimismo, el Real Decreto 2290 estableció los cambios siguientes: 1) los excedentes de las Cajas de Ahorro habrían de destinarse primero a reservas para cubrir el coeficiente de garantía y el remanente, si lo había, a la financiación de la Obra benéfico-social propia y en colaboración; 2) la Obra benéfico-social habría de orientarse hacia: la sanidad pública, la investigación, la enseñanza, la cultura y los servicios de asistencia social; 3) los beneficios de la Obra social habrían de difundirse especialmente en el ámbito regional de actuación de las respectivas Cajas de Ahorros; y, 4) la Obra social de las Cajas tendría que ser aprobada por sus respectivas Asambleas Generales y, después, por el Ministerio de Economía, así como por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas respectivas. Por lo tanto, desde 1977, la Obra Social de las Cajas de Ahorro fue definida más genéricamente, frente a la rígida reglamentación contenida en el Decreto de 17 de octubre de 1947, que establecía con mayor concreción los destinos de la Obra Social. Un objetivo fundamental del Decreto 2290 era fortalecer los recursos propios de las Cajas, ante el nuevo entorno competitivo; por ello, las Cajas de Ahorros quedaron liberadas de destinar obligatoriamente al menos el 50% de los beneficios líquidos anuales a sus Obras sociales, sino que la dotación de la Obra

social se supeditaba a la creación previa de las reservas necesarias para que se cubriera el coeficiente de garantía determinado por el propio Real decreto de 1977 en el cual se admitía, incluso, la posibilidad de que, en situaciones extremas de las reservas, las Cajas podrían optar por no destinar ningún fondo para la realización de Obra social. Por otra parte, el Decreto 2290/1977 abolió la Obra Social libre, clasificándola en sólo dos tipos: propia y en colaboración; las Cajas, por tanto, ya no podrían realizar libremente donativos, aunque, en la práctica, se las ingeniaron —con el beneplácito del Banco de España— para eludir este inconveniente. Una Orden del Ministerio de Economía de 19 de junio de 1979 clarificó los marcos de actuación de la Obra social de las Cajas de Ahorros, así como lo que podían considerarse como Obras sociales propias y como Obras en colaboración; asimismo dejó al arbitrio de cada Caja la distribución de sus excedentes entre un tipo de Obra y otra, con la única limitación de que se atendiese con preferencia al sostenimiento de las Obras benéfico sociales propias ya comenzadas. Finalmente, en 1977 desapareció, por fin, la antigua Obra Social Nacional; las Cajas ya no tendrían que transferir el famoso 15% al Ministerio de Trabajo, del cual se independizaron definitivamente las Cajas de Ahorros.

El Decreto 2290 planteó algunas dudas iniciales de aplicación, quizá de incredulidad ante cambios tan grandes. Ante la consulta de un consejero, el Director general informó que las aportaciones del 15% para Universidades Laborales y Formación Profesional industrial, que salían de la distribución de excedentes de la Obra Benéfico Social de las Cajas de Ahorros, habían sido derogadas por el Decreto 2290/1977. Este Decreto también había extinguido, empero, la Obra benéfico social de libre disposición, lo cual tendría una negativa repercusión para las Cajas como manifestó otro consejero; sobre todo teniendo en cuenta que ya había cantidades comprometidas por algún tiempo. Se informó, en febrero de 1978, de que el Banco de España iba a permitir la continuidad de la Obra benéfico social libre dentro del presupuesto de la Obra benéfico social en colaboración, condicionada a que se acreditase que los conceptos que comprendía y las entidades dotadas hubieran sido previamente aprobadas por la Asamblea General respectiva.

El asunto de la aportación del 15% para el Fondo Nacional de Colaboración siguió coleando, porque había atrasos, y porque el Ministerio que lo gestionaba siguió intentando su cobro. En junio de 1978, se había recibido un oficio de la Dirección General de Servicios Sociales del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social afirmando la vigencia de esa aportación y pretendiendo que las Cajas siguieran aportando dinero para los becarios. La Asesoría jurídica de la Confederación realizó un informe en el que sostenía que el Real decreto 2290/1977 había derogado el artículo 4.º del decreto de 17 de octubre de 1947, en el que se establecía la citada aportación del 15%; en con-

secuencia, quedaban extinguidas las obligaciones referentes al Fondo Nacional⁸. Con todo, señaló el Director general que había un notable número de Cajas que se encontraban atrasadas en el pago de esa aportación por los ejercicios anteriores y, el Decreto de 1977, no tenía efectos retroactivos; esa situación de impago sí que podía perjudicar la imagen de las Cajas y agravar la situación planteada. Su idea era que si se pagaban las aportaciones de años atrasados se suavizaría la situación. El Consejo acordó que la Confederación se dirigiese a las Cajas de Ahorros morosas reclamándoles el pago de las aludidas aportaciones.

Pero la cuestión no acabó ahí. En julio de 1978, llegaron a la Confederación Española de Cajas de Ahorros unas cartas remitidas por las Universidades Laborales a sus becarios culpando a las Cajas de Ahorros y a la propia Confederación de haber suprimido los becas; cuando, en realidad, las becas eran concedidas por el Servicio de Mutualidades Laborales del Ministerio de Trabajo (que entonces se había convertido en el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social). Manifestaba el Director general que la única misión de las Cajas, hasta entonces, había sido realizar la aportación del 15% para el Fondo Nacional de Colaboración del Ministerio. Parece ser que las cartas eran un medio de presión para que las Cajas de Ahorros continuasen entregando la aportación del 15% referido. El Consejo reiteró su criterio de que las Cajas habían sido exoneradas por el Real decreto de 1977 de esa aportación al Fondo Nacional de Colaboración y que, por lo tanto, no tenían ninguna obligación de seguir aportándolo. El Ministerio de Educación tampoco se rindió fácilmente, pues en el Real Decreto 2049/79, de 14 de agosto, sobre organización y funciones del Instituto Nacional de Enseñanzas Integradas, que sustituía al Servicio de Universidades Laborales, al regular los recursos con que había de contar el citado organismo establecía “las asignaciones procedentes del Fondo de Obra Social de Carácter Nacional de las Cajas de Ahorro y cuantas otras estuviesen legalmente establecidas para contribuir al desarrollo y sostenimiento de las Universidades Laborales”. Coronel de Palma manifestó que esto era un intento de “resucitar” la Obra Social Nacional. El Decreto, además, no se atenía a la legalidad sobre las Cajas, pues había sido dictado solamente por el Ministerio de Educación, sin participación del Ministerio de Economía. Para evitar una gestión de “carácter político” que pondría sobre aviso al Ministerio de Educación, el Consejo acordó por unanimidad interponer recurso contencioso administrativo contra ese Real Decreto.

En la XLVIII Asamblea General de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, celebrada en junio de 1980, se criticaron diversos aspectos de

⁸ Véase Torres (2005).

esta regulación de la Obra social, como el hecho de la desaparición de la Obra libre o el mantenimiento de la vieja tutela de las autoridades gubernamentales sobre esta actuación social de las Cajas. Posteriormente, en la Asamblea General de la Confederación celebrada en junio de 1982 se insistió en el papel “consustancial” que para las Cajas tenía la Obra benéfico-social (que era considerada como el fin último derivado de su filosofía fundacional) y se establecieron unos objetivos generales para la misma, entre los que destacaban: 1) reducir el ritmo de crecimiento de los costes de mantenimiento de la Obra benéfico social pues, de otro modo, podría llegar a comprometer seriamente sus cuentas de resultados; 2) difundir ante la sociedad la trascendente Obra social que realizaban las Cajas de Ahorros, dando publicidad a las principales actuaciones en este ámbito; 3) alcanzar la mayor coordinación posible entre los Organismos públicos y las Cajas de Ahorro para la prestación de servicios sociales a través de la Obra benéfico-social; y, 4) acentuar la atención especial a la labor cultural, que ya se había desarrollado autónomamente por las Cajas, con el objetivo de ampliar los bienes culturales a la mayoría de la población, y, en particular, hacia las capas más populares.

Esta deriva de la Obra social de las Cajas hacia la cultura se debió, sin duda alguna, a la presencia, desde 1977, de representantes de las asociaciones de carácter científico y cultural en los Órganos de gobierno de las Cajas; especialmente, en sus comisiones de Obra social. El hecho de que esta representación fuese eliminada por la Lorca, en 1985, no alteró aquella tendencia, pues la obra cultural siguió creciendo en términos relativos.

Entre 1975 y 1985, la distribución de la Obra benéfico social de las Cajas de Ahorros cambió drásticamente, debido al Decreto 2290 y a las nuevas directrices adoptadas por la CECA en 1980. Por un lado, hubo dos áreas que ganaron peso; la Obra cultural aumentó del 24,1 al 37,0%, y la Obra docente creció del 19,7 al 30,6%; por el contrario, hubo dos áreas que perdieron terreno: la Obra sanitaria cayó del 15,6 al 6,3%, y la Obra asistencial disminuyó del 39,4 al 24,1%⁹. Esto prueba que las Cajas de Ahorros ya no se consideraban tan benéficas como antes; de hecho, un efecto inmediato del Decreto 2290 fue que la Confederación perdió el calificativo de “benéfica”, sin esperar a que se aprobasen los nuevos estatutos; en efecto, en el *Acta de la sesión de la Comisión Permanente* celebrada el día 28 de junio de 1977, todavía aparece el nombre de Confederación Española de Cajas de Ahorros Benéficas; mientras que en el Acta de la sesión extraordinaria del día 2 de agosto de

⁹ Como muestran los trabajos de López Yepes, Palacios Bañuelos, Sagredo Fernández y Titos (1990) y de Salas (2003).

1977, lo de Benéficas ya había desaparecido. Esto era la culminación de una tendencia iniciada ya en los años sesenta, cuando las Cajas decidieron no airear tanto su condición de entidades benéficas, sustituyendo el adjetivo por el de confederadas ¹⁰. Asimismo, la Confederación llevaba ya un tiempo figurando de puertas afuera como CECA y no como CECAB (Confederación Española de Cajas de Ahorros Benéficas). Habría que esperar a redefinición de la Confederación en 1990, para que volviera a revalorizarse la obra benéfica de las Cajas de Ahorros, aunque con otro nombre. En efecto, la Obra asistencial se recuperó del mínimo alcanzado en ese año, a costa de la obra cultural, que había llegado nada menos que al 57,4% de toda la Obra social.

CONCLUSIONES

El fin del franquismo y la instauración de la democracia tuvieron hondas repercusiones sobre el sistema financiero español y las Cajas de Ahorros. Las reformas financieras de Fuentes Quintana de 1977 transformaron radicalmente la organización de las Cajas de Ahorros: por un lado, modernizaron y democratizaron sus órganos de gobiernos y, por otro, dieron a las Cajas la ansiada equiparación operativa con la Banca. Desde este año se inició una nueva etapa, en la que las Cajas de Ahorros comenzaron a mostrar su afán competitivo, entre sí y con los bancos y cooperativas de crédito. Conseguido el objetivo fundacional básico de la CECA, de igualar legalmente las Cajas con los Bancos, las Cajas de Ahorros pudieron desplegar mejor sus estrategias competitivas y comenzaron a ganar cuotas de mercado. Resalta el hecho de que las Cajas de Ahorros sortearon sin apenas contratiempos la crisis económica y financiera iniciada en 1975; se confirmó, una vez más, que las Cajas resisten mejor las crisis que los Bancos ¹¹. Además, la solidaridad entre ellas se puso de manifiesto cuando algunas Cajas —muy pocas— atravesaron por problemas de liquidez, consiguiendo salvarlas, a través de la Confederación, antes de que los problemas salieran a la luz pública y sin que tuviera que intervenir abiertamente ni el Banco de España ni el Fondo de Garantía de Depósitos en las Cajas de Ahorros ¹².

Por lo que se refiere a las inversiones de las Cajas de Ahorros en la transición a la democracia, cabe concluir lo siguiente. La reorientación de las inversiones de las Cajas de Ahorros a partir de 1977 tuvo dos características: la disminución progresiva del coeficiente de inversión obligatoria y la regio-

¹⁰ Véase Comín (2005).

¹¹ Véase Martínez Soto (2000 y 2003).

¹² Para la solidaridad de las Cajas como estrategia empresarial, véase Bátiz-Lazo (2004).

nalización de las inversiones, a medida que se iba conformando el Estado de las Autonomías. En esta etapa se inició la gestión responsable, en condiciones de mercado, de la Deuda pública, pero tardó en consolidarse, de manera que las Cajas siguieron suscribiendo la parte de la misma no suscrita por el público, porque la Confederación Española de Cajas de Ahorros aseguraba parte de las emisiones, y, desde luego, las Cajas de Ahorros tuvieron que renovar la suscripción de bonos del tesoro y de cédulas para inversiones. La colaboración en estas emisiones se hizo con cierta resistencia por parte de algunas Cajas, pero los argumentos del Ministerio de Economía eran contundentes: o colaboración voluntaria o aumento del coeficiente de caja retribuido; las Cajas, como la Banca, optaron por la primera opción.

La nueva territorialización de las inversiones de las Cajas de Ahorros provocó abundantes discusiones en el seno del Consejo de la CECA; las Cajas de Madrid y Barcelona suscribieron emisiones de sus Ayuntamientos, y se aprobó que se les rebajase proporcionalmente su obligación de suscribir títulos del Estado, del INI y de otras empresas públicas. Esto se hizo con la oposición de las Cajas pequeñas y medianas de las zonas donde sus municipios no emitían deudas locales, porque tuvieron que cargar con un mayor porcentaje de obligaciones del INI que tenían menor rendimiento.

Adicionalmente, en esta fase de crisis económica, con una notable atonía de la demanda de financiación por parte de las grandes empresas, destaca que la Confederación Española de Cajas de Ahorros negoció voluminosas emisiones con las empresas eléctricas, y también que se decidió que actuase como aseguradora de emisiones libres realizadas por otras empresas.

Por lo que se refiere a los préstamos de regulación especial, a partir de 1977, hay que destacar dos cuestiones: por un lado, el coeficiente de esos préstamos se aumentó en un punto para que las Cajas de Ahorros concedieran créditos a la exportación de las pequeñas y medianas empresas; por otro lado, las Cajas participaron en la financiación de la Deuda local, bien es cierto que libremente, pero tras una decisión impuesta por el Gobierno. Las gestiones de Confederación mejoraron las condiciones de esos créditos, concedidos a través del Banco de Crédito Local, porque negoció globalmente el préstamo en nombre de todas las Cajas. Finalmente, se ha comprobado que las Cajas de Ahorros no querían tener un competidor en la Confederación, sino solamente un apoyo. Por ello, las Cajas negaron a la CECA la posibilidad hacer ninguna operación que no fuese con las Cajas, con la excepción de comprar y vender valores y de crear sociedades filiales al servicio de las Cajas.

Por lo que se refiere a la Obra social de las Cajas de Ahorros, hay que concluir que un objetivo fundamental del Decreto 2290 era fortalecer los recur-

sos propios de las Cajas de Ahorros para que, ante el nuevo entorno competitivo, aumentara el coeficiente de garantía. Esto acentuaba su transformación en entidades financieras capaces de mejorar su eficiencia para aumentar y perfeccionar su Obra social. Por otro lado, otra finalidad fundamental del Decreto de 1977 era devolver la autonomía a las Cajas de Ahorros para realizar su Obra social. La consecuencia fue que, desde 1975 a 1985, la distribución de la Obra benéfico social de las Cajas de Ahorros cambió drásticamente, destacando el hecho de que la Obra cultural y la Obra docente aumentasen su peso en el total, mientras que la Obra sanitaria y la Obra asistencial disminuyeron su importante. Las Cajas estaban tratando de huir de su calificación tradicional de entidades benéficas, para apostar por la cultura y la educación.

BIBLIOGRAFÍA

- Bátiz-Lazo, B. (2004), "Strategic Alliances and Competitive Edge: Insights from Spanish and UK Banking Histories", *Business History*, 46, 23-56.
- Cals Güell, J. (2005), Barcelona, Ariel. *El éxito de las Cajas de Ahorros. Historia reciente, estrategia competitiva y gobierno*
- Comín, F. (2001), "Las Cajas de Ahorros en la España contemporánea (1835-2000)", en *Ibercaja, una aportación al desarrollo económico y social, 1876-2001. 125 aniversario*, Zaragoza, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja.
- (2003), "La Confederación Española de Cajas de Ahorros: asociación representativa, caja de cajas y proveedora de servicios (1928-2003)", *Economistas*, 98, 36-45.
- (2004a), "La Confederación Española de Cajas de Ahorros entre 1971 y 1976", en *Estudios en homenaje a Luis Ángel Rojo*, II, Madrid, Editorial Complutense, 339-357.
- (2004b), *Historia de la Cooperación entre las Cajas. La Confederación Española de Cajas de Ahorros (1928-2003)*, Madrid, Publicación interna de la CECA
- (2005), "El nuevo papel de la CECA y las Cajas ante las mayores exigencias de financiación del Estado (1957-1963)", *Papeles de Economía Española*, 105/106, 27-47.
- (2006a), *Historia de la cooperación entre las Cajas. La Confederación Española de Cajas de Ahorros, 1928-2003*, en vías de publicación por la CECA.
- (2006b), "Los Planes de Desarrollo, la CECA y las Cajas de Ahorro (1964-1970)", en *Homenaje a Ernest Lluch*, Barcelona, Fundación Ernest Lluch (en prensa).
- y E. Torres (2003), "Una historia urgente de la Confederación Española de Cajas de Ahorros", *Papeles de Economía Española*, 97, 246-284.
- y E. Torres (2005), "La Confederación Española de Cajas de Ahorros y el desarrollo de la red de servicios financieros de las Cajas de Ahorros durante el siglo XX (1900-1976)", *Papeles de Economía Española*, 105/106, 48-64.
- Confederación Española de Cajas de Ahorros Benéficas, *Libros de Actas del Consejo de Administración de la Confederación Española de Cajas de Ahorros correspondientes a los años 1977 a 1982*, Archivo de la Secretaria General de la CECA.

- Lagares, M. (2002), “La Hacienda Pública en las facultades de Ciencias Económicas y en la sociedad española durante la segunda mitad del siglo XIX”, en E. Fuentes Quintana (dir.) (2002), *Economía y Economistas españoles, vol. VII, La consolidación académica de la Economía*, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, pp. 571-615.
- Lagares, M., y J. M. Neira (2003), *Diego Medrano y Treviño. Creador de las Cajas de Ahorros Españolas*, Madrid, CECA.
- López Yepes, J.; L. Palacios; F. Sagrado, y M. Titos (1989), *La Obra Social de las Cajas de Ahorros Españolas. Orígenes y evolución histórica*, Madrid, CECA.
- Martínez Soto, A. P. (2000), “Las Cajas de Ahorros españolas en el siglo XIX: entre la beneficencia y la integración en el sistema financiero”, *Revista de Historia Económica*, XVIII, 3, 585-628.
- Martínez Soto, A. P. (2003), “Las Cajas de Ahorros españolas en el siglo XIX. Los orígenes del sistema (1839-1875)”, *Papeles de Economía Española*, 97, 174-203.
- Salas V. (2003), “El gobierno de las Cajas de Ahorros”, en *Presente y futuro de las Cajas de Ahorros*, Fundación Caixa Galicia y Analistas Financieros Internacionales, pp. 201-275.
- Pérez, F. (2003), “Presente y futuro de las Cajas de Ahorros en el sistema bancario español”, en *Presente y futuro de las Cajas de Ahorros*, Fundación Caixa Galicia y Analistas Financieros Internacionales, 60-198.
- Quintás, J. R. (2003), “Las Cajas de Ahorros Españolas en el siglo XXI: Modernización y Capital Social”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, 77, 1-26.
- Serrano Sanz, J. M. y E. Pardos (2002), “Los años de crecimiento del franquismo (1959-1975)”, en F. Comín, M. Hernández y E. Llopis (eds.), *Historia Económica de España. Siglos X-XX*, Barcelona, Crítica, 369-395.
- Titos, M. y J. Piñar (1993), *Ahorro popular e inversión privilegiada. Las Cajas de Ahorros en España, 1939-1975*, Madrid, Caja de Madrid.
- Torres, E. (2005), “Intervencionismo estatal y cambios en el marco regulador de las Cajas de Ahorros durante el primer franquismo (1939-1957)”, *Papeles de Economía Española*, 105/106, 16-25.

BANCA E INDUSTRIA EN ESPAÑA

M.^a Ángeles Pons Brias
Universidad de Valencia

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. BANCA E INDUSTRIA EN EL SIGLO XIX: LA BANCA MIXTA Y LA CONCENTRACIÓN DE RIESGOS.—II. ESTRECHANDO LAS RELACIONES ENTRE LA BANCA Y LA INDUSTRIA: EL IMPULSO DE LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL.—III. LA BANCA EN LA POSGUERRA Y LA AUTARQUÍA.—IV. EL IMPACTO DE LA CRISIS DE LOS SETENTA Y LA EVOLUCIÓN DE LA BANCA MIXTA HASTA FINALES DEL SIGLO XX.—CONCLUSIONES.—FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La banca mixta tiene una larga tradición en España. El concepto de banca mixta es muy amplio y se refiere a entidades que además de la típica actividad de intermediación ofrecen una amplia gama de servicios. Si utilizamos un concepto más restringido, los bancos mixtos son aquellos que poseen participaciones de empresas industriales y tienen representantes en los consejos de administración de las empresas vinculadas, e incluso en algunos casos monitorizan la actividad de estas empresas. En el caso de los bancos españoles, las principales entidades se han caracterizado durante gran parte de su historia por tener una considerable cartera de valores industriales y representantes en los consejos de administración de las empresas participadas, aunque no han intervenido directamente en la gestión de dichas empresas, a diferencia de lo que sucede en otros países con banca universal o mixta como Alemania. Se ha discutido mucho sobre las bondades e inconvenientes de este tipo de entidades frente a la banca típicamente comercial tanto desde el punto de vista teórico (Shleifer y Vishny 1997) como práctico (Stenherr 1996). Las principales ventajas de este tipo de entidades son tres. En primer lugar, la mayor información. En un mercado con información asimétrica como es el financiero, la participación de los bancos en empresas permite que la entidad bancaria tenga un mejor conocimiento no sólo de las empresas participadas sino también del sector en su conjunto. En segundo lugar, los bancos mixtos

tienen un claro incentivo a favorecer el buen funcionamiento de las empresas participadas y, por tanto, tenderán a monitorizar sus actividades. En tercer lugar, al llevar a cabo un mayor tipo de actividades este tipo de bancos puede diversificar el riesgo. Sin embargo, las críticas a este tipo de entidades han sido numerosas. En primer lugar, muchos autores insisten en que a pesar de la diversificación de actividades, estas entidades tienden a incurrir en un excesivo riesgo: dependen del comportamiento de la bolsa y cuando las empresas participadas tienen problemas, el banco puede intentar evitar la liquidación de las mismas aunque en el largo plazo eso pueda ser perjudicial para la entidad. En segundo lugar, se ha destacado los problemas asociados a un excesivo tamaño de este tipo de bancos. Se ha acusado a estas entidades de representar una excesiva concentración de poder y facilitar las conductas oligopolistas. Por otro lado, cuando este tipo de bancos tiene problemas las autoridades monetarias del país tienden a ayudarlas ya que son “demasiado grandes para quebrar” (Rich y Walter 1993, p. 309). En tercer lugar, pueden aparecer conflictos de interés entre el banco y las empresas participadas. No está claro a quién beneficia dicha participación: si al banco, a la empresa o a ambos. Por ejemplo, Zoido (1998) afirma que en España en las últimas décadas la participación bancaria ha sido beneficiosa tanto para los accionistas como para los acreedores de las empresas vinculadas cuando éstas han participado en Bolsa si el nivel de endeudamiento no era muy alto. Sin embargo, Berges y Sánchez Villar (1991) no encuentran relación entre participación bancaria, valor bursátil y el PER de las empresas vinculadas. Cuervo Cazorra (1999) encuentra, sin embargo, una relación negativa entre rentabilidad y participación bancaria. Por tanto, ni tan siquiera para la actualidad hay consenso sobre a quien beneficia este tipo de relación entre banca e industria.

En los años sesenta del siglo xx se realizaron toda una serie de trabajos que siguiendo la investigación realizada por Fermín de la Sierra (1953) valoraban de forma negativa la vinculación que en España habían tenido los grandes bancos con la industria, destacando especialmente el excesivo poder de estas entidades sobre el conjunto de la economía (Muñoz 1969, Muñoz, Roldán y García Delgado 1973). Sin embargo, como vamos a tratar de demostrar en este trabajo, para poder entender las características de un sistema financiero y su repercusión en el funcionamiento de la economía hay que tener en cuenta diversos aspectos. En primer lugar, la situación económica del país. Como señala Temin (1998) las características de un sistema financiero no son independientes de las del conjunto de la economía: nivel de desarrollo, papel del estado y necesidades de financiación del mismo, lo que a su vez afectará a las características de los depósitos (grado de profundización del sistema financiero, madurez de los depósitos, etc) y de los créditos (nivel de riesgo de los demandantes). En segundo lugar, la legislación. Como veremos, ambos

factores condicionaron las características y el funcionamiento de los bancos españoles. A continuación analizaremos cuales fueron los factores que determinaron la configuración del sistema de banca mixta en España, cuáles fueron los rasgos más importantes de estas entidades y de qué forma se plasmó la relación entre los bancos y las empresas industriales en este país.

I. BANCA E INDUSTRIA EN EL SIGLO XIX: LA BANCA MIXTA Y LA CONCENTRACIÓN DE RIESGOS

La consolidación de un sistema financiero desarrollado no se inicia en España hasta mediados del XIX. En este período España era un país atrasado, con un sistema financiero muy débil y, como veremos, tremendamente condicionado por las necesidades de la hacienda. En la primera mitad del siglo XIX el número de entidades bancarias tal y como las conocemos en la actualidad era escaso y en el sistema financiero predominaban los comerciantes banqueros. Aunque había diferentes modalidades de comerciantes banqueros con diferente capacidad de actuación, ellos fueron el principal mecanismo de financiación hasta mediados del siglo XIX (García López 1989). Prestaban, descontaban avales, giraban efectos a corto plazo, comerciaban con monedas de diferentes países e incluso algunos también comerciaban al por menor, admitían depósitos y muchos compatibilizaban la banca con el comercio, si bien poco a poco se fueron especializando en la actividad de intermediación. De un lado operaban los comerciantes banqueros de carácter nacional que operaban en Madrid y Barcelona y tenían corresponsales en otras zonas, y de otro lado los comerciantes banqueros regionales y locales. El número de comerciantes banqueros en 1879 se situaba en torno a 150, con una importante concentración en Madrid y su número fue en aumento hasta alcanzar la cifra de 239 en 1897, produciéndose además una mayor diversificación geográfica.

Hasta 1848 el marco legislativo era bastante liberal y la creación de un banco no requería autorización previa. En ese momento tan sólo existía un banco por acciones, el Banco Español de San Fernando, constituido en 1829 como continuador del Banco de San Fernando. Sin embargo, esta entidad centraba su actividad en el sector público, obteniendo a cambio el privilegio de emisión, pero sufriendo las consecuencias de los graves problemas por los que atravesaba la hacienda. Sólo entre 1844 y 1847 el Banco tuvo una activa política crediticia orientada al sector privado, en parte por la competencia con el Banco de Isabel II fundado en 1844. Este aumento de competencia se realizó sin observar las mínimas normas de prudencia bancaria lo que provocó serios problemas entre 1847/48 que sólo fueron resueltos mediante la inter-

vención del estado, refundándose el Banco de Isabel II y el Banco Español de San Fernando para crear el Nuevo Banco de San Fernando. Aunque en los años anteriores a 1848 se produjo una cierta expansión bancaria, fundándose algunos bancos sin privilegio de emisión como el de Cádiz (1843), Barcelona (1843), Zaragoza (1846) y Valencia (1846), el sistema financiero estaba claramente subdesarrollado. Para algunos autores este subdesarrollo financiero fue un factor determinante para la economía española al suponer una clara restricción de crédito. La pregunta que sin duda se plantea es ¿por qué no surgieron más entidades bancarias si realmente había demanda y el marco no era muy restrictivo? Probablemente la respuesta a esta pregunta es que dicha demanda no existía y que los comerciantes banqueros y los mercados informales de crédito fueron capaces de ofrecer los servicios necesarios (Tedde 2001, p.146). A partir de 1848 la situación cambió, y se acabó la permisividad para crear nuevas entidades con las leyes de sociedades por acciones.

La primera expansión importante del sistema financiero español se produjo entre 1856 y 1864. Esta expansión se vio favorecida por dos hechos. En primer lugar, en 1856 se modificó el marco legislativo y se liberalizó de nuevo, promulgándose la Ley de Bancos de emisión y la Ley de Sociedades de crédito. La Ley de Bancos de emisión permitía que en cada plaza hubiese un banco emisor (o sucursal del Banco de España), si bien se establecían límites tanto a su capacidad emisora como a las operaciones que podían llevar a cabo. Con respecto a la Ley de Sociedades de crédito, se produjo una verdadera expansión que se centró fundamentalmente en Madrid (con once entidades) y Barcelona (con cinco), y en el resto de ciudades sólo se abrió una o dos: Valencia, Valladolid, Santander, Bilbao y Cádiz. Este mismo año se le concede al Banco Español de San Fernando, entidad privada, el nombre de Banco de España. En segundo lugar, la aprobación en 1855 de una Ley de Ferrocarriles tuvo mucho que ver con la expansión financiera. A partir de este momento se produjo una importante entrada de capitales extranjeros a través de los bancos de inversión franceses.

Dado el nivel de desarrollo del país esta expansión financiera debería haber sido más que suficiente, sin embargo, el problema es que no tuvo unas bases muy sólidas. De ese modo el número de bancos pasa de cinco sociedades por acciones en 1854 a 58 en 1865, cayendo a 30 en 1870 y a 22 en 1874. El desarrollo de las sociedades de crédito se vio acompañado de un desarrollo de las cajas de descuento que consiguieron una cuota de mercado significativa. Y lo mismo pasó con la caja de depósitos, una especie de caja oficial creada en 1852. Pese a que la banca no consiguió un nivel muy elevado de penetración en la economía, las sociedades bancarias lograron movilizar una parte significativa del ahorro. Con respecto al Banco de España, esta entidad

entre 1857 y 1873 tuvo una relativa prosperidad aunque pasó por tres crisis: 1857, 1861 y 1866, en gran medida por la necesidad continua de hacer frente a las necesidades del gobierno.

En 1866 y los años subsiguientes se produjo una importante crisis financiera que hizo cambiar las cosas. Sin duda el origen la crisis de 1866 es una clara muestra de los problemas de concentración de riesgos que pueden tener los bancos mixtos, ya que la causa de la misma fue la excesiva concentración de riesgo crediticio en el sector de los ferrocarriles. La expansión del ferrocarril en España se produjo de forma relativamente rápida y sin que se produjese un crecimiento paralelo de los servicios ofrecidos por el ferrocarril de tal forma que cuando estas compañías fracasan arrastraron consigo al sistema financiero (Tedde 1974, p.235). Como además los bancos tenían también una fuerte vinculación con el estado y mantenían grandes cantidades de deuda pública, cuando como consecuencia de las dificultades de la hacienda las cotizaciones caen, la situación de las entidades empeora y el público trata de desprenderse de los activos bancarios y de retirar sus depósitos provocando un verdadero pánico bancario y una crisis bursátil. Como consecuencia de la crisis de los setenta bancos fundados apenas sobrevivieron quince.

El impacto sobre la actividad económica fue muy grave. A la pérdida de riqueza de aquellos que habían invertido sus ahorros en Bolsa, se unieron: 1) una importante falta de liquidez, 2) una fuerte contracción monetaria y 3) una escasez muy importante de recursos financieros. Las primeras en experimentar la crisis fueron las entidades de Valladolid, para posteriormente pasar a Barcelona, donde la Sociedad de Crédito y Fomento fue liquidada en 1868 y el resto (Crédito Mercantil y Catalana General de Crédito) consiguieron capear el temporal. En Valencia la Sociedad Valenciana de Crédito y Comercio se vio herida de muerte desde 1866 hasta desaparecer tras una lenta agonía en 1879. También el Crédito Valenciano tuvo problemas hasta liquidarse en 1875. En Madrid la crisis fue devastadora, ya que de las nueve sociedades de crédito existentes la crisis barrió a cinco y sólo sobrevivieron cuatro con grandes dificultades. La única entidad que supo sortear el temporal fue el Crédito Mobiliario Español. Con respecto a los banqueros particulares, todo parece indicar que al estar su actividad más vinculada a la financiación a corto plazo y no tener una gran influencia en el desarrollo industrial y en la financiación a largo, no sufrieron especialmente la crisis. Con respecto a los bancos hipotecarios que tenían una estrecha relación con el estado, también tuvieron escasa suerte: el Banco Popular Español se liquida en 1885, y el Banco Territorial de España no llegó a funcionar.

En 1874 mediante el Decreto Echegaray se concedió el monopolio de emisión al Banco de España y se produjo un cambio importante en nuestra

historia bancaria. El resto de bancos emisores o bien podrían fusionarse con el Banco de España o pasar a ser un banco comercial como el resto y la mayoría de entidades optaron por lo primero. Sin duda hay que vincular esta decisión a la necesidad de resolver los problemas de la Hacienda, y que de esta forma el estado creó un prestamista incondicional a cambio del monopolio de emisión. Así el banco debía suministrar de fondos al Tesoro Público mediante descuentos y anticipos que formarían una deuda flotante que se transformaría periódicamente en deuda consolidada. Como contrapartida pondría en circulación billetes, estableciéndose unos límites de emisión, que se fueron revisando periódicamente en función de las necesidades del estado. De esa forma se establece un proceso de monetización directa de la deuda frente a la indirecta que se crea más tarde con la deuda automáticamente pignorable. El resultado fue un importante crecimiento de las emisiones de deuda¹ y de la cantidad de dinero. A partir de ese momento el Banco de España se hizo fuerte y no hay duda de que dada su importante red de sucursales actuó como un importante mecanismo de integración del mercado financiero. Entre 1874 y 1892 se inauguraron 56 sucursales. Aunque la labor de estas sucursales no era muy intensa al actuar como meros intermediarios entre la central del Banco de España en Madrid y el Tesoro, contribuyeron a extender el uso de las prácticas bancarias por las zonas del país en las que no había existido un banco hasta entonces (Anes 1974. pp. 167-171) El otro gran beneficiado fue el sector público que obtuvo cantidades ingentes de recursos frente al sector privado. Con todo esto el sistema bancario creció más que la economía aunque eso no necesariamente implica que se modernizase.

A partir de 1880 se produce una nueva expansión de sistema financiero creándose 17 bancos en 1881², y al año siguiente 25 sociedades de crédito³. Sin duda, y de nuevo, esta expansión estuvo vinculada al desarrollo del ferrocarril y a la fuerte especulación de los valores bancarios en estos años que acabó en un colapso bolsístico en 1881-82 y que se prolongó hasta 1886. Como consecuencia de dicho colapso la banca catalana y madrileña mostraron su clara debilidad y se liquidaron muchos bancos⁴. Entre 1885 y 1890 hay una ligera recuperación, que en Madrid no es tal ya que hay una ralentización muy importante del crecimiento. En Barcelona algunas entidades

¹ Las emisiones de deuda pública en el período 1867-1868 se elevaban a 5.540,7 millones de pesetas y en 1873-1874 alcanzó la cifra de 10.177,6 millones.

² Se crearon trece bancos catalanes, uno madrileño, dos valencianos y uno balear.

³ De estas 25 entidades había quince catalanas, cuatro madrileñas, cuatro barcelonesas, una valenciana y una de Segovia.

⁴ En Madrid como la expansión había sido más modesta, el impacto de la crisis fue menor, sin embargo, en Cataluña de los 27 bancos que se crearon entre 1881 y 1884 se liquidaron siete, y probablemente aunque hay menos datos dos más. También los bancos valencianos tuvieron problemas.

como el Banco de Barcelona o el Hispano Colonial y el Crédito Mercantil consiguieron salvar su situación frente a otras entidades que o bien estuvieron a punto de liquidar (la Catalana) o liquidaron (el Banco de Cataluña, Crédito Español, o Banco Franco Español). Quizá la plaza que menos sufrió la crisis fue Bilbao. El resto de bancos de otras zonas sufrieron estancamiento. La situación es más grave en 1890, año en el que hubo una crisis bancaria en Inglaterra con repercusiones internacionales que afectó no sólo a través de las entidades extranjeras que pudieron verse arrastradas por la misma —como la banca Rostchild— sino por las repercusiones que tuvo en el mercado de valores. Esta crisis se llevó por delante a muchas entidades como el Banco de Cataluña, el Crédito General de ferrocarriles, el Franco Español, el Crédito Español, el Banco General de Madrid o el Banco Español Comercial, debilitándose la actividad de otras muchas compañías.

Por tanto, a finales de siglo el sistema financiero español está formado por tres tipos de bancos: los más dependientes de las necesidades del gobierno (Banco de España e Hipotecario), los que formaban el eje Madrid-Barcelona a través del Banco de Barcelona, Crédito Mercantil, Banco de Castilla, Banco Hispano Colonial y, por último, la banca vasca, en concreto el Banco de Bilbao. La evolución del sistema financiero estuvo muy condicionada por la fuerte necesidad de fondos de la hacienda y por las crisis de 1866, 1880/81 y 1890. Así, a finales de siglo la mayor parte del sector financiero había atravesado innumerables problemas, siendo la banca vasco-navarra la única con una buena trayectoria. Los únicos elementos que consiguieron revitalizar a la banca fueron el aumento de los depósitos y las entradas de capital procedentes de América, especialmente de Cuba, México y Argentina, y el crecimiento de algunas actividades industriales, especialmente aquellas que se vieron beneficiadas por la política proteccionista. En los últimos diez años del siglo se crearon entidades tales como el Banco de Comercio, Fomento Agrícola, Crédito y Ahorro de Barcelona o el Banco Militar y de Comercio. En 1899 se crean el Banco de Oviedo y el de Gijón y más tarde se fundan sociedades de crédito en Valladolid, Burgos, Cartagena y Sevilla. A partir del inicio del siglo la expansión se acentúa. En 1900 nace el Banco de Andalucía y el de Valencia y en 1908 el Comercial español. También se crean el Banco de Vigo, el Banco de Vizcaya y el Crédito de la Unión Minera, y en Madrid el Banco Hispano Americano y el Español de Crédito.

La expansión bancaria se vio acompañada de un importante movimiento de absorciones y fusiones que aumentó la concentración. Además se produjo una importante expansión vía sucursales, si bien es cierto que a la altura de 1916 sólo una veintena de entidades disponía de sucursales (Pueyo 2003 p. 404) siendo los bancos con mayor número de oficinas el Banco de Cartagena (18) y el Agrícola (11) seguido por el Hispano Americano (8), el Gui-

puzcoano (7) y el Mercantil de Santander (6). Evidentemente, el número de oficinas que tenían las entidades bancarias en el primer tercio del siglo tiene poco que ver con la consolidación de lo que fueron los grandes bancos del siglo xx. Las cuatro entidades que se consolidaron a principios de siglo fueron el Banco de Bilbao, el Banco de Vizcaya, el Hispano Americano y el Español de Crédito mientras que por el contrario lo que se observa es una clara decadencia de la banca catalana que ya se había iniciado en 1883. En este período, además, los bancos españoles se hicieron más “mixtos”, si bien habían diferencias entre las entidades: por ejemplo, el Banco de Bilbao estaba más involucrado en la actividad real mientras que el Español de Crédito estaba más ligado a las actividades de descuento y giro.

II. ESTRECHANDO LAS RELACIONES ENTRE LA BANCA Y LA INDUSTRIA: EL IMPULSO DE LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL

Sin duda el factor que contribuyó a la definitiva consolidación del sistema bancario español fue la neutralidad española durante la Primera Guerra Mundial, y el impulso económico que la misma supuso. Las causas de dicha expansión bancaria fueron dos. En primer lugar, la afluencia del ahorro empresarial generado como consecuencia del incremento de la actividad económica, lo que a su vez permitió aumentar la actividad crediticia, y en segundo lugar, la prosperidad de los negocios en los que la banca española tenía intereses. Así entre 1915 y 1920 la expansión bancaria fue muy importante y el número de entidades pasó de 52 a 91 (Martín Aceña 2005, p. 7). Se produjo un crecimiento tanto en el volumen de activos como en el capital desembolsado. También se crearon algunas entidades que en el futuro iban a tener un importante crecimiento como el Banco Urquijo fundado en 1918 o el Central en 1920 y se produjo la transformación de casas de banca en bancos como es el caso de la casa Masaveu y Cia que pasa a ser el Banco Masaveu, Manual Caicoya y Hermano y José Sela y Sela que se transforman en el Banco de Oviedo, la Casa López Quesada que pasa a ser el Banco López Quesada en Madrid, y la firma Fábregas y Recaséns que se convierte en el Banco de Cataluña (Martín Aceña 2005, p. 8). A lo largo de este primer tercio de siglo las casas de banca van a desaparecer del mapa financiero español.

En ese período se intensifica el carácter mixto de los bancos españoles, centrándose el interés de los bancos en las grandes compañías. Como señalan Roldán, Muñoz y García Delgado (1973): “La interrelación entre banca e industria como rasgo definitorio de la Sociedad capitalista en España, rasgo que, si bien comienza ya a delimitarse desde finales del xix, es durante los

años aquí estudiados cuando se refuerza en base a la acumulación de capital de todo el período”. El proceso de acumulación de capital que tiene lugar durante la guerra junto con la posibilidad de obtener liquidez a través de la pignoración de la deuda pública permitió sin duda a la banca aumentar la financiación de la actividad industrial. Este aumento de la relación banca-industria se puede observar a través de dos indicadores. El primero, la cartera industrial, y el segundo las relaciones establecidas a través de los representantes que tenían los bancos en los consejos de administración de las empresas. Los cuadros 1 y 2 ofrecen información sobre ambas cuestiones. En el Cuadro 1 se observa un aumento de la participación de la cartera de valores industriales tanto respecto al total de activo como respecto al total de préstamos. Los bancos participaron especialmente en las empresas siderúrgicas, eléctricas, transportes, seguros, maquinaria, minería y construcción. Con respecto a las relaciones a través de consejeros comunes, la información disponible para los años 1922 y 1944 (Cuadro 2) no es homogénea y, por tanto, no podemos conocer su evolución. En cualquier caso, aunque la tesis tradicional ha mantenido que gracias a esta presencia los bancos controlaron el sector industrial y ejercieron un auténtico poder de mercado, como señala Pueyo (2003, p. 423) de momento no disponemos de estudios que demuestren que los consejeros bancarios controlasen realmente la gestión de estas empresas.

Cuadro 1
Relación entre la cartera de valores industriales y otras partidas del balance, 1923-1934 (cifras en millones de pesetas)

	Total Activo	Cartelera de Valores Industriales	Total Préstamos	Cartera Valores Industriales/Activo (%)	Cartera Valores Industriales/Total Préstamos (%)
1923	21.013	670,5	996,1	3,19	67,31
1925	22.001		806,4		
1930	32.042	1.376,2	2.433,0	4,29	56,56
1934	33.874	1.417,7	1.572,7	4,19	90,14

Fuente: Tortella y Palafox (1983) y Martín Aceña y Pons (2005).

Si bien el auge temporal de la guerra favoreció el crecimiento de la actividad de intermediación financiera, el final de la guerra provocó una importante crisis que se manifestó con especial gravedad en Barcelona con la quiebra del Banco de Barcelona. La crisis de posguerra se caracterizó por un fuerte proceso de deflación vinculado a la fuerte caída de las exportaciones. El fin de la guerra mostró claramente que muchas de las empresas y de las

Cuadro 2

La representación de los bancos españoles en los consejos de administración

Banco	1921		1944 (2)		1967	
	Empresas	Consejeros (1)	Empresas	Consejeros (1)	Empresas	Consejeros (1)
Hispano	28	36	15	30 (1)	143	184 (53)
Español	47	63	25	41 (8)	271	358 (95)
Central			10	23 (3)	220	354 (69)
Bilbao	91	128	15	31 (5)	232	388 (78)
Vizcaya	64	150	19	60 (5)	254	429 (90)
Urquijio	67	107	13	24 (6)	178	219 (66)

Notas:

(1) Incluye el número total de representantes en los Consejos de Administración de las empresas + los directivos (presidente, vicepresidente y directores). La cifra entre paréntesis indican el número de miembros de los Consejos de Administración que eran Presidentes de una empresa. (2) el año 1944 sólo incluye información para una muestra de empresas.

Fuente: 1922: Muñoz, Roldán y Delgado (1973), 1944: De la Sierra del la (1953) y 1967: Muñoz (1969).

entidades bancarias creadas durante el conflicto eran inviables. Uno de los primeros bancos que tuvo problemas fue el Banco de Barcelona, y el resto de entidades consiguieron capear el temporal hasta 1925 cuando algunos bancos, especialmente algunos bancos vascos con fuertes relaciones con la industria, entraron en suspensión de pagos o quebraron sin que el Banco de España acudiese en su ayuda. El 50 por ciento de las empresas creadas entre 1916 y 1920 fueron disueltas entre 1919 y 1923. Sin duda la Ley de Ordenación Bancaria (LOB) de 1921 fue un intento de regular la situación. Como señala Martín Aceña (1985, p. 126), esta ley supuso una ruptura respecto a un período caracterizado por una relativa libertad en el terreno bancario. Según los contemporáneos el objetivo de la LOB de 1921 era evitar que se volviese a producir una situación como la vivida con la quiebra del Banco de Barcelona (Pueyo 2003 p. 425), sin embargo, su finalidad era más amplia. Los principales objetivos que perseguía esta Ley eran dos. En primer lugar, la transformación del Banco de España en un verdadero banco central. La Ley pretendía que el Banco de España consiguiese hacerse cargo del control monetario, para lo cual limitó la cantidad de billetes en circulación y el volumen de dinero que el tesoro podía obtener del Banco de España. En segundo lugar, la LOB bancaria intentó reestructurar y regular el sector bancario. Se definió el concepto de banco y se creó un Registro de bancos y banqueros en el que debían inscribirse aquellas entidades que cumpliesen con los requisitos expresados en la Ley. Finalmente, las autoridades introdujeron un con-

junto de controles adicionales destinados a regular las actividades realizadas por los bancos e instrumentaron mecanismos de supervisión. Además la Ley creó el Consejo Superior Bancario, que venía a sustituir al antiguo Comité Central de la Banca española, y que pasaba a constituirse en el medio oficial de comunicación entre la banca privada y las autoridades. Esta institución no sólo se encargó de supervisar el correcto funcionamiento de las entidades bancarias sino que pasó a controlar otros aspectos esenciales tales como los requerimientos mínimos de capital exigidos a cada institución financiera, el tipo de interés mínimo para los depósitos o la ratio entre el capital desembolsado y la cifra de reservas más depósitos. Además de la LOB de 1921, la otra reacción ante la crisis fue un aumento de la demanda de protección que quedó reflejada en la tarifa de 1922 que era una tarifa proteccionista.

Excepto el Crédito de la Unión Minera que desapareció en los años veinte y el Banco Central que también tuvo problemas, el resto de grandes bancos salieron bien parados de la crisis. Los grandes perdedores fueron los bancos extranjeros y los dos bancos nacionales que acabamos de señalar. En estos años los grandes bancos nacionales, junto con algún banco regional que logró subir en el ranking y mejorar su posición, iniciaron una estrategia de apertura de sucursales que les permitió consolidarse, introduciéndose en zonas en las que hasta ese momento habían funcionado mayoritariamente los bancos locales. Así por ejemplo, en Valencia en este período se produce la expansión de los bancos nacionales, teniendo la mayor expansión el Banco Hispano Americano que pasó de tres sucursales en 1919 a 11 en 1926, el Banco Español de Crédito, que no tenía sucursales en 1919 y pasó a tener 12 en el año 1926, y el Banco de Vizcaya que tampoco tenía sucursales en 1919 y que en 1926 tenía 16 sucursales (Pons 2006).

La crisis internacional de 1929 de nuevo afectó a algunas entidades, e incluso hubo alguna suspensión de pagos y quiebra, pero en términos comparativos la crisis tuvo un impacto inferior a otros países⁵, del mismo modo que también el impacto de la misma sobre el resto de sectores de la economía fue inferior. De cualquier forma, los problemas del sector durante la depresión de los años treinta, junto con la necesidad de adaptación de la regulación financiera española a un cambio en la coyuntura internacional en la que, en general, las legislaciones bancarias tendieron a ser mucho más intervencionistas motivaron una reforma de la LOB de 1921. Esta reforma trató de aumentar la influencia del gobierno en el Banco de España y de conseguir el control de la política monetaria, aunque sin duda la consolidación del Banco

⁵ La crisis afectó especialmente a los bancos extranjeros, y su impacto fue limitado para el conjunto de la banca gracias a la actuación del Banco de España en 1931 (Tedde 2001, p. 153).

de España como autoridad monetaria no se produjo hasta después de la Guerra civil.

En este período se produjo un cambio significativo en la operativa del sistema financiero: a diferencia de lo que había sucedido en el último cuarto del siglo XIX en el que el banco emisor debía cubrir directamente el déficit del Tesoro, en este período la emisión de deuda pública pignorable provocó que pasase a ser la banca privada la que se encargase de suministrar recursos al estado mediante la adquisición de deuda pública automáticamente pignorable que a demás no tenía un coste importante ya que el tipo de descuento estaba en ocasiones por debajo del tipo de descuento oficial.

Por tanto, en vísperas de la guerra civil nos encontramos con un sistema financiero que a pesar de haber crecido significativamente durante el primer tercio de siglo, tiene un tamaño relativamente pequeño tanto en términos de activo como de depósitos (Cuadro 3) y una red de oficinas muy modesta si la comparamos con la de otros países como Gran Bretaña o incluso Italia ⁶.

Cuadro 3
Tamaño del sistema bancario. Activos financieros/PIB

	1900	1913	1939	1938
Alemania	114	158	89	99
Italia	69	82	103,5	108
Gran Bretaña	98	106	139	162
España	37	32	62	79

Fuente: Pons (2001).

El crecimiento de la banca española en el primer tercio del siglo XX se vio acompañado de un proceso paralelo de concentración tanto en términos geográficos ⁷ como de absorción y fusión. Este proceso no fue exclusivo del sistema financiero español. En el primer tercio de siglo la banca española no alcanzaba el nivel de concentración de otros sistemas bancarios europeos. Por ejemplo, en 1929 los “Big Five” ingleses poseían más del 70 por cien de total de los depósitos bancarios, en Alemania los llamados bancos “D” con-

⁶ En 1919 el número de oficinas por cada 10.000 habitantes en España era de 0.0091 frente al 2.7 en Gran Bretaña y en el año 1926 era del 0,37 frente al 2,8 británico y el 2,87 italiano.

⁷ En 1864, Madrid era la sede del 20 por cien de las entidades bancarias del país, que poseían el 64,9 por cien del capital, y ese porcentaje de capital sobre el total pasa a ser del 37 por ciento en 1920 y del 50 por ciento en 1930 (Muñoz 1978, p. 98).

trolaban en los años veinte el 90 por cien de los depósitos, y en Francia los seis grandes bancos poseían en 1930 el 60 por cien del total de depósitos captados por la banca comercial (Dauphin-Meunier 1936, pp. 33-49 y Saint Marc 1980, p. 136). Tras la Primera Guerra Mundial los procesos de concentración se aceleraron tanto por el intento de las entidades de disminuir la competencia ante el aumento de la incertidumbre como por toda una serie de cambios en la economía internacional y en el sector industrial que exigieron un aumento en el tamaño de las entidades ante las mayores necesidades de capital. En el Reino Unido la concentración se produjo de manera acelerada pasando de 119 bancos en 1900 a 38 en 1920 (Sheppard 1971, p. 116) y en Alemania entre 1919 y 1925 fueron absorbidos 279 bancos Dauphin-Meunier (1036, p. 42). Así pues, el proceso de concentración que tuvo lugar en el sistema bancario español fue un fenómeno común al que se estaba realizando en otros países europeos y, por tanto, no debe ser considerado como una característica diferencial de la banca española.

Otro rasgo del sistema financiero español era su escasa diversificación. En España las cajas de ahorro eran el único intermediario financiero alternativo a la banca, mientras que en otros países las opciones para la colocación de recursos eran más amplias. Así a principios de siglo el porcentaje de depósitos en manos de la banca estaba en torno al 65 por ciento y fue aumentando hasta alcanzar la cifra de 73 por ciento en 1930. Las consecuencias de esta escasa diversificación del sistema financiero español fueron importantes ya que, gran parte de los impulsos modernizadores experimentados por algunos sistemas financieros desarrollados procedieron de las entidades financieras no bancarias. Los únicos intermediarios alternativos a la banca con un peso significativo eran las cajas de ahorro. Estas entidades, definidas como benéficas desde 1880 aumentaron en número de forma significativa en dicha década, vinculadas a las corporaciones locales, la iglesia, las organizaciones obreras y sindicales. La expansión llevó a que en 1900 hubiesen 55 entidades que tenían en torno al 35 por ciento del total de los depósitos, porcentaje que fue cayendo hasta alcanzar una cifra de en torno al 19 por ciento en 1920, cifra nada desdeñable pero que confirmaba la supremacía clara del sector bancario frente al resto de entidades.

III. LA BANCA EN LA POSGUERRA Y LA AUTARQUÍA

El 18 de julio de 1936 estalla la guerra civil española, conflicto que durará tres años. El resultado inmediato de la contienda, en lo que al sistema monetario y bancario se refiere, fue una desarticulación del sistema financiero que tuvo su máxima expresión en la existencia de dos sistemas monetarios dife-

rentes, uno en cada una de las partes beligerantes, la escisión del Banco de España y la instalación de una sede del mismo en cada uno de los territorios controlados por los bandos, y la aparición de un proceso inflacionario galopante. En el terreno financiero, la reorganización de la economía supuso la introducción de medidas legislativas destinadas a solventar los principales problemas derivados de la contienda y a introducir los mecanismos necesarios para asegurar a las autoridades el cumplimiento de sus objetivos de política económica. Dado que el principal objetivo del régimen era favorecer la industrialización, se diseñó un programa vinculado a la ideología del régimen. El nacionalismo se convirtió en el eje central de la política franquista y se apostó por un modelo de crecimiento basado en la industrialización autárquica. Además del aislamiento del exterior, otra de las claves de la política económica del régimen fue el aumento del intervencionismo, que afectó a todos los sectores y a todos los niveles. Estos controles se aplicaron a los precios, salarios, alquileres, tipo de cambio, a la asignación de recursos entre los diferentes sectores y, como no, al sector bancario.

La principal medida adoptada en el terreno bancario fue la LOB de 1946. Esta Ley, que venía a sustituir a la LOB de 1921 y ratificaba algunas de las medidas aprobadas por el régimen franquista desde 1939, estableció los principios que iban a guiar a la economía española en materia financiera y bancaria. La primera medida de control de dicha ley en lo que a la banca privada se refiere fue la introducción de barreras de entrada en el sector. A pesar de dichas barreras de entrada el número de bancos no permaneció inalterado. Al finalizar la contienda, el número de bancos privados ascendía a 114, produciéndose una disminución sustancial de los mismos en los años de la inmediata posguerra, especialmente por la desaparición de entidades de pequeño tamaño, alcanzando la cifra más baja en 1944 con 102 bancos. Sin embargo, y a pesar del “*statu quo*”, a partir de 1946 el número de entidades aumentó llegando a 134 en 1950. La importancia de esta “expansión” bancaria es, sin embargo, relativa si tenemos en cuenta que, en general, se trató de pequeñas entidades que de ningún modo alteraron los rasgos básicos del sistema bancario español, donde un número limitado de entidades controlaban la mayor parte del negocio. La regulación bancaria, además de impedir la libre entrada de las empresas en el sector, estableció otra serie de medidas que afectaban de manera directa al desarrollo de su actividad: así, entre otras medidas, se estableció un control sobre los tipos de interés, fijándose un máximo para las operaciones pasivas y un mínimo para las activas, se reguló la distribución de dividendos y la expansión de sucursales y oficinas bancarias.

El *statu quo* favoreció la concentración del sector. A pesar de todo, las “olas” de fusiones en Gran Bretaña a principios de siglo junto con la que se originó posteriormente en los años sesenta, en Escocia en los cincuenta, o en

Alemania en el período de entreguerras no se produjeron con ese vigor en España, donde, a pesar de que entre 1939 y 1962 se produjeron un total de 90 fusiones, se mantuvieron más de 100 entidades bancarias en el mercado⁸. De cualquier forma, no es posible extraer conclusiones precipitadas de estos resultados ya que, si bien las cifras de concentración españolas podrían considerarse moderadas en relación a Gran Bretaña o Alemania, eran superiores a las de Francia o Italia⁹. Además, aunque el número de fusiones que se produjo en este período fue de relativa importancia, éste pierde significatividad si tenemos en cuenta que no se produjo ninguna unión entre las entidades de mayor tamaño a diferencia de lo que sucedió en el Reino Unido o en Francia durante los años sesenta¹⁰. En España, la vinculación entre entidades no se produjo mediante procesos de absorción, sino a través de miembros comunes en sus consejos de administración, lo que favoreció la consolidación de grupos bancarios¹¹. Como veremos, hay que esperar a los años ochenta y noventa del siglo XX para poder encontrar una verdadera reestructuración del sistema bancario español. De todas formas, Pueyo (1998) demuestra que aunque la concentración bancaria aumentó desde finales de la Guerra Civil hasta mediados de los cincuenta, a partir de 1954 la concentración disminuyó de forma ininterrumpida. El mismo resultado se obtiene cuando analizamos la concentración en términos de grupos bancarios. Aunque no podamos identificar menor concentración con aumento de la competencia, lo que sí podríamos concluir es que poco podemos saber del nivel de competencia del sistema bancario español utilizando la variable concentración.

La existencia de barreras de entrada y el aumento de la concentración favoreció la posible existencia de un cartel bancario. Al acabar la guerra, los principales bancos adoptaron el denominado “Arreglo Moderador de la competencia”, cuyo objetivo era limitar la competencia en la lucha por aumentar sus cuentas acreedoras. En 1949 se iniciaron conversaciones para formalizar un pacto interbancario que regulase la competencia y que sustituyese a dicho

⁸ En el Reino Unido, por ejemplo, en los años cuarenta sólo había treinta y nueve bancos disminuyendo a veinticinco en los sesenta.

⁹ Según Bizcan (1979, p. 117), el índice de Herfindhal para el sistema bancario italiano en 1936 era 0,05. En 1951 este índice había bajado al 0,04 y desde este año hasta 1971 el índice se mantiene en el 0,03. En España del 0,1 en 1942 pasa a 0,11 en 1950 y al 0,08 en 1970.

¹⁰ Según Revell (1987, p.10), una diferencia entre el sistema bancario de Austria, Bélgica, Holanda, Suecia y Reino Unido respecto al de otros países como Francia, Alemania, Italia, Japón, Suiza o España es que mientras que en los primeros en el período entre 1958 y 1981 se fusionaron algunos de los bancos más importantes del país (los “core banks”), en el segundo grupo de países este fenómeno no se produjo. En España en 1965 hubo un intento de fusión entre el Banco Central y el Hispanoamericano que fue abortado por las autoridades franquistas.

¹¹ Como señala Pueyo (2003, p. 186) hay dos momentos en los que la relación a través de consejeros comunes entre los bancos de gran o mediano tamaño es más intensa: 1925 y 1966, si bien esas tramas en ambos casos se deshacen una década más tarde.

Cuadro 4 Concentración de la industria bancaria española

	Número de bancos	Índice de Herfindahl	Porcentaje de depósitos 5 grandes
1942	114	0,1064	62,97
1944	102	0,1171	66,51
1946	103	0,1145	64,21
1950	139	0,1112	67,53
1955	124	0,1029	64,36
1960	109	0,0982	63,53
1965	126	0,0813	58,17
1970	111	0,0767	56,37
1975	111	0,0636	49,12

Fuente: Balances de la Banca Privada (CSB) y Pueyo (1998).

“Arreglo Moderador de la competencia”, negociaciones dirigidas por el Subgobernador del Banco de España, Sáez de Ibarra, quien pretendía incluir también a los bancos locales en dicho acuerdo, y que fue impulsado por el Director General de Banca y Bolsa Alas Pumariño. Dicho acuerdo se limitaba a fijar los tipos de interés máximos aplicables a las cuentas acreedores. En 1952 el acuerdo se amplió fijándose un tipo de interés mínimo para los créditos. Los principales bancos se suscribieron al acuerdo: el Banco Hispano Americano, Banco Español de Crédito, Banco Central, Banco Bilbao, Banco Vizcaya, Banco Zaragozano, Banco Aragón, Banco Popular Español, Banco de Santander, Banco Hispano Colonial, Banco Guipuzcoano, Banco Herrero, Banco Valencia y Banco San Sebastián. No está clara la efectividad de dicho acuerdo y todo parece indicar que muchas entidades lo incumplieron. Hacia 1954 el acuerdo apenas tenía efectividad ya que las infracciones eran sistemáticas. En 1960 se adoptó un nuevo acuerdo interbancario aunque los bancos eran conscientes de las escasas posibilidades que tenía de llegar a buen puerto, no sólo por el incumplimiento de los bancos sino por la competencia que ya en ese momento realizaban las cajas de ahorro.

La LOB de 1946 impuso unos condicionantes al funcionamiento de los bancos que quedaron reflejados en la estructura de sus balances. En concreto, la legislación limitaba la temporalidad de los depósitos y los créditos y así una gran cantidad de los préstamos eran a corto plazo, aunque solían renovarse continuamente hasta convertirse en operaciones de largo plazo (Prados

Arrarte 1958, p. 45). Estas condiciones financieras provocaban un importante grado de inestabilidad a la empresa española en comparación con otros países como Italia o Alemania en donde el porcentaje de créditos que podía ser destinado a desarrollar proyectos con una maduración a largo plazo era mayor. Esa circunstancia todavía tiene mayor importancia si tenemos en cuenta el bajo nivel de autofinanciación de las empresas españolas¹², y su escaso recurso al mercado de capitales. Esta forma de financiación creaba una fuerte dependencia de las empresas con respecto a las entidades bancarias, ya que no sólo sus proyectos de inversión sino su propio funcionamiento dependía de que los préstamos concertados fuesen renovados o no.

A este problema de financiación habría que añadirle una de las críticas más extendidas durante los años sesenta y setenta a la banca española: la existencia de una política crediticia discriminatoria de los bancos en favor de aquellos sectores en los que tenían participación (Muñoz 1969, p. 274). Este hecho habría producido un desequilibrio en la economía española en la que determinados sectores, caracterizados por mantener una estructura empresarial formada por pequeñas y medianas empresas, se encontraron con serias carencias derivadas de este problema de financiación. Para corroborar esta afirmación debemos saber cual fue la evolución de la relación banca-industria en este período y si existe evidencia empírica sobre la discriminación crediticia.

Con respecto a la primera cuestión, la cartera industrial de los bancos españoles era pequeña, inferior a la de los bancos alemanes o italianos (Martín Aceña y Pons 1994) y el porcentaje que representaba sobre total de activos y de préstamos tiene una tendencia decreciente entre 1943 y 1970 (Cuadro 5). Con respecto a la importancia de la “guarda de valores”, algunos banqueros de renombre como Ignacio Villalonga (1962, p. 107) reconocían que una parte de los accionistas delegaban en el banco en que tenían depositadas sus acciones, sin embargo carecemos de estimaciones que nos indiquen cuan importante era este control. Finalmente en el Cuadro 2 aparecen las conexiones entre los principales bancos mixtos y las empresas industriales a través de su presencia en los consejos de administración de las empresas en 1944 y 1967, observándose un aumento en el número de empresas con representantes y en el número de consejeros. A los sectores tradicionales (electricidad, o acero, entre otros) se unieron nuevos sectores tales como las compañías de seguros, inmobiliarias o la industria del automóvil.

¹² Es difícil conocer cuál era el grado de autofinanciación de la empresa española, si bien el Informe del Consejo de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación para el Ministerio de Hacienda (1961, p.7) sobre el sistema bancario y crediticio consideraba que los niveles máximos de autofinanciación de las empresas españolas estaban entre un 25 y un 28 por cien.

Cuadro 5
Participaciones industriales de los cinco grandes bancos

	1943	1955	1965	1970
Central (a) I/A	8,81	3,61	1,84	2,52
(b) I/L	3,99	31,13	17,35	31,79
Español (a) I/A	5,54	2,51	1,61	2,31
(b) I/L	23,39	14,56	11,05	14,68
Hispano (a) I/A	2,80	2,66	1,75	1,98
(b) I/L	13,09	18,74	12,78	17,85
Bilbao (a) I/A	9,70	6,54	3,27	2,33
(b) I/L	49,43	85,94	40,17	24,94
Vizcaya (a) I/A	16,14	8,78	3,26	2,27
(b) I/L	86,44	66,68	27,65	24,68

Notas:

(a) I/A: "Participaciones Industriales / Activo"*100

(b) I/L: "Participaciones Industriales / Créditos"*100

Fuente: Balances del la Banca Privada, Consejo Superior Bancario (CSB).

Con respecto a los tratos de favor o discriminación positiva, hay muy pocos estudios que hayan tratado de esclarecer si existió o no. Hay que tener en cuenta que los bancos se aprovecharon de una regulación que potenciaba la inversión en sectores de interés nacional o privilegiados y de hecho hay autores que consideran que los bancos que siguieron una estrategia de crecimiento basada en la inversión en industrias protegidas lograron mejores resultados que los bancos típicamente comerciales (García Ruiz y Tortella 1994). Rubio, Barbe, Tauler y Aranguren (1972) estimaron la posible existencia de discriminación crediticia pero los resultados son poco concluyentes. Sus resultados muestran que en los períodos de crisis los préstamos concedido a las pequeñas y medianas empresas son los que se vieron más afectados, pero esa conclusión no necesariamente debería implicar discriminación crediticia al poder ser explicada, por ejemplo, por un menor nivel de riesgo en las empresas de mayor tamaño. En cualquier caso, la información es limitada. Por ejemplo, según Antolín (1996, p. 251) Hidroeléctrica Ibérica se financió fundamentalmente con préstamos a corto plazo y obligaciones, lo que supuso unos costes financieros muy altos para la empresa (alrededor de 55 por el cien de los costes totales) y aumentó su dependencia con respecto al Banco de Vizcaya. A similares conclusiones llega Bernal (1994, p. 196) en su estudio sobre la Compañía Sevillana de Electricidad: "Sevillana dependió

casi en exclusividad de los créditos bancarios a corto plazo, salvo contados años en que dispuso de exceso de liquidez por el impago forzado de los dividendos, de intereses de obligaciones y de obligaciones amortizadas y no cobradas“ y señala que incluso “podría decirse que Sevillana trabajaba casi en beneficio exclusivo de los bancos acreedores”. A pesar de ello, es importante destacar que, como señala el autor esta situación no fue el resultado de la política franquista sino que su origen es anterior: en 1930 la carga financiera de la empresa representaba un 27,4 por ciento, y pasa a estar en torno al 10 por ciento en 1940, para situarse en el 5,2 a principios de los cincuenta.

Probablemente el estudio más completo sobre las relaciones banca industria es el realizado por Valdaliso (2004). Valdaliso estudió la relación entre el grupo Aznar y los bancos Urquijo e Hispano Americano. Como señala Valdaliso y llegando a la misma conclusión a la que llega Cuervo (), la relación entre este grupo empresarial y los dos bancos mencionados no fue premeditada sino que surgió del interés de la familia Aznar de por hacerse con la importante participación que tenían la familia Sota en su grupo empresarial. Y con respecto a quién beneficio dicha participación, sus conclusiones muestran ventajas e inconvenientes tanto para el banco como para el grupo empresarial. Valdaliso destaca como principal ventaja para la empresa Aznar el disponer de un canal fluido de financiación, si bien no hay evidencia de que las empresas participadas obtuvieran préstamos en condiciones privilegiadas. Para el banco el principal beneficio fue hacerse con el negocio financiero de los Aznar. Sin embargo, Valdaliso destaca cómo el Banco Urquijo nunca ejerció un control efectivo sobre la dirección de las empresas del grupo Aznar. Además, con el tiempo el banco experimentó el clásico conflicto de intereses. Cuando a finales de los setenta las empresas del grupo Aznar, acostumbradas a recibir un importante flujo de financiación, empezaron a tener problemas el banco tiró hacia delante y continuó prestando al grupo aumentando de forma considerable su nivel de riesgo. Sin duda, la quiebra de la Naviera Aznar en 1983 junto con los graves problemas de otras empresas vinculadas al banco como Galerías Preciados y Explosivos Rio Tinto explican la crisis del Banco Urquijo que acabó siendo adquirido por el Hispano Americano (Valdaliso 2004, p. 176).

Con respecto al impacto que pudo tener la cartera de valores industriales en la rentabilidad bancaria, las estimaciones empíricas realizadas son escasas. Pueyo (2003) estimó una función de rentabilidad para los grandes bancos españoles pero aunque obtuvo una relación positiva entre deuda pública y rentabilidad (Pueyo p. 448), con respecto a la cartera de valores industriales los resultados no eran muy concluyentes. Sin duda el papel que tiene la historia empresarial en este campo es muy importante.

Los cambios que se produjeron a finales de los cincuenta en la economía española tras el Plan de estabilización de 1959 también se reflejaron en el sector bancario con la Ley de Bases de Ordenación del Crédito de 1962 que trató tímidamente de iniciar un proceso de liberalización en esta área con resultados espectaculares desde mediados de los sesenta. El preámbulo de la Ley de Bases de 1962 destacaba toda una serie de deficiencias en el sistema financiero español. En primer lugar, que el Banco de España no podía actuar como un verdadero banco central. En segundo lugar, la falta de mecanismos de financiación a largo plazo y, en tercer lugar, la necesidad de fomentar el sistema de banca especializada frente al de banca mixta. La Ley trató de hacer frente a esos problemas y para ello se procedió a la nacionalización del Banco de España, se crearon instrumentos para el manejo de la política monetaria, y se flexibilizó la política de apertura de oficinas. Sin duda la política más efectiva fue esta última ya que el número de oficinas pasó de 2.647 en 1960 a 7.218 en 1975, alcanzando una relación entre número de oficinas por cada 10.000 habitantes muy similar a la de otros países como Gran Bretaña o Italia. Al estar controlados los tipos de interés los bancos utilizaron la apertura de sucursales como un instrumento para competir, lo que a largo plazo llevó a una sobredimensión del sistema y a un aumento de costes. Con respecto a la especialización entre bancos comerciales (dedicados al crédito comercial no superior a 18 meses) y bancos industriales (centrados en la financiación a largo plazo y a los que se les permitiría mantener una cartera importante de valores industriales) fue un absoluto fracaso lo que provocó que esta iniciativa se eliminase en 1974¹³.

IV. EL IMPACTO DE LA CRISIS DE LOS SETENTA Y LA EVOLUCIÓN DE LA BANCA MIXTA HASTA FINALES DEL SIGLO XX

España sufre de forma más virulenta aunque más tardía la crisis internacional que se inicia en 1973. Los problemas de una economía planificada con escasa competencia, el atraso tecnológico y la prioridad del problema político al producirse la transición de la dictadura a la democracia provocaron una crisis con especial impacto en el terreno industrial. Dada la elevada concentración de riesgo de los bancos españoles, cuando aumenta el volumen de impagados la crisis en el sector real se transmitió al sector bancario. Los bancos se vieron además golpeados por la caída en el mercado de valores (Rodríguez 1989,

¹³ Hablamos de malos resultados en el sentido de que los principales bancos eran a su vez los propietarios de los nuevos bancos industriales que se creaban y, por tanto, la distinción era claramente artificial.

p. 1035). Sin embargo, la crisis bancaria sólo se explica parcialmente por la crisis en el sector real. Como señala Cuervo (1988, p.199), las causas internas (falta de profesionalidad, conductas temerarias e incluso ilegales de determinados banqueros) favorecieron este proceso, y de nuevo, la ausencia de un marco legal adecuado impidió que el Banco de España actuase con objeto de amortiguar los efectos de la crisis. El resultado fue que el sector bancario español experimentó una crisis muy importante entre 1978 y 1983 (Cuervo 1990, p.66). Al final de 1977 había 110 bancos y de ellos 51 tuvieron serios problemas, aunque el Fondo de Garantía de Depósitos¹⁴ solo intervino en 29. La crisis afectó al 27,19 por ciento de los recursos propios de la banca y al 27,67 por ciento de los trabajadores del sector bancario (Cuervo 1988, pp. 83-84).

¿Cómo reaccionaron los bancos a la crisis? En primer lugar, desprendiéndose de su cartera de valores. Así en 1975 el porcentaje que representaba la cartera de valores industriales se situaba en torno al 33 por ciento del total de la cartera de los bancos, y este porcentaje pasó a ser de sólo el 13 por ciento en 1986. Los bancos se desprendieron de los valores industriales y aumentaron los títulos públicos (Martín, Carbó y Sáez 1995, p. 36)¹⁵ y, por tanto, redujeron o suavizaron su carácter mixto. En segundo lugar, los bancos transmitieron el coste de la crisis a sus clientes y así se produjo una subida de los tipos de interés que cobraban por sus créditos y aumentaron su margen financiero (Cuervo 1990, p. 69).

A partir de 1985 la situación económica en España mejora y como consecuencia de ello los bancos reorientaron de nuevo su política de inversiones aumentando la participación de los valores industriales en sus carteras. Aunque hay diferencias muy importantes entre los bancos, en líneas generales estos siguieron un proceso de “selección” racional que les llevó a vender sus participaciones en empresas poco rentables y a aumentar su participación en determinados sectores estratégicos como la electricidad, construcción, química o las comunicaciones (Chuliá 1990 p. 95). Sin embargo, la dura experiencia de la crisis bancaria no siempre implicó un aumento en la prudencia a la hora de adoptar las decisiones de inversión de los principales bancos, como muestra la crisis del Banco Español de Crédito (BANESTO) y la necesidad de intervención del Banco de España en 1993.

Sin duda el principal cambio que se experimenta en este período es la importancia creciente que adquieren las cajas de ahorro, que son las entida-

¹⁴ El Fondo de Garantía de Depósitos se creó como respuesta a la crisis con dos objetivos: a) crear un seguro de depósitos y b) establecer los mecanismos de intervención cuando aparecieran problemas (Caminal, Gual and Vives 1990, p. 278).

¹⁵ Martín, Carbó y Sáez (1995, p. 36).

des que mayor crecimiento de la ratio Activos totales medios /PIB experimentan ¹⁶, en parte gracias a la disminución de las regulaciones que limitaban la competencia (desaparición de los coeficientes de inversión, límites a la apertura de oficinas, etc), y en el que como consecuencia de todo ello se produjo un importante aumento de la competencia que provocó un estrechamiento de los márgenes de intermediación que se inicia en 1988.

Entre finales del siglo xx y principios del siglo xxi se produjo una reestructuración absoluta del sistema bancario español. La principal causa de esta reestructuración fue la creciente competencia en el mercado financiero europeo y la búsqueda de economías de escala. La primera fusión de importancia tiene lugar en 1989 entre el Banco Bilbao y el Vizcaya, creándose el BBV, y una década más tarde, en el año 2000 se produjo la fusión del BBV con el grupo Argentaria ¹⁷. En 1991 se fusionan el Central e Hispano (BCH) para unos años más tarde crearse resultado de la fusión del BCH y el Banco de Santander el BSCH, que mantuvo el nombre de Banco Santander. Estas dos nuevas entidades (Banco de Santander y BBVA) se convirtieron en las dos primeras entidades financieras del país, seguidos por una caja, La Caixa. Estas entidades ocupan en términos de tamaño un importante puesto a nivel internacional al contrario de lo que sucede con las empresas industriales, que no han adquirido el mismo peso y pujanza internacional (García Cestona, Surroca y Tribó 2005), lo que produce en palabras de estos autores una asimetría entre el sector financiero y el sector real. A este cambio en la estructura del sistema bancario habría que añadir un cambio también en la estructura empresarial: la liquidación de los antiguos monopolios públicos, su sustitución por empresas privadas que pasan a cotizar en bolsa y la adquisición por parte los bancos de un importante paquete de acciones de estas empresas. Sin embargo, a pesar de esto el análisis de la cartera de los grandes bancos muestra una continua política de desinversión, es decir, de venta de una parte importante de sus carteras industriales. Lo que si que parece claro como señalan Cestona, Suroca y Tribó (2005, p. 30), es que a finales del siglo xx el interés de los bancos en las empresas se centra en el negocio bancario inducido y no en participar en sus gestión.

Por tanto, en el último cuarto del siglo xx nos encontramos con una aumento de la competencia en el sistema financiero gracias al creciente papel de las cajas, a una banca menos mixta que en el pasado pero que todavía tie-

¹⁶ Las cajas de ahorro tenían una cuota de mercado en Activo Totales Medios del 29 por cien en 1985 y del 35 por cien en 1997, y representaban el 38 por cien de los depósitos en 1985 y el 51 por ciento en 1997 (Pérez, Maudos y Pastor 1999, p. 67).

¹⁷ El grupo Argentaria era el resultado de la fusión de toda una serie de sucesivas fusiones: Caja postal, Banco de crédito Industrial, Banco exterior de España, y banco Hipotecario.

nen una fuerte presencia en determinados sectores industriales, y que como consecuencia de la competencia ha modernizado sus prácticas. Si embargo, los bancos españoles se enfrentan a una estructura de costes elevada derivada de la fuerte expansión de la red de sucursales y a un aumento de la competencia como consecuencia de la aparición de nuevos competidores como la banca telefónica o por *internet*¹⁸. Sin duda, estos problemas exigirán que los bancos españoles modifiquen su estrategia con objeto de reducir sus costes financieros, tarea complicada en un sistema bancario como el español con unos hábitos por parte de sus clientes muy acusados que implican elevados costes.

CONCLUSIONES

Las características de un sistema financiero no son independientes de las del resto de la economía. En el siglo XIX el bajo nivel de renta de la economía española (que implicaba escasa capacidad para realizar depósitos y solicitar créditos), la escasa cultura financiera y la influencia del sector público (especialmente el fuerte déficit) y la legislación condicionaron, entre otros factores, las características del sistema financiero. Esto hizo, por ejemplo, que los comerciantes banqueros operasen durante todo el XIX y que el desarrollo de los grandes bancos fuese tardío en relación a otros países más desarrollados. Sin duda, las escasas oportunidades de negocio que ofrecía la economía española a los bancos hicieron que, como ya señalaba Olariaga (Rifruejo 1954, p. 160), la banca fuese por delante de la industria y que participase en la promoción de muchas empresas ferroviarias, mineras, etc. El fuerte déficit de la economía española durante una gran parte de su historia hizo que los bancos se encontrasen con una fuerte cartera de fondos públicos. Y el marco legislativo afectó al conjunto de la estructura del balance de los bancos, especialmente en las etapas más intervencionistas como el franquismo.

El carácter mixto o la participación de los bancos en la industria alcanza dos momentos máximos: la primera guerra mundial, y los años de la posguerra con el statu quo. Sin embargo, la cartera de valores industriales ha tenido una tendencia continuamente decreciente desde la etapa franquista a la actualidad, y los escasos datos disponibles no apuntan a que los bancos se hayan involucrado en la gestión de las empresas participadas. El principal “nego-

¹⁸ La mayor parte de entidades se han visto obligados a realizar importantes inversiones para organizar servicios de banca telefónica y por internet lo que de momento contrasta con el número relativamente modesto de usuarios de este tipo de servicios. Algo similar sucede con la red de cajeros automáticos que ha crecido con gran intensidad en los últimos años pero cuyo grado de utilización está claramente por debajo que en otros países, lo que incide en el coste de los servicios.

cio” para los bancos de esta participación ha sido y es el negocio financiero que las mismas implicaban y, de momento, no hay evidencia empírica que nos indique si los tipos aplicados por la banca a sus empresas vinculadas se situó por encima o por debajo al del resto de clientes. En los momentos de crisis, especialmente a finales de los setenta del siglo xx, surgieron los inevitables conflictos de interés típicos de la banca mixta: concentración de riesgos, y conductas poco adecuadas por tratar de apoyar a empresas del grupo cuando estas tenían problemas. Sin duda los bancos españoles fueron conscientes del riesgo que esto implicaba y durante la década de los ochenta del presente siglo procedieron a una reestructuración de sus carteras desprendiéndose de una parte de sus valores industriales y concentrando sus intereses en determinados sectores (eléctricas, petroleras, o telecomunicaciones) y en determinadas empresas y estando sin duda más interesados en el negocio bancario que en la posibilidad de gestionar estas empresas.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

- Anes R (1974): “El Banco de España, 1874-1914: un banco nacional”, en Tortella, G (dir): *La Banca española en la Restauración*, vol I. Servicio de estudios del Banco de España, pp. 109-215.
- Antolín F (1996): “Hidroeléctrica Ibérica y la electrificación del País Vasco”, en Comín F y Martín Aceña P: *La empresa en la historia de España*. Ed. Civitas. Madrid. pp. 237-264.
- Bennet P (1996): “Information Asymmetries, Speed and Risk concentration”, en Saunder A y Walter I (ed): *Universal banking*. Stern. New York University Salomon Center, pp. 661-670.
- Berges A. y Sánchez Villar E (1991): “Las participaciones bursátiles de la banca en España”. *Papeles de economía*. N.º 34, pp.72-80.
- Bernal, A.M. (1994): “Historia de la Compañía Sevillana de Electricidad 1894-1983”, en Alcaide et. al: *Compañía Sevillana de Electricidad. Cien Años de Historia*. Sevillana de Electricidad. Sevilla, pp. 126-272.
- Biscani (1979): “La estructura financiera. Aspetti quantitativi du lungo periodo”, en Vicarelli F (ed): *Capitale industrial e capital finanziario. Il caso Italiano*. Il Mulino. Bologne, pp. 93-134.
- Caminal R, Gual J. & Vives X (1990): “Competition in Spanish banking” in Dermine J (ed): *European Banking in the 1990's*. Basil Blackwell. Oxford, p.261.
- Chuliá C (1990): “Las participaciones del sistema bancario en las empresa no financieras”. *Papeles de Economía Española*, n.º 44, pp.73-86.
- Cuervo A (1990): “Banca, industria y crisis bancarias”. *Economía Industrial*. Marzo. pp.65-74.
- (1989): “Banca e industrialización en el período 1960-88” en *Banca e industrialización: presente , pasado y futuro*. Madrid. Ed. Banco Español de Crédito, pp.73-90.

- Cuervo Cazurra A (1999): “Grandes accionistas y beneficios privados: el caso de bancos como accionistas de empresas no financieras”. *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, v.5, n.º 1, pp.21-44.
- Dauphin- Meunier, A (1936): *La banque 1919-35*. N.R.F. Gallimard. Paris.
- De la Sierra, F (1953): *La concentración económica de las industrias básicas españolas*. Instituto de Estudios Políticos.
- García Cestona M.A, Surroca J y Tribó J.A (2005): *Evolución de la relación banca-industria en España*. Documento de Trabajo 05-01, Serie Economía de la Empresa Universidad Carlos III.
- García López J. R(1987): *Los comerciantes banqueros en el sistema bancario español : estudio de casas de banca asturianas en el siglo XIX*. Universidad de Oviedo. Oviedo.
- Martín Aceña, P (2005): “Los retos de la industria bancaria”. *Mediterráneo económico*, pp. 21-44.
- (1985): “Desarrollo y modernización del sistema financiero, 1944-1935”, en Sánchez Albornoz N (ed): *La modernización económica de España*. Alianza ed.
- Martín Aceña, P y Pons, M.A (2005): “El sistema Financiero”, en Carreras A y Tafunell X: *Estadísticas Históricas de España*. Fundación BBVA. Madrid.
- (1994): “Spanish bankig afeter the Civil War, 1940-1962”. *Financial History Review*, n.º 1, pp.121-138.
- Martín M, Carbó S y Sáez F.J (1995): Las participaciones accionarias de las entidades de depósito españolas, 1962-1992. Fundación FIES. Documento de Trabajo 114.
- Muñoz J (1969): *El poder de la banca en España*. Ed. Zero. Madrid.
- Muñoz J, Roldán S and García Delgado JL (1973): *La formación de la sociedad capitalista en España*. Confederación de Cajas de Ahorro. Madrid.
- Olariaga
- Pérez F, Maudos J, Pastor J.M (1999): *Sector bancario español (1985-1997): cambio estructural y competencia*. Caja de Ahorros del Mediterráneo. Alicante
- Prados Arrarte J (1958): *El sistema bancario español*. Ed.Aguilar. Madrid.
- Pons M.A (2001): “La evolución del sistema bancario español en el siglo xx. Una perspectiva comparada”. *Estudis de Historia Económica*. v.17-19, pp. 177-212.
- (2006): “El sistema financiero valenciano”, en Palafox J comp: *La economía valenciana*. Camara de Comercio de Valencia. Valencia (en prensa).
- Pueyo J (2003): “Oligopolios y competencia en la banca española del siglo xx”. *Revista de Historia económica*. Año XXI, n.º 1, pp. 147-195.
- Revell J (1987): *Comparative concentration of banks*. Institute of European Finance. Research Papers in Banking and Finance RP 87/13. University College of North Wales. Bangor.
- Rich G & Walter Ch (1993): “The Future of Universal Banks”. *Cato Journal*. Vol. 13, n.º 2, pp. 289-313.
- Ridruejo E (1954). “The Spanish banking system” in The Seventh International Banking Summer School: *The Post War function of banking returns to normal?* Consejo Superior Bancario.
- Rubio M, Barbé L, Taules M and Aranguren J (1972): *Discriminación y crédito bancario*. Banco de España.

- Shleifer A y Vishny RW (1997): "A survey of corporate governance". *Journal of finance* 52, pp. 737-783.
- Steinher A (1996): "Performance of Universal Banks: Historical Review and appraisal" in Saunders A and Walter I eds: *Universal banking: financial system design reconsidered*. Chicago, London & Singapur. Irwin, pp. 2-30.
- Tedde (2001): "El sistema financiero en la España del siglo xx", en Morales A y otros (eds): *Las transformaciones económicas. Las claves de la España del siglo xx*. Sociedad estatal España Nuevo Milenio. Madrid, pp. 1-46.
- Tedde P (1974): "La Banca privada en España durante la Restauración (1874-1914)", en *La Banca Española en la Restauración*, Servicio de Estudios del Banco de España, Madrid, pp. 219-455.
- Temin P (1998): "Comentary to Fohlin". *Federal Reserve of St. Louis Review*. May. pp. 49-51.
- Tortella G y Palafox J (1984): "Bankin and industry in Spain 1918-1936". *The Journal of European economic History*, v.13, n.º 2, pp.81-111.
- Tortella G y García Ruiz J.L (1993): *Una Historia de los bancos Central e Hispano-americano 1901-1991. Noventa años de gran banca en España*. Trabajo sin publicar.
- Valdaliso J.M (2004): "Grupos empresariales y relaciones banca industria. Una aproximación microeconómica". ICE. n.º 812, pp. 163-178.
- Villalonga I (1962): "La banca española en lo que va de siglo". *Arbor*. n.º 189-190.
- Zoido M.E (1998): "Un estudio de las participaciones accionariales de los bancos en las empresas españolas". *Investigaciones económicas*. V.22, n.º 3, pp. 427-467.

**LEY HIPOTECARIA
Y BANCO HIPOTECARIO**

Luis Díez-Picazo Ponce de León
Universidad Autónoma de Madrid

La aparición el 6 de febrero de 1861 de la Ley Hipotecaria es un hecho histórico que no puede considerarse abstractamente, ni desligarse de los avatares por los que había pasado el régimen jurídico de la propiedad inmueble y la economía general en nuestro país.

Hace no mucho tiempo M. Serna Vallejo (Anotaciones histórico-jurídicas sobre la inscripción de la propiedad al servicio del tráfico jurídico, en el volumen Propiedad e Historia del Derecho, Madrid, 2005) decía que

Como consecuencia de ello no existe aún en España un trabajo monográfico dedicado al análisis de los planteamientos ideológicos, sociales y económicos que inspiraron la reforma hipotecaria y sólo se cuenta con algunas reflexiones parciales que resultan claramente insuficientes. Así, Fiestas Loza, Martínez Cuadrado y Maluquer de Motes, entre otros, se han referido a la vinculación existente entre el Registro de la Propiedad y la desamortización. La relación entre la reforma hipotecaria y el conjunto de medidas dirigidas a la liberalización de la propiedad se ha planteado desde una perspectiva más amplia por Tomás y Valiente, Peset, Lacruz Berdejo y yo misma. La conexión existente entre el Registro de la Propiedad, el crédito territorial y el desarrollo de la economía se ha enunciado en la obra de Cárdenas, Tortella, Villares, Oliver y Esteller, La Rica y Arenal, La Rica y Maritorea, Díez-Picazo y Serna Vallejo. Y, por último, la visión más completa y global de la cuestión la encontramos en el trabajo de Gallego del Campo anteriormente citado.

Para la mencionada autora

el proceso de liberalización de la tierra que se desarrolló en el transcurso del siglo XIX a través de la supresión del régimen señorial, de la desvinculación y de la desamortización, tuvo como principal finalidad la eliminación de los obstáculos jurídicos que impedían que la tierra pudiera incorporarse al tráfico jurídico en una doble vertiente: en el mercado crediticio y en el mercado inmobiliario. Lo que debía permitir que la tierra, en última instancia la pro-

propiedad inmueble, pudiera ser objeto de todo tipo de negocios traslativos, tanto inter vivos como mortis causa, y que sus titulares tuvieran la posibilidad de negociar créditos hipotecarios, con unos intereses bajos, sobre la base de la garantía que constituía la propiedad inmueble.

También muy recientemente Rosario Valpuesta (Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social, ADC, LVIII, IV, 2005, p. 1541) ha señalado que

En sus inicios la imposición de un sistema de publicidad registral se justificó en la necesidad de facilitar el crédito territorial como instrumento imprescindible para el desarrollo económico de la sociedad. El naciente capitalismo necesitaba albergar recursos con que financiar los diferentes emprendimientos, y para ello era imprescindible que se dotara de certeza a las hipotecas, pues éstas significaban un excelente instrumento para el aseguramiento de los préstamos y, como consecuencia de ello, para la circulación de capitales. Pero el discurso que se generó al hilo de la publicidad registral, como se ha visto, no se cernió exclusivamente a la extensión del crédito territorial como motor del crecimiento económico, sino que se anudó a la expansión de otros sectores, todo ello inserto en un proceso de cambio marcado por la industrialización; de esta transformación resulta que la rentabilidad de la propiedad inmobiliaria se residenció en su valor de cambio y no en los beneficios que su disfrute le podía proporcionar a su titular; un proceso que también tuvo sus implicaciones fiscales. Por ello, como se ha señalado, a lo largo del siglo XIX, los Estados se deciden a organizar la seguridad del tráfico de los bienes raíces no en defensa de los intereses de los propietarios, sino del capital, y a tal fin se organiza un sistema de publicidad que alcanza igualmente a la titularidad de todos los derechos reales sobre bienes inmuebles.

La autora citada recuerda que Lacruz y Sancho Rebullida habían escrito que “cuando declina la nobleza como clase dominante y una incipiente burguesía especuladora y comerciante, pero dotada también de cierto espíritu de empresa, trataron de aprovechar las nuevas conquistas de la técnica para mejorar y elevar la producción de bienes y servicios y, en último término, para crear más riqueza, el antiguo sistema se muestra incapaz de proporcionarle los capitales, el crédito y la seguridad que necesita un tráfico infinitamente más intenso y variado”.

La citada autora recuerda también otra frase de Pardo Núñez que admite, por supuesto, que “si bien la legislación hipotecaria responde a un proyecto típicamente liberal de implantación del sistema capitalista, pero que arrastra resabios de claro corte fisiocrático: el legislador tiene en mente la propiedad agrícola descapitalizada e intenta levantarla”.

Cuando comienza el siglo XIX la propiedad inmueble, especialmente la propiedad de la tierra, mantiene todavía muchas de las características que habían sido introducidas por el feudalismo. Basta mencionar la existencia de los llamados “señoríos jurisdiccionales”, en que se confunden potestades públicas y privadas y el señor de la tierra es al mismo tiempo quien ejerce los poderes que hoy consideraríamos jurisdiccionales y de administración.

Además, sobre todo en Castilla se había generalizado la vinculación de la propiedad a través de la figura de los mayorazgos, que trataba de mantener la propiedad de los fundos dentro de la misma familia. No resulta fácil escrutar los orígenes de esta tendencia, que, a lo que parece, resultó favorecida por las Leyes de Toro. En los mayorazgos hay una ley de sucesión en los bienes, el estatuto de constitución del mayorazgo, que determina esa sucesión de manera indefinida. Es consecuencia de ello que los bienes integrantes de un mayorazgo fueran “*res extra commercium*” con la consiguiente prohibición de disponer.

La tercera de las características del sistema de propiedad territorial que llega al siglo XIX es la multiplicación de los diferentes vínculos al que el dominio se encuentra sometido. Por lo menos una parte de la historia de España podría ser pensada como una película del oeste con las consiguientes tensiones entre agricultores y ganaderos. Naturalmente, como en las películas del oeste, los ganaderos quieren que sus ganados pasen por todas partes con objeto de llegar rápidamente a sus pastos y los agricultores que dejen tranquilas las tierras que ellos trabajan. Si esta interpretación es correcta, los Reyes católicos pueden considerarse influidos por el lobby de los ganaderos porque no sólo favorecieron a la mesta (que era un trust de ganaderos), establecieron servidumbres sobre los terrenos agrícolas, y, lo que es muy importante, prohibieron el cierre de las fincas rústicas en beneficio del paso de los ganados.

De esta suerte, la situación económica de la tierra en España puede resumirse con HERR del siguiente modo:

1.º Hay innúmeros yermos y baldíos, propiedad de municipios y de corporaciones de otro tipo.

2.º Existen propiedades de la Corona en Castilla, en Aragón y en Granada explotadas por lo general en régimen de arriendo.

3.º Existen propiedades de la Iglesia o de las iglesias, que son bienes inalienables, sujetos a arrendamiento o a enfiteusis, calculándose que unas dos mil quinientas localidades estaban bajo dominio eclesiástico.

4.º Existe la propiedad privada, como ya se ha dicho, casi siempre sujeta al vínculo dimanante del mayorazgo.

La recepción de los ideales revolucionarios franceses y los primeros atisbos de una revolución liberal comienzan a operar en España a principios del siglo XIX y pronto se reflejarían en la legislación sobre la propiedad. Como nos han servido de piedra de toque y es un ejemplo muy claro, citaré uno de los primeros decretos de las Cortes de Cádiz, antes incluso de redactar la Constitución de 1812: el que establece el derecho de todos los propietarios a cerrar y cercar sus heredades, con una regla que aparece todavía en el art. 388 CC, que quien la lee sin conocer la historia no puede reaccionar de otro modo que encontrándola completamente lógica e innecesaria. Había sido sin embargo objeto de un áspero debate. Puede recordarse aquí que en el Informe de la Ley Agraria, Jovellanos, que no se sabe si con razón o sin ella, defendía la agricultura como el futuro mejor, ponía el énfasis en derogar las limitaciones ordenadas por los Reyes Católicos que consideraba como la más clara traba de la agricultura.

En la legislación del siglo XIX, en materia de propiedad territorial, hay dos momentos que pueden ser considerados como estelares. El primero es la supresión o abolición de mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquier otra especie de vinculaciones de bienes. Aunque habían existido leves intentos en tiempos de Carlos III de limitarlos, se produjo en el llamado trienio liberal por Ley de 27 de septiembre 11 de octubre de 1820. No tenían, por supuesto, lo que hoy llamaríamos buena prensa. El autor del artículo que el Diccionario de la Administración de Alcubilla dedica a esta materia dice que “apenas se comprende una institución más repugnante a los principios de una sana política”. Se recuerdan también las frases de Jovellanos, que había dicho que “el derecho de transmitir la fortuna a una serie infinita de poseedores; abandonar las modificaciones de esta transmisión a una sola voluntad, no sólo con independencia de los sucesores, sino también de las leyes; quitar para siempre a la propiedad la comunicabilidad y la trasmisibilidad, que son sus dotes más preciosas; librar la conservación de las familias sobre la dotación de un individuo en cada generación y a costa de la pobreza de todos los demás y atribuir esta dotación a la casualidad del nacimiento, prescindiendo del mérito y la virtud, son cosas no sólo repugnantes a los dictámenes de la razón y a los sentimientos de la naturaleza, sino también a los principios del pacto social y a las máximas generales de la legislación y la política”. Y el autor del anteriormente citado artículo añade que “si mirando sólo al interés privado de las familias era tan odiosa esta institución, y no tiene defensa a la luz de la razón y de la justicia, no la tiene mejor en el terreno de la conveniencia pública y de los intereses del Estado, cuando tan profundo era el mal que se sentía, producido por la tendencia a acumular, o el furor de amortizar; cuando cada familia tenía su capellanía o mayorazgo o aspiraba a tenerlo y cuando apenas quedaba en circulación una exigua parte de la propiedad terri-

torial de tal manera que casi todo el suelo de España había caído en poder de las manos muertas.

La Ley de 1820 decretó la supresión y añadió que los bienes se restituían a la clase de los absolutamente libres. Ello no obstante, sólo se permitió la libre disposición a los poseedores actuales de la mitad de los bienes a fin de que la otra mitad pasara a quien debiera suceder y pudiera disponer a su vez libremente de ella.

Dando por supuesta la nulidad de todos los actos del gobierno constitucional a consecuencia de una declaración de 28 de octubre de 1823, se repusieron mayorazgos y vinculaciones al ser y estado que tenían al dictarse la ley. Y se mandó restituir inmediatamente a los poseedores los bienes que en virtud de dichas leyes se pudieron desmembrar por donaciones, compras o herencias.

La legislación de desvinculación fue restablecida y puesta nuevamente en vigor por un Real Decreto de 30 de agosto de 1836, firmado por la Reina gobernadora en nombre de su augusta hija Isabel II y ya con un carácter definitivo.

Tras las leyes desvinculadoras y de abolición de mayorazgo el segundo gran momento, el momento estelar es el de la llamada desamortización. Como ocurría en los casos anteriores en el informe de la Ley Agraria de Jovellanos se habían condenado las leyes que directamente o indirectamente favorecían la amortización de la propiedad y se aconsejaba su completa abolición como antieconómicas, perjudiciales para la agricultura y sumamente perniciosas para el Estado, en cuanto que por ellas se destruía la principal fuente de riqueza pública y se aniquila y se desvanece la población. Aunque se admitieran estas premisas, probablemente las cosas no terminaban ahí, pues cabía simplemente desamortizar o tratar de conseguir a través de ello alguna otra finalidad económica como ir creando categorías de pequeños o medianos propietarios lo que exigía no sólo desamortizar sino reducir las disminuciones de las propiedades.

Aunque otra cosa se crea, la legislación de desamortización había empezado en el siglo XVIII y hay una ley de Carlos III de 10 de marzo de 1763 que prohibía la adquisición a las manos muertas y alguna ley de tiempos de Carlos IV que ordenaba la enajenación de bienes raíces pertenecientes a hospitales u hospicios, de casas de misericordia, de reclamación y expósitos, obras pías y patronatos. Se encuentran después las leyes de 1836-1837 que declaraban bienes nacionales las propiedades del clero y finalmente, las leyes generales de desamortización del período 1855-1856, que declaraban en estado de venta los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes

al Estado, al clero, a las ordenes militares, las cofradías, obras pías y santuarios, el secuestro del ex-infante don Carlos, a los propios y comunes de los pueblos, a la beneficencia y a la instrucción pública, bienes todos ellos que debían enajenarse sacándolos a pública licitación. No resulta fácil saber el ritmo a que esta colosal operación se acompasó aunque del estudio de algunos documentos se deduce que todavía hacia finales del siglo se estaban llevando a cabo operaciones de este tipo. Tampoco sabemos quiénes fueron los favorecidos por la operación, aunque enajenados en pública licitación sólo los poseedores del dinero suficiente podían hacer frente a ello. Es curioso consignar que en el art. 3.º de la Ley de 1 de mayo de 1855 se dice que las ventas se verifiquen con la mayor división posible de las fincas, siempre que ésta no perjudique su valor aunque tampoco sabemos hasta qué punto esta norma se llegó a cumplir.

Todo ello quiere decir que alrededor de 1860, por colocarnos ahora convencionalmente en ese punto, que es el prólogo de la Ley Hipotecaria la enumeración de HERR debía haber quedado profundamente modificada. Puede ocurrir y probablemente ocurrió que muchos de los bienes, sobre todo de los bienes de propios de los pueblos terminaron en manos de comunidades formadas por todos o casi todos los vecinos. Y digo esto porque en algún caso, en mi propia experiencia profesional me he encontrado con fenómenos de este tipo, aunque haya que afirmar, que en términos generales, la mayor parte de la propiedad desamortizada pasó a manos privadas. De esta suerte la denominación de HERR, como ya he dicho, quedó muy alterada y puede entenderse que la mayor parte de la propiedad pasó a ser propiedad privada y propiedad privada sin trabas a la libre disposición.

Estamos ya en condiciones de tratar de averiguar qué impulsó a los legisladores de 1861. Nadie discutirá de las ventajas de disponer de un Registro de la propiedad de bienes inmuebles que era algo que en un conjunto de países de Europa existía ya en aquel tiempo aunque sea necesario proceder con mucha cautela. Mi opinión personal, expuesta en algún momento anterior, es que la creación del registro iba unida a un intento de desarrollo y fomento de las hipotecas, lo que explica el sutil punto de enlace entre registro e hipoteca. Es curioso consignar aquí que en la literatura jurídica de mitad del siglo XIX aparecen señaladas obras como la de Odier dirigidas a explicar las leyes hipotecarias que existían en ese momento en Europa. Y convendrá reseñar algunas cosas más. El registro que instituye la Ley de 1861 tiene su precedente inmediato en los arts. 1.819 y ss. del Proyecto de 1851. Es fama que ese título, que es el XX, se debió al trabajo y a la pluma de Claudio Antón de Luzuriaga, quien escribió también el comentario que aparece en el libro de García Goyena.

Aunque la cita es un poco larga, convendrá recordar las palabras que Luzuriaga dedica a la introducción del tratamiento jurídico del registro público.

En el título anterior se han consagrado los principios de publicidad y de especialidad para las hipotecas; en éste se consignan las reglas para la ejecución de ambos principios, no sólo en cuanto tienen relación con la hipoteca, sino en cuanto interesan a la propiedad territorial. El fin, a que la ley aspira con ellos, es a poner de manifiesto la situación de la propiedad inmueble, y no sería consiguiente si limitara su solicitud a solo las hipotecas. Antes que todo, es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla; de otra manera la incertidumbre pudiera alejar la concurrencia; si la necesidad u otra causa, sobreponiéndose al temor, dan la resolución de comprar a pesar de aquel peligro, queda siempre el de perder las mejoras; y, aunque nada de esto hubiera, el legislador debe procurar que la propiedad no esté incierta, que el fraude y la clandestinidad no vengan a frustrar los contratos, y sobre todo que el dominio del suelo sea tan seguro que sirva de base para asentar sobre él con toda confianza el crédito, de tal modo, que ofrezca a los prestamistas mayor garantía que el que se funda en la industria. Por esta razón se ha extendido ya generalmente el principio de publicidad a todos los actos traslativos de la propiedad territorial. También se ha extendido a todas las cargas y restricciones que limitan el valor o la circulación de la misma propiedad, por hallarse en un caso idéntico a la hipoteca. El objeto, pues, de este título, es abrir un registro oficial y solemne donde se inscriban todos los actos de esta naturaleza; y se ha dado tanta importancia a esta institución, que en algunos Estados se ha puesto el registro de los derechos reales sobre bienes inmuebles a cargo de tribunales especiales o de los ayuntamientos. Nuestro proyecto, siguiendo otros ejemplos, instituye un establecimiento especial, anunciando todas sus funciones, y dejando a los reglamentos la facultad de organizarlo en la forma más conveniente a su alta importancia, para lo cual han de suministrarle datos las prácticas de otros países y los resultados obtenidos en cada uno de ellos.

En este texto hay algunas cosas que parece de interés destacar. El registro público se inserta a continuación de la regulación de las hipotecas. Consagrados los principios de publicidad y de especialidad de las hipotecas (y no de otra clase de derechos reales), el legislador aspira ahora a desarrollar y ejecutar ambos principios. Es cierto que Luzuriaga añade la conveniencia de que la transmisión de la propiedad ofrezca completa seguridad para el que intenta adquirirla, pero podemos suponer que no era aquel el momento en que el mercado de bienes inmuebles hubiera crecido. Podemos también suponer que los adquirentes de los bienes amortizados poseían títulos públicos puesto que los habían adquirido en públicas licitaciones. Y, de creer a José María Miquel era el art. 448 CC el que venía a facilitar la situación de los antiguos

señores jurisdiccionales ya sin señoríos jurisdiccionales. Mas el caso es que Luzuriaga alude también a la conveniencia de una regulación que sirva de base para asentar sobre ella con toda confianza el crédito, de tal modo, que ofrezca a los prestamistas mayor garantía que el que se funda en la industria. Se trata también de que el fraude y la clandestinidad de las hipotecas no vengán a frustrar los contratos. Las mismas palabras las leemos en el preámbulo del Proyecto de la ley presentada al Congreso en 11 de febrero de 1858 por el Ministro de Gracia y Justicia que era a la sazón don José María Fernández de la Hoz.

Entresaco algunos párrafos

Cuando la propiedad no puede transmitirse fácil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en préstamos con hipoteca. La escasez de la oferta produce la carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas. Obligados los propietarios a pagar crecidos réditos por los fondos que emplean en la labranza, o se abstienen de mejorarla y extenderla, convencidos de que la tierra no devuelve sino con suma lentitud los capitales que en ella se invierten, o abandonan el cultivo y arriendan sus heredades, lo cual las pone en manos de quien tiene interés en no hacer en ellas ninguna mejora cuyo fruto no pueda recogerse en un breve período, o apremiados por la necesidad se someten a la ley del capitalista, se obligan a pagar intereses superiores al producto líquido de su industria, y al cabo se arruinan devorados por la usura.

Y en el mismo texto, en relación con el principio de publicidad de los derechos reales y con la necesidad de hacer destacar las hipotecas tácitas y generales se lee: “sólo así podrán adquirirse y transmitirse con la seguridad necesaria los derechos reales, que son la base y garantía del crédito territorial”.

En el Dictamen de la Comisión, fechado el 1 de marzo de 1858 se vuelve a leer algo parecido. “La legislación vigente dificulta el desenvolvimiento del crédito territorial; mantiene y favorece el crecido interés de los préstamos hipotecarios, y perjudica gravemente a los progresos de la agricultura y a la mejora de la misma propiedad inmueble. No circula ésta con la facilidad conveniente, porque su estado civil carece de aquella publicidad que suele fomentar la concurrencia y promover los cambios de las cosas comerciables”.

Y más adelante se vuelve a insistir en que la “triste situación del crédito territorial se manifiesta de un modo harto sensible en el subido interés de los préstamos, que es consecuencia de la legislación viciosa y de la inseguridad que rodea este tipo de operaciones”. “Todo lo cual —se concluye— cede en grave daño de la propiedad y de la agricultura porque la una no se mejora

todo lo que pudiera por falta de capitales, y la otra, o se arruina devorada por la usura o yace estacionaria en un estado deplorable de atraso y abandono.”

Parece, pues, indudable que el legislador quería fomentar el préstamo territorial, es decir, los préstamos hipotecarios.

El Proyecto se presenta y el dictamen se redacta en los primeros meses del año 1858. No es casualidad que fueran aquellos años de efervescencia en la actividad estrictamente bancaria. En 28 de enero de 1856, es decir, dos años antes, se había dictado la ley sobre establecimiento de Bancos de emisión en general y sobre creación del Banco de España que es el nombre que tomó el que con anterioridad se denominaba Banco Español de San Fernando. Gabriel Tortella (*Los orígenes del capitalismo en España*, Madrid, 1972) ha dedicado páginas muy claras a narrar la historia de los primeros Bancos modernos, muchos de los cuales aparecen en esa década. Algunos con carácter meramente provincial o local como el Banco de Bilbao o el Banco de Santander y otros con un impulso nacional, que se produce con la entrada en el negocio bancario en nuestro país de los Péreire y de los Rothschild.

Por eso, en mi opinión, el fruto primero y más importante de la Ley Hipotecaria de 1861 es la creación del llamado Banco Hipotecario de España. Por Ley de 2 de diciembre de 1872, dictada reinando en nuestro país don Amadeo de Saboya, se creó este Banco (art. 13) del que se decía que tendrá un capital de cincuenta millones de pesetas, dividido en cien mil acciones de quinientas pesetas cada una, que se emitirán con un desembolso del cuarenta por ciento. Añadiendo que la duración de la sociedad sería de noventa y nueve años.

Y el subsiguiente art. 14 autorizaba al gobierno para conceder al Banco de París y de los Países Bajos la facultad de crear el Banco Hipotecario a que se refiere el artículo anterior. Es éste un Banco que aparece con frecuencia en los documentos de la época, porque si mi memoria no me es infiel, cuando meses más tarde la República pretendió abolir la esclavitud, cosa que tuvo que limitar a la isla de Puerto Rico, porque en la isla de Cuba planteaba problemas sin cuento, solicitó un empréstito para pagar el precio de los esclavos que era el precio de la libertad y para este empréstito acudió al Banco de París y de los Países Bajos, por lo que es legítimo suponer la existencia de estrechas relaciones del Gobierno y la Administración de esos años y el referido Banco.

Al describir las operaciones del Banco, el art. 23 cita, en primer lugar, “prestar con primera hipoteca de bienes inmuebles, cuya propiedad esté inscrita en el Registro de la propiedad, suma equivalente a la mitad a lo más de su valor en tasación, reembolsable a largo plazo por anualidades o semestres,

o a corto plazo con amortización o sin ella”. El precepto añadía que se consideraría también como primer hipoteca la que garantice un préstamo por cuyo medio queden reembolsados y extinguidos los créditos anteriores inscritos que graven la finca hipotecada. Es también de interés resaltar el art. 25 según el cual “el Banco podría realizar toda clase de operaciones comerciales que tuvieran por objeto el fomento de la agricultura o de la industria minera o la construcción de edificios, abriendo para ello créditos a las sociedades autorizadas por el Gobierno para cualquiera de estos objetos o las corporaciones o sindicatos legalmente autorizados, pero siempre sobre hipoteca, prendas preatorias o cualquier otra garantía de segura realización”.

Los arts. 33-35 articulaban un procedimiento especial de ejecución de las hipotecas, que presenta algún parecido con el que fue el art. 131 de la Ley Hipotecaria, aunque, seguramente, mucho más violento. Hay que consignar que la Ley de 2 de diciembre de 1872, aunque contenía el mandato de creación del Banco Hipotecario, era aplicable, según su disposición adicional, a “cualesquiera otros establecimientos de crédito territorial” que en el futuro pudieran formarse.

El mandato y la autorización que contenían el art. 14 de la Ley de 1872, fue ejecutado por virtud de un Real Decreto de 31 de enero de 1873, todavía en tiempo de la Primera República, que lleva la firma, como Ministro de Hacienda de don José Echegaray. Este Real Decreto concedía al Banco de París y de los Países Bajos la facultad de crear el Banco Hipotecario y, además, aprobaba los estatutos de dicho Banco.

Para cerrar esta exposición hay que mencionar todavía el Real Decreto de 24 de julio de 1875, dictado ya apenas empezada la Restauración.

En este Real Decreto se concedía al Banco Hipotecario ya constituido el monopolio del préstamo con hipoteca. “Será en lo sucesivo —decía el Real Decreto— único en su clase, mientras las Cortes no dispongan lo contrario”. Por consiguiente, se dejaba sin efecto la disposición adicional de 1872 que extendía la regulación de la ley a cualquiera otros establecimientos de crédito territorial que se pudieran formar. Y se dejaba sin efecto también la norma de una Ley de 19 de octubre de 1869 que había permitido constituir libremente bancos o sociedades de préstamos hipotecarios con derecho a emitir cédulas hipotecarias. Este monopolio del Banco Hipotecario para el préstamo con hipoteca ha llegado casi hasta nuestros días. Si ello fue acertado o no, es otra cuestión en la que, obviamente no podemos entrar.

Germán Gallego del Campo (Concepción funcional y presupuestos ideológicos del Registro de la Propiedad española, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 579, que recoge los trabajos aportados al encuentro

interdisciplinar tenido en este mismo lugar en junio de 1998) señala que en la valoración de los componentes ideológicos y socioeconómicos que rodearon a la implantación de la Ley Hipotecaria, se observan tres posiciones:

1.º Una primera posición que concibe el nuevo Registro como institución ordenadora de las nuevas estructuras de propiedad surgidas con la quiebra de la sociedad estamental del Antiguo Régimen. El sistema hipotecario se entiende así como una respuesta técnica arbitrada para ordenar el nuevo tráfico inmobiliario, caracterizado por la liberalización de las transmisiones y la mercantilización de la tierra; como una medida legislativa tendente a crear un nuevo régimen jurídico ajustado a unas relaciones de intercambio basadas en los principios teóricos del liberalismo.

2.º Una segunda posición concibe la legislación hipotecaria como un complejo normativo al servicio del crédito territorial. Liberado el tráfico inmobiliario a través de las medidas desamortizadoras y desvinculadoras, la economía del siglo XIX ha de afrontar también los problemas estructurales derivados de la descapitalización y el estancamiento de la producción agraria. Y se ve obligada a fomentar y racionalizar los canales de financiación. En esta línea, la institución registral se explica como instrumento inmediatamente asociado al aseguramiento y difusión del crédito y la garantía hipotecaria.

3.º La tercera de las posiciones, y probablemente la más polémica, caracteriza al nuevo Registro como una institución específicamente destinada a legitimar el proceso desamortizador, protegiendo los intereses de los compradores de bienes desamortizados.

Como personalmente me he encontrado de antiguo en la segunda posición, no parecerá impertinente, según espero, que haya tratado de reforzar tal punto de vista.

**LA EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA
A LAS ACCESIONES Y MEJORAS.
UNA IDEA DE «PROPIEDAD»**

Vicente Montés Penadés
Universidad de Valencia
Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO:—I. LAS DISPOSICIONES LEGALES: FORMACIÓN Y PRECEDENTES: 1. Los textos legales; 2. Una primera lectura; 3. Los precedentes; 4. Los fundamentos, según la doctrina usual.—II. LA DISCIPLINA LEGAL, EN SU CONTEXTO: 5. Extensión de la hipoteca a las accesiones; 6. La extensión a las mejoras: a) La enumeración; b) La exclusión de la construcción de nuevos edificios donde no los hubiere. 7. La conexión de estas disposiciones con las reglas generales sobre accesión y sobre liquidación del estado posesorio.—III. PARA UNA EXPLICACIÓN EN CLAVE DE “PROPIEDAD”: 8. La idea de *comprensión o extensión* de la hipoteca; 9. El régimen de las accesiones y mejoras que no se entienden hipotecadas: a) Las reglas del artículo 113 LH; b) La aplicación de estas reglas en el supuesto del artículo 110 LH; c) El caso de la nueva construcción donde antes no la había. 10. El fundo como objeto del derecho de propiedad.

I. LAS DISPOSICIONES LEGALES, FORMACIÓN Y PRECEDENTES

1. Los textos legales

Dice el artículo 109 LH que *la hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados*. El enunciado de este precepto es objeto de detalle y proyección por el artículo 110 LH, a cuyo tenor “conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 1.º *La mejoras, que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde antes no los había...*”¹.

¹ El artículo 1877 del Código civil remite a la Ley Hipotecaria. Dice el precepto que “la hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas

El artículo 111 LH se refiere a los bienes que cabe comprender en la hipoteca por pacto expreso, sin cuyo pacto no se produce la extensión.

El artículo 112 LH prevé que cuando la finca hipotecada *pase a un tercer poseedor* “no será extensiva la hipoteca a los muebles colocados permanentemente, *ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que unos u otras se hayan costeado por el nuevo dueño*, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo”.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 113 LH, “el dueño de las accesiones o mejoras que no se entienden hipotecadas, según lo dispuesto en el artículo anterior, podrá exigir su importe en todo caso, o bien retener los objetos en que consistan, si esto último pudiera hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca”. A lo que añade, en sus párrafos segundo y tercero:

“.. Si exigiere su importe, no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajenare para pagar el crédito.

Si las accesiones o mejoras no pudieren separarse sin menoscabo de la finca, el dueño de la misma cobrará su importe, aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario; mas si pudieren ser separadas sin dicho menoscabo y aquel hubiere optado, sin embargo, por no llevárselas, se enajenarán con separación del predio, y su precio, tan sólo, quedará a disposición de dicho dueño.”

al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de bienes hipotecados, o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, *con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones establecidas por la ley*, así en el caso de permanecer la finca en poder del que la hipotecó, como en el de pasar a manos de un tercero”. El precepto del Código civil sirve, pues, de pura remisión, como es propio de la peculiar relación dialéctica entre el CC y la LH en nuestro Derecho, consecuencia de que el Código, como ley posterior a la primera LH de 1861, venía a modificarla e incluso a derogarla en cuanto se le opusiera, sin perjuicio de que su condición de “ley especial” obligaba ya a matizar esta aplicación, y así el artículo 1880 CC decía que *la forma, extensión y efectos* de la hipoteca, así como todo lo relativo a su *constitución, modificación y extinción* y “a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo” queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, “que continúa vigente”. Después fue sucesivamente sustituida la primera Ley Hipotecaria, reformada en 1869, por las de 1909 y la vigente de 8 de febrero de 1946, consecuencia de la autorización concedida por la de 30 de diciembre de 1944. Se trata, pues, de una regulación posterior y especial a la que establece el Código.

2. Una primera lectura

Conviene destacar, para la buena inteligencia de los textos en examen, algunos datos relevantes:

a) Hay que distinguir entre los supuestos de conflicto entre hipotecante y acreedor y los que se producen entre acreedor y tercer poseedor de la finca hipotecada. A los efectos que aquí interesan, en cuanto a las mejoras, sólo afectan al tercer poseedor las *mejoras que consistan en obras de reparación, seguridad, o transformación que hayan sido costeadas por el nuevo dueño*.

b) En el conflicto entre hipotecante y acreedor, ciñéndonos a la literalidad del precepto, la hipoteca afecta (ya veremos cómo), además de a las mejoras que consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, a otras mejoras que se especifican como

- nuevas plantaciones
- obras de riego o desagüe
- comodidad
- adorno
- elevación de edificios
- agregación de terrenos por obra de la naturaleza.

c) De tales obras, algunas caben en la acepción usual de “obras de transformación”, y con ello se genera la duda de que, en cuanto al tercer poseedor que haya costado obras de regadío, de desagüe o de nuevas plantaciones, le afecte la hipoteca.

d) En todo caso, se excluyen las agregaciones de terrenos que no se produzcan por “acesión natural” y la “nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere”.

e) Presupuesto de que se comprendan en la hipoteca es que las mejoras *correspondan al propietario*. Y es así en general, en vista de los preceptos de los artículos 353, 358 y 359 CC, que aplican el principio de adquisición por *acesión*, que se rige por la regla general *superficies solo caedit*. La solución se complica cuando las mejoras “correspondan” a otro sujeto interesado, que puede ser el usufructuario (artículos 487, 488 y 502 CC) o incluso un arrendatario (artículos 1573 CC, 20 y 21 LAR, 21.3 y 4; 23.2 LAU 1994)², además

² No se presenta el conflicto entre dos poseedores, pues las reglas de liquidación del estado posesorio no se refieren a la adquisición del dominio, sino al reparto de los gastos y a su compensación o indemnización, a pesar de ciertas reglas, como la del artículo 456 CC.

de que, como veremos, es forzoso aplicar estos preceptos, en cuanto contemplan la liquidación del estado posesorio, para integrar la disciplina legalmente establecida, así como las reglas sobre la accesión en inmuebles (artículos 358 y sigs., Sección Segunda, Capítulo II, Título II, del Libro II del Código Civil)

f) La hipoteca afectará a las accesiones y mejoras porque “se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato”. Lo que sugiere la posibilidad de que un pacto expreso excluya la aplicación de la regla.

3. Los precedentes

La Ley Hipotecaria de 1861 tomó las reglas de los artículos 1800 y 1801 del Proyecto isabelino, invocando, en su famosa Exposición de Motivos, las Leyes de Partidas que, siguiendo a las romanas, establecieron que el derecho de hipoteca no se limitaba a la cosa hipotecada sino que era también extensivo a las *accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos y rentas no percibidos al vencimiento de la obligación*³. En la redacción de la LH 1861, como en el Proyecto de 1851, la extensión objetiva tenía carácter legal⁴,

³ Como pone de relieve BLASCO GASCO, F.: *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria*, Valencia, 1994, pags. 19 y sigs. El mismo autor se ha ocupado de este tema en *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia, 2000, pags. 181 y sigs. Y en “La extensión objetiva legal de la hipoteca”, *RGD*, 1994, pags. 17 y sigs. A su juicio, hay que referir la alusión de la Exposición de Motivos de la LH 1861 a Partidas V, XIII, 15. Pero, como señala PEREZ-PRENDES (“Notas sobre la propiedad y las cosas en el Derecho español de la Recepción”, en AAVV: *Propiedad e Historia del Derecho* (Coord. J. VARELA SUANZES-CARPEGNA), Madrid, 2005, pags. 13 y sigs, 29, 32, 33) hay que ver Partidas 5,5, 23 a 31, que resumen el Dg. 19,1,13,31 a 19,1,18, sin descuidar la RP de 1768 en la que Carlos III reguló el oficio de hipotecas (Novísima Recopilación, 10,16,3)

⁴ La explicación de GARCIA GOYENA (*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, IV, Madrid, 1852, pags. 203 y sigs., 205) arroja poca luz. Decía que el artículo 1800 está “de acuerdo con todas las legislaciones” y que el artículo 1801 “lo está igualmente con las Leyes Alemanas y con lo resuelto últimamente por la Asamblea Francesa”. No hay comentario (como pone de relieve BLASCO GASCO, *loc.cit.*, 20) sobre el conflicto con el tercer poseedor de la finca hipotecada. La redacción originaria de la LH de 1861, en el punto que especialmente nos interesa, señalaba que se entenderán hipotecados conjuntamente con la finca, aunque no se mencione en el contrato: “.. las mejoras consistentes en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de edificios, y cualesquiera otras semejantes, que no consistan en agregaciones de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere”. La propia Exposición de Motivos dice que “la Comisión ha imitado en esto a los redactores del Código civil”, pero la LH 1861 se separa claramente del Proyecto isabelino en punto a la extensión objetiva de la hipoteca al tercer poseedor de la finca hipotecada. La hipoteca no se extiende, en este caso, a los frutos pendientes y rentas vencidas, ni a los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad y transformación, siempre que unos y otras se hayan costado por el mismo dueño.

esto es, no se contemplaba la extensión convencional que ahora se regula en el artículo 111 LH para ciertos muebles, que se inmovilizan por incorporación o por destino, para los frutos y las rentas vencidas y no satisfechas. La extensión convencional fue introducida por la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909. La reforma efectuada redujo los casos de extensión legal (en defecto de pacto) y llevó los supuestos excluidos a la extensión convencional.

La doctrina ha encontrado una explicación en que la extensión legal objetiva agotaba las posibilidades del crédito mobiliario y agrícola, y por esta razón, para facilitar la explotación y, en definitiva, el ejercicio de la actividad económica por la empresa, los objetos muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada, los frutos y rentas sólo quedan afectos al gravamen hipotecario mediante pacto expreso o concreta disposición especial que lo establezca⁵.

4. Los fundamentos, según la doctrina usual

Se utilizan, fundamentalmente, cuatro argumentos, de los cuales dos tienen carácter básico y otros dos podrían ser calificados como complementarios. Los primeros pueden exponerse señalando (1) que las agregaciones son parte de la finca, y (2) que las accesiones, mejoras y frutos, así como las rentas debidas y no percibidas, pertenecen a la clase de bienes inmuebles, por naturaleza o por adherencia a los que lo son. En cuanto a los complementarios, se señala, como hacía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria, que hay una presunción de que tal fue la voluntad del dueño de la cosa, a lo que puede añadirse un argumento de equidad: así como el acreedor hipotecario ha de sufrir el detrimento de la cosa hipotecada, es justo que obtenga las ventajas⁶.

⁵ MORELL Y TERRY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, III, Madrid, 1917, pags. 660 y sigs; ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho Hipotecario*, VIII, 8.^a ed., Barcelona, 1998, pags. 1 y sigs.; BLASCO GASCO: *Objeto de la hipoteca...*, cit., 23. Como pone de relieve este autor (*Ibidem*) no cabe la crítica que una parte de la doctrina realizaba a la afectación de los frutos y de los muebles por razón de ser inidóneos, por naturaleza, para ser susceptibles de hipoteca salvo que se les “desnaturalice”, ya que la esencia de la garantía hipotecaria no se encuentra en la naturaleza (inmueble) del bien sobre el que recae, sino en que no lleva aparejada el traspaso posesorio, a diferencia del *pignus* (ya ULPiano, en Dg. 13,7,1,pr. Y en 13,7,9,2 *proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem*). Así, BUSSI: *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*, I, Padua, 1937, 481 y sigs.

⁶ Sigo la exposición de BLASCO GASCO: *loc. cit.*, 23 a 29. Véase también GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, III, Madrid, 1891, 205 y 206.

Como ha puesto de relieve uno e los más autorizados críticos del sistema adoptado⁷, las explicaciones usuales no son convincentes. La inclusión de los muebles inmovilizados por incorporación o destino entre los inmuebles no es más que una técnica basada en una ficción, con la que se intenta conseguir la transmisión de la finca como una unidad de explotación. Pero no acaban de “casar” el régimen de los artículos 109 a 111 LH con la regulación del artículo 334 CC, ni, desde luego, con la teorización de la categoría de las “pertenencias”⁸. Además de que la “adherencia” que se dice encontrar entre una indemnización y la cosa cuya desaparición o transmisión forzosa la causa no consigue explicar por qué no se ve la misma o mayor relación en cuanto al edificio construido donde antes no lo había. Y la presunción de que el dueño querría hipotecar las mejoras con la finca es de apreciación, en general, más que dudosa⁹.

Hay que seguir, pues, interrogando a los viejos textos para tratar de obtener otras respuestas más convincentes. Es seguramente acertado seguir el camino que ha señalado la jurisprudencia, en Sentencias que, como las de 14 de mayo de 1986, 21 de diciembre de 1990 y 28 de febrero de 1991, apuntaban en dirección a un conflicto dinámico y no meramente estático, que se genera por razón de cambios, alteraciones o mutaciones que ha experimentado la finca hipotecada entre el momento de la constitución y el de la ejecución del hipoteca. Item más: tal vez la razón de lo que se denomina “extensión de la hipoteca” no tenga una única causa ni se base en una misma técnica. Si la hipoteca se extiende a las indemnizaciones debidas al propietario por razón del seguro que cubría el siniestro que ha destruido la cosa, o por razón de la indemnización o justiprecio obtenido en la expropiación por causa de utilidad pública o interés social, ello se debe a que, en virtud del principio denominado de *subrogación real*, la cosa, que ya no está en poder del hipotecante porque ya no existe como tal, o porque ha sido forzosamente transferida, ha de ser sustituida por el precio o por la indemnización a la que ha quedado reducida o en la que se ha transubstanciado (si se permite esa expresión)¹⁰. Pero ello no tiene mucho que ver con lo que ocurre cuando, sin

⁷ BLASCO GASCO: *Op. cit.*, 15, 29, “la regulación de la extensión objetiva de la hipoteca perturba las categorías doctrinales derivadas del Código civil”, entre las cuales la *summa divisio rerum* entre inmuebles y muebles, y “los artículos 109 a 111 LH no se adecúan a las categorías del Código civil en orden a determinar el alcance de la extensión objetiva de la hipoteca”

⁸ Ver sobre ello CLAVERIA: Sub artículo 334 CC, en *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia*, I, Madrid, 1991, pags. 924 y sigs; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, III, 4.ª ed., Madrid, 1995, 240 y sigs.; ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *loc. cit.*, 6 y sigs.

⁹ ¿El dueño pensando al llevar a efecto la mejora que de este modo ampliaría la seguridad del crédito? Y menos queriendo hipotecarla con el fundo.

¹⁰ Tienen, desde luego, razón, en el orden teórico, ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL (*Derecho hipotecario*, VIII, cit., 13 y sigs.) cuando, siguiendo una idea de PEREZ GONZALEZ

necesidad de pacto, la hipoteca comprende o “se extiende” a las accesiones naturales de la finca y a las mejoras, éstas indicadas por medio de una enumeración abierta o ejemplificativa, y de modo que sólo en parte es proyectable sobre el tercer poseedor, cuyos derechos trata de asegurar el artículo 113 mediante una técnica que seguramente se ha de aplicar también en el caso de las mejoras no comprendidas entre partes o, incluso, en las comprendidas cuando haya optado por según qué solución alguna de las partes en conflicto.

Y dentro de esta exploración, nos hemos de preguntar cual es la razón de que se excluya del efecto legal de afección o de extensión el supuesto de los edificios construidos donde antes no había. Se presenta aquí una duda respecto de cuál es la posición del legislador, o el sentido de la norma: si se trata de salvaguardar los derechos concurrentes de terceros (el tercer poseedor, el poseedor de buena fe que ha de retirar o ha de ser indemnizado, etc.), o si se encuentra el sentido de la disposición en una determinada concepción de la propiedad o de la regulación del “bien en propiedad”.

Interroguemos, pues, a los viejos textos para hallar, si posible fuera, nuevas respuestas.

II. LA DISCIPLINA LEGAL, EN EL CONTEXTO

5. Extensión de la hipoteca a las accesiones

Es forzoso recordar que la hipoteca se extiende, sin necesidad de pacto, a las agregaciones de terrenos por accesión natural (artículos 109 y 110,1.º, inciso final, LH). Lo que es coherente con cuanto disponen los artículos 366 y siguientes del Código civil ¹¹.

Aquí la regla de la Ley Hipotecaria tiene plena justificación y su explicación puede encontrarse en consideraciones de prudencia y de equidad: la finca hipotecada ha mudado su configuración, y no cabe sostener un derecho del propietario que, además, en ningún caso cabe conectar a su trabajo o industria, o habilidad, ya que se trata de una incorporación por obra de la naturaleza. La modificación se comprenderá en la hipoteca, de modo que el adquirente del bien hipotecado, en razón de la enajenación forzosa a que la

(“Extensión de la hipoteca a la indemnización por siniestro”, *Información Jurídica*, 1942, 18 y sigs) señalan que en el caso de indemnización por siniestro no puede haber, en puridad, *subrogación real*, dado que la hipoteca se habrá extinguido *ex peremptione rei*, y será sustituida por un *pignus nominis*, una prenda sobre el crédito a la indemnización.

¹¹ Artículos 366, 369,370, 373 CC. Son los casos tradicionales de aluvión, *alveus derelictus*, *insula in flumine nata*, etc.

hipoteca puede conducir en caso de impago del crédito hipotecado, adquirirá la cosa tal y como se encuentre después de verse acrecida por las tierras adquiridas por accesión, y el aumento de valor que pueda significar beneficiará eventualmente al acreedor hipotecario, del mismo modo que le perjudicaría la pérdida o desagregación natural de tierras, pues no cabe aquí la *acción de devastación* que se basa, según el artículo 117 LH, en una disminución de valor de la finca por *dolo, culpa o voluntad* del dueño.

Otro es el caso de las *agregaciones* de terrenos que no derivan de haber adquirido, por accesión, las incorporaciones naturales¹². Son los supuestos de *agrupación* de fincas adquiridas por el dueño, pero también las incorporaciones de terrenos o de otras fincas que pasan a extender la explotación o la empresa que se ejerce sobre el fundo, incluso aun cuando no se verifique la “agrupación registral”¹³. No es bastante que el dueño (y menos el tercer poseedor) verifique una incorporación de facto o una agrupación “reuniendo dos más fincas para formar una sola”, como dice el artículo 45 RH, para que la hipoteca de una de ellas se extienda a los nuevos terrenos o a la nueva finca. Es, en paralelo, lo coherente con el principio de *indivisibilidad* (arts. 122 a 124 LH, especialmente 122 in fine y 123). Si la finca se divide, la hipoteca permanece íntegra y las fincas resultantes están afectas por la totalidad. Si la finca se agrupa con otras, la hipoteca permanece sobre la que originalmente quedó gravada, salvo consentimiento en pacto expreso¹⁴.

6. La extensión a las mejoras

a) La enumeración

La hipoteca se extiende, en el conflicto entre hipotecante y acreedor, a todas ellas, enumerándolas a través de una cláusula abierta, ejemplificativa.

¹² Dicen ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL (*Loc. cit.*, 23) que la regla es lógica, ya que se trata de un elemento nuevo, adquirido por el propietario mediante compra, herencia u otra causa jurídica y que él mismo voluntariamente une a la finca hipotecada.

¹³ Vide artículos 44, 45, etc. RH

¹⁴ Que la doctrina admite sin problemas. GARCIA GARCIA: Sub artículo 1877 CC, en *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, pags. 1907 y sigs, 1910; ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, 23. Es el criterio de la jurisprudencia. La STS de 11 de noviembre de 2003, RA 8407 dice: “..procede manifestar que, agrupada una finca hipotecada a otra finca, o agregada una porción segregada de una finca hipotecada o una finca hipotecada a otra finca libre, o viceversa, la hipoteca continúa gravando incólume sobre la finca originariamente hipotecada, sin que la misma se extienda a las demás fincas o porciones agregadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 110.1 LH, el cual dispone que no se entenderán hipotecados con la finca gravada los terrenos agregados, salvo cuando sea por accesión natural”.

Sólo exceptúa la agregación de terrenos que no derive de causa natural, como hemos visto, y la “construcción de edificios donde antes no los hubiere”.

Como antes apuntábamos¹⁵, la enumeración de las mejoras a las que se extiende la hipoteca parece distinguir entre mejoras de reparación, seguridad y transformación, y otras que podrían subsumirse entre las indicadas, pero que enumera a parte (regadío, desagüe, plantaciones). Como quiera que al tercer poseedor sólo afectan las de reparación, seguridad y transformación, se abre la duda sobre si, en el caso del tercer poseedor, las plantaciones, las obras de regadío o de desagüe y la elevación de edificios no se comprenderán, porque van enumeradas a parte. La solución más probable es la negativa: la enumeración carece de importancia ante la frase “cualesquiera otras semejantes”, y, en el caso, del tercer poseedor, el artículo 112 LH parece poner énfasis en la idea de que hayan sido costeadas por el nuevo dueño, así como en la exclusión de las llamadas “mejoras” de *comodidad o adorno*¹⁶.

b) *La exclusión de la construcción de nuevos edificios donde antes no los hubiere*

La doctrina no encuentra una explicación adecuada a esta regla del artículo 110, 1.º inciso final y suele acudir a que sus inconvenientes pueden ser paliados mediante el pacto expreso en contrario, por lo demás frecuente¹⁷. Se

¹⁵ Vide antes, 2,c)

¹⁶ A juicio de ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL (*Derecho hipotecario*, cit., 35) se excluyen de la extensión de la hipoteca, en el caso del tercer poseedor, las mejoras de comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes, así como las nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe. Pero entienden que la mención a las *obras de transformación* puede tener un sentido amplio y flexible, que califican de “contenido elástico”. Uno se pregunta si una obra de regadío no es, en definitiva, un caso de transformación. Y el sentido, en puridad, de la exclusión del efecto de la hipoteca respecto del tercer poseedor se imbrica en la reducción de lo que se incluye en la relación entre partes. El hipotecante y el acreedor hipotecario sin necesidad de pacto comprenden en la hipoteca ciertos muebles, ciertas mejoras, y ciertas accesiones. Respecto del tercer poseedor sólo se comprenden algunas de las cosas incluidas en la relación entre hipotecante y acreedor. Lo ya excluido, excluido queda, con mayor razón, cuando se trata de un tercer poseedor. Tal es el caso de las nuevas construcciones donde no las había y de las agregaciones no naturales. Véase, en el sentido indicado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2005.

¹⁷ ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *loc. cit.*, 24; GARCIA GARCIA: *Comentario*, cit., 1908; PEÑA BERNALDO DE QUIROS: *Derechos reales*, II, 2.ª ed., 431; BLASCO GASCO: *Objeto de la hipoteca*, cit., pag. 60. La Sentencia de 15 de diciembre de 1997, RA 8980 se ocupó de un caso en el que constituía el tema nuclear del debate si se integran como elementos de la hipoteca, y ha de hacerse extensión objetiva de la misma, los dos pisos altos construidos en la finca hipotecada y carentes de constancia registral. El Tribunal de instancia consideró que tales pisos eran susceptibles de aprovechamiento independiente y no se daba la necesaria accesoriadad.

discute si la razón de tal excepción se encuentra en el estímulo a la construcción, así como en el intento de no agotar las posibilidades crediticias que contiene en potencia la finca. Pero, sea de ello lo que fuere, el hipotecante, salvo pacto en contrario, podrá edificar (no sobreelevar) sin que la hipoteca afecte al edificio. Se entiende que siempre que no estuviera ya edificado, en todo o en parte, cuando se constituyó la hipoteca, pues en tal caso (Sentencia de 2 de enero de 1991) se comprende en la hipoteca¹⁸. Y lo mismo cabe decir de las subedificaciones, de las que nada dice la ley¹⁹.

El más importante de los problemas que plantea el defecto de extensión de la hipoteca a la edificación realizada sobre solar hipotecado estriba en determinar cómo se ejecutará la hipoteca en este caso, y, en concreto, si la ejecución ha de producir una suerte de disociación de titularidades, de manera que el suelo será adquirido por un rematante adjudicatario, mientras que el vuelo quedará en poder del deudor hipotecante o de un tercero. Se daría, así, paso a una suerte de superficie de carácter imperativo²⁰.

La cuestión ya se suscitó durante el debate de la Ley Hipotecaria de 1861. La respuesta de PERMANYER a ORTIZ DE ZARATE, quien había preguntado cómo podría hacerse efectiva la responsabilidad de la hipoteca sobre el

¹⁸ La hipoteca no se extiende a las sobreelevaciones que conformen una entidad distinta e independiente, como ocurre cuando el edificio está constituido en régimen de propiedad horizontal y la hipoteca que inicialmente lo gravaba está distribuida entre los distintos pisos que integran el inmueble. Es el criterio de la antes citada STS de 15 de diciembre de 1997, en la que la *ratio decidendi* se enuclea a partir de la consideración según la cual “cuando lo que se hipoteca es una parte independiente y bien determinada del edificio, como finca singular” la hipoteca no se extiende sin pacto expreso. Criterio que, a la postre, es el mismo que utiliza la STS de 8 de junio de 2004, RA 3817. Vide BLASCO GASCO: *Op. cit.*, 56-57, con indicaciones bibliográficas. También BLASCO GASCO: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito garantizado*, cit., pag. 205. Si la obra de sobreelevación la lleva a efecto un tercero, a quien el propietario ha concedido un derecho de vuelo, piensa GUILARTE ZAPATERO [: Sub art. 1877 CC en *Comentario al Código civil y a las Compilaciones forales* (Dir. M. ALBALADEJO), XXIII, 2.^a ed., 1990, 606] que si el edificio está constituido en régimen de propiedad horizontal y la hipoteca que inicialmente lo gravaba está distribuida entre los distintos pisos que integran el inmueble, no se extiende. (En contra, CAMY SANCHEZ CAÑETE, *Comentario a la Legislación Hipotecaria*, VI, Pamplona, 1975, 130). Mas si la hipoteca grava el inmueble en su totalidad porque no se ha distribuido entre los pisos que lo integran (artículo 218 RH, cuyo último inciso señala que “el acreedor hipotecario sólo podrá hacer efectivo su derecho... dirigiéndose contra la totalidad del edificio”) o si el edificio no está constituido en propiedad horizontal, la colisión entre el derecho real de vuelo y el de hipoteca se ha de solucionar por la regla *prior tempore potior iure*, que resuelve aquí la prioridad por incompatibilidad: si el derecho de vuelo era anterior a la hipoteca y estaba inscrito, prevalece y la hipoteca no se extiende; si era posterior o anterior pero no estaba inscrito, la hipoteca se extiende.

¹⁹ Como señala BLASCO GASCO, *Objeto de la hipoteca*, cit., 58. Cabe excluirlas, por pacto expreso. Y hay que añadir que la existencia de subedificaciones da a la nueva construcción realizada sobre ellas la condición de sobreelevación, con extensión de la hipoteca, salvo por inscripción de un derecho sobre el subsuelo (artículo 16.2 RH), pero siguiendo el esquema que hemos descrito en la nota anterior.

²⁰ Como la calificó BONILLA ENCINA, y recoge BLASCO GASCO, *loc. cit.*, 62

terreno excluyendo el edificio fue que suelo y edificación se enajenarían juntos, pero que sólo el valor del suelo quedaría para el acreedor hipotecario²¹. Esta solución es la que, en definitiva, contiene el artículo 113 segundo párrafo LH para el caso de que el tercer poseedor de la finca hipotecada opte por exigir el importe de las accesiones o mejoras que no se entiendan hipotecadas²² y que no puedan ser separadas sin menoscabo de la finca²³. Esta solución piensa algún autor se ha de aplicar por analogía al caso de enajenación de finca edificada cuyo solar está afecto a una hipoteca que no se extiende a la construcción²⁴, en tanto que, con mejor técnica, otros piensan que sin llegar a la aplicación analógica del indicado precepto cabe encontrar una solución muy semejante a partir de la idea misma de *extensión de la hipoteca*: solar y edificio se enajenan conjuntamente, pero el valor del edificio queda para el propietario²⁵.

La aplicación analógica del artículo 113 LH parece dudosa para resolver la cuestión, dado que del propio tenor del precepto (“según lo dispuesto en el artículo anterior”) parece desprenderse que no se refiere a las nuevas construcciones donde no las había (Sentencia de 18 de noviembre de 2005). Pero la misma idea de *extensión de la hipoteca* podría conducir a una solución adecuada.

La Resolución de 6 de febrero de 1986 declaró la extensión de la hipoteca a la obra nueva no inscrita, pero descrita en el título²⁶. La Resolución de 19 de enero de 1996 considera inscribible el pacto de extensión objetiva de la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas por el deudor o por quien se subroga en su lugar.

²¹ Vide “Leyes Hipotecarias de España. Fuentes y Evolución”, I, Madrid, 1974, 188-189.

²² Pues, dice el precepto, “no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando la enajene para pagar el crédito”, de modo que, si no pudiesen ser separadas sin menoscabo, el dueño de la finca cobrará su importe, aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario” Y añade el párrafo que si pudieran ser separadas las accesiones o mejoras sin menoscabo, y el tercer poseedor optara por no llevárselas, “se enajenarán con separación del predio y su precio, tan sólo, quedará a disposición de dicho dueño”.

²³ Vide BLASCO GASCO, *Objeto de la hipoteca*, cit., 61 y sigs.; ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, cit., 24.

²⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIROS: *Derechos reales*, cit., 431, nota.

²⁵ BLASCO GASCO: *Op. cit.*, 64. Tal era, destaca este autor, la idea que PERMANYER, defendiendo la tesis de la Comisión, sostuvo frente a ORTIZ DE ZARATE en el debate de la LH 1861. Y la que siguieron GALINDO y ESCOSURA (*Comentarios*, cit., 209).

²⁶ La STS de 8 de junio de 2004, antes citada, declaró carente de importancia que constare o no inscrita la vivienda cuya incorporación a la hipoteca constituida sobre la fábrica se reclamaba. No se extendió la hipoteca al considerar que la vivienda tenía “individualidad física y real propia y distinta de la fábrica”.

La doctrina, finalmente, entiende que no cabe estimar como nueva construcción la reconstrucción de edificio por causa de un siniestro²⁷.

7. La conexión de estas disposiciones con las reglas generales sobre accesión y sobre liquidación del estado posesorio

El presupuesto básico de la extensión de la hipoteca a las accesiones naturales y a las mejoras, expresamente indicado en el artículo 110, párrafo primero, es que *correspondan al propietario*. Lo que remite necesariamente al tratamiento que los artículos, antes señalados, 353, 358 y sigs (accesión) y 453 y sigs. (liquidación del estado posesorio) del Código civil.

La aproximación al tema debe realizarse teniendo en cuenta el principio cardinal y las reglas básicas de los artículos 358 y 359 del Código civil: lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos y las mejoras o reparaciones hechas en ellos pertenecen al dueño de los mismos *con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*. Y el artículo 359 señala que “todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario”²⁸. Estos preceptos tienen un corolario en el artículo 456 CC, a cuyo tenor “las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión”.

La regla, pues, es que el propietario del suelo adquiere, *por accesión*, lo que sobre el suelo se planta, siembra o edifica, y las obras de transformación que se realicen, suponiéndolas realizadas por él y a su costa²⁹. Del mismo modo que adquiere el acrecimiento de las tierras por aluvión (artículo 366 CC), los árboles arrancados y trasportados por la corriente de las aguas si no los reclama el antiguo dueño en un mes (artículo 369 CC) o los cauces abandonados (artículo 370 CC).

²⁷ ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., 24

²⁸ Por todos, BLASCO GASCO: *Objeto de la hipoteca*, cit., pags. 52 y sigs.

²⁹ Hay que compartir la idea de DIEZ-PICAZO sobre lo que llama “imposibilidad dogmática de construir un concepto unitario de accesión”, pues, como afirma el ilustre autor, “nos encontramos ante una serie de fenómenos que comportan modificaciones o vicisitudes en la composición o textura de las cosas y, consiguientemente, en las relaciones jurídico-reales que se dan sobre ellas. Son fenómenos que se originan por un hecho natural o por un hecho del hombre y que dan lugar a típicos conflictos de intereses que el ordenamiento trata de resolver. Por esto no puede decirse que en la base del llamado derecho de accesión esté el poder absorbente de la propiedad” (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, cit., 247-248. Vide también del mismo autor “La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión”, en la RCDI, 1966, pags. 829 y sigs.

Tiene, además, otros derechos, como el de exigir la demolición de la obra o que se arranque la plantación o siembra hechas de mala fe (artículo 363 CC), o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno o al que sembró la renta (artículo 361 CC) o ha de soportar ciertas cargas, como la de indemnizar al que edificó, plantó o sembró de buena fe (artículos 361, 453 y 454 CC), si opta por hacer suya la obra, siembra o plantación, e incluso si se hizo de mala fe la obra, siembra o plantación, cuando opta por quedarse la obra, plantación o siembra que se ha hecho con materiales, plantas o semillas de un tercero que no procedió de mala fe (artículo 365 CC)³⁰.

Las mejoras, pues, en cuanto transformaciones, obras, acrecimientos o incorporaciones realizadas a la finca, quedan, en general, en beneficio de la propiedad del fundo, y por esta razón la hipoteca los ha de comprender, salvo que se excluyan por pacto. La coherencia entre las reglas de la accesión y las previsiones del artículo 110 LH es, en este punto, plena. Otra cosa es que el propietario pueda rechazar en ciertos casos la mejora (vgr., supuesto del artículo 363 CC) o que deba asumir un coste³¹. Y otra es, también, la posición del dueño desde el punto de vista de las *expensas*, que tratan los artículos 453 a 456 y 458 CC.

Pues en la liquidación del estado posesorio el que vence en la posesión ha de abonar siempre los *gastos necesarios*, aún cuando hayan sido realizados por un poseedor de mala fe (artículos 453 y 455 CC), pero no los *útiles*, que sólo se han de abonar si subsisten al adquirir la cosa (artículo 458 CC) y sólo tiene derecho a percibir el poseedor de buena fe, con opción del vencedor entre satisfacer los gastos o el aumento de valor (artículo 453.II CC), en tanto que el poseedor de mala fe pierde lo edificado, sembrado o plantado sin derecho a indemnización (artículo 362 CC). Y tanto un poseedor como otro pueden llevarse los adornos, si no prefiere quedárselos el vencedor, que en un caso (buena fe) ha de abonar *el importe de lo gastado* (artículo 454 CC) y en otro (mala fe), *el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión* (artículo 455, inciso final, CC)³².

³⁰ Sobre todo ello, DIEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, III, cit., pags.240 y sigs, 247. Es cardinal la revisión que de la llamada "accesión industrial inmobiliaria" realiza ALONSO PEREZ (Sub arts. 358 y sigs., en *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales* (Dir. M. ALBALADEJO), V-1.º, 2.ª ed., 1990, pags. 324 y sigs; Vide también LOPEZ VILAS, R.: Sub arts. 358 y 359 CC en *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia*, I, Madrid, 1991, pags 1006 y sigs.; SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: Sub arts. 358 y 359 en SIERRA GIL DE LA CUESTA (Coord.) *Comentario del Código civil*, 3 (2000), pags. 143 y sigs.; DOMINGUEZ PLATAS: "La dinámica de los derechos reales (II). La modificación" en LÓPEZ-MONTES-ROCA: *Derecho Civil III. Derecho Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, 1994, pags.115 y sigs

³¹ Como ocurre en el caso del poseedor de buena fe que realizó obra, plantación o siembra, de acuerdo con los artículos 361, 453 y 454 CC, si es que el dueño opta por quedarse con ello.

³² Vide DIEZ-PICAZO: *Op. cit.*, pags. 679 y sigs.; MIQUEL GONZALEZ: Sub arts 453 y sigs., en *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia*, I, cit., pags. 1218 y sigs.; DE BUSTOS

De este modo, las mejoras se tratan desde la doble perspectiva de su adscripción final a la titularidad del fundo, de lo que se ocupan las reglas sobre accesión, y del régimen de los gastos generados y realizados, para compensarlos entre los poseedores contendientes, en los artículos dedicados a la liquidación del estado posesorio, si bien no pueden evitarse imbricaciones o solapamientos (artículos 362, 456, 458, etc). Las mejoras, en general, corresponden al propietario del terreno o suelo. La regla es *superficies solo caedit* (artículo 358 CC, que tiene proyección en el conflicto entre dos poseedores en el artículo 456 CC)³³. El problema sólo se plantea cuando las mejoras proceden de la actividad o industria de una persona ajena, y se resuelve en dos planos distintos:

a) En el de la titularidad, el propietario siempre podrá quedarse o hacer suyas las mejoras, si lo prefiere, pero puede rehusarlas, ya obligando a comprar o a arrendar al que edificó, plantó o sembró de buena fé (361 CC)³⁴; ya a reponer la cosa a su estado anterior, en el caso de mala fe (363 CC). Y si opta por adquirir, sólo indemniza al de buena fe (361) o a quien puso materiales, plantas o semillas de buena fe, pero fueron utilizados por el mejorante de mala fe (artículo 365 CC).

b) En el de compensar o indemnizar los gastos y las inversiones. Aquí el Código se sitúa en un conflicto entre poseedores, en el que ha de vencer el legítimo, expeliendo al anterior. Y en tal caso, atiende a un reparto equitativo, tratando de evitar el enriquecimiento injusto, esto es que se produzcan atribuciones o acrecimientos que no encuentran justificación. Los criterios que se combinan son la necesidad del gasto, que repercute en un incremento patrimonial que recibe el vencedor, la buena fe en que se encuentra el poseedor vencido, lo que significa una legitimación (subjctiva, putativa) del gasto y la utilidad (el *utiliter coeptum*) del vencedor. De ahí que: (i) siempre se indemnicen los gastos de reparación o *necesarios*; (ii) se indemnicen al de buena fe los gastos *útiles*, y no al de mala fe, que los pierde; (iii) se hayan de pagar los de lujo o recreo, por su valor en el momento de la transferencia, si el vencedor opta por quedarse con los objetos que pudieran separarse, incluso ante un poseedor de mala fe; en tanto que el de buena fe habría de cobrar el importe de lo gastado.

GOMEZ-RICO: Sub arts. 453 y 454 en SIERRA GIL DE LA CUESTA (Coord.) *Comentario*, cit., 3, pags 455 y sigs

³³ Sobre la formulación de la regla, calificada como “vieja norma quiritaria”, su significado y alcance, ALONSO PEREZ: *op. cit.*, pags. 327 y sigs. La conexión entre accesión y “*ius aedificandi*” ampliamente explicada en CARRASCO, A.: *Ius aedificandi y accesión (La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos)*, Madrid, 1986, pags. 95 y sigs.

³⁴ Vide DE ANGEL YAGÜEZ, R.: “La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 361 CC” en “*La Ley*”, 15 de noviembre de 1985, pags. 1-2

Por lo tanto, las mejoras realizadas por un poseedor siempre acaban perteneciendo al propietario, si no las rehusa y si asume las cargas que, en su caso, graven esa adquisición. La referencia del artículo 110, párrafo primero, a que “correspondan al propietario” sólo puede tener aplicación en los casos en que el propietario pueda rehusarlas (artículos 361 y 363 CC) o a los casos en que, por especial regulación, las mejoras correspondan al usufructuario o al arrendatario³⁵.

De este modo, la cuestión se traslada. Ya no se trata de que las mejoras se incorporen o no al fundo, o a la propiedad sobre el predio, sino de determinar qué posición ha de adjudicarse frente a los derechos de terceros al acreedor hipotecario y al adjudicatario por remate de la finca hipotecada en el supuesto de realización forzosa de la finca.

El artículo 110 LH hace comprender en la hipoteca, sin necesidad de pacto, toda suerte de mejoras, que en el caso del tercer poseedor el artículo 112 reduce a las de “reparación, seguridad y transformación” costeadas por el hipotecante. Ni uno ni otro consideran las agregaciones no naturales ni la construcción de edificios donde antes no los hubiere, a pesar de que hay aquí, sin duda, *mejora* y de que se ha de aplicar el principio *superficies solo caedit* y es indiferente, a estos efectos, que la obra haya sido realizada por el propietario o por un tercero (artículos 353 y 358 CC)³⁶.

Y así cuando la LH declara que, salvo pacto en contrario, se entienden hipotecadas juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato,

³⁵ Artículo 487 CC. El usufructuario puede realizar mejoras que sólo puede retirar si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes, y por las que en ningún caso tiene derecho a indemnización, pero puede compensar los desperfectos (artículo 488) y si realiza las *reparaciones extraordinarias* puede exigir, al finalizar el usufructo, el aumento de valor, con derecho de retención (artículo 502 CC). Los mismos derechos concede al arrendatario el artículo 1573 CC. Se han de tener en cuenta los artículos 20 y 21 LAR y 21 y 30 LAU. La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 de junio de 1929 consideró aplicables las reglas del artículo 110 LH a la hipoteca constituida sobre su derecho por reservistas, enfiteutas, fiduciarios, usufructuarios y arrendatarios. Vide ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., pag. 25.

³⁶ Pues, como ha dicho la STS de 1 de febrero de 2000, RA 277, si se reconoce que una determinada finca pertenece a una persona, no se le puede negar la propiedad de la edificación que hay en la misma, en tanto no se declare que por otra persona se probó ser dueño de lo construido, lo que vendría a vulnerar el artículo 359 CC y la jurisprudencia que lo aplica, como las SSTS de 10 de diciembre de 1957, RA 3438, de 12 de noviembre de 1960, RA 3473, de 7 de enero de 1984, RA 340, de 22 de diciembre de 1986, RA 7792, de 16 de marzo de 1993, RA 2285 y de 12 de mayo de 1998, RA 3574, con arreglo a los cuales el principio *superficies solo caedit* que consagra el citado artículo, es una manifestación de la fuerza expansiva de la propiedad del suelo que opera a modo de una presunción “*iuris tantum*”, de manera que la atribución de lo edificado al propietario del terreno sobre el que se ha construido tiene lugar a salvo de prueba en contrario, por lo que el *onus probandi*, en virtud de dicha regla especial probatoria, corresponde al que pretenda la titularidad de lo construido.

las mejoras, habría de fijarse en qué se altera la posición del rematante o del adjudicatario que, como sucesor en la posesión, ya ha de sufrir la aplicación de los artículos 453 y sigs CC para liquidar el estado posesorio anterior, al tiempo que debería “suceder” al antiguo propietario en la adquisición de las mejoras, ejercitando los derechos que le conceden, con el cumplimiento de las cargas o deberes que establecen, sobre adquisición o rechazo de las mejoras, los preceptos de los artículos 361, 363, 365, etc. CC.

Las expresiones “se entienden hipotecados” o bien “la hipoteca comprende” o incluso “la hipoteca se extiende” ¿En qué altera las posiciones de los sujetos implicados?

III. PARA UNA EXPLICACIÓN EN CLAVE DE “PROPIEDAD”

8. La idea de comprensión o extensión de la hipoteca

Significa que al exigirse el crédito y quedar impagado, se ha de proceder a realizar la totalidad del valor de la finca hipotecada, y de este modo la finca será sometida a enajenación por la tasación convenida, pero el adjudicatario o rematante adquirirá, mediante el pago de un solo precio, la globalidad del valor, comprendiendo las accesiones naturales y las mejoras, que, por otra parte, no darán derecho a indemnización a cargo del adquirente, sea cual fuere la relación entre el dueño de la finca o hipotecante y los que hayan realizado o llevado a cabo las mejoras, entre las cuales puede encontrarse la edificación, si es que hay pacto expreso sobre la extensión de la hipoteca. Esto es que el rematante o adjudicatario adquirirá la finca con sus accesiones y mejoras y no quedará subrogado en la posición del hipotecante que, en cuanto sucesor en la posesión, ha de verificar determinadas indemnizaciones a un poseedor anterior. La regla es que se transmite al adjudicatario todo lo que resulte ser propiedad del deudor hipotecario o del hipotecante por débito ajeno titular del dominio sobre la finca.

Y en tal caso, además, hay que atender al momento en que se encuentre la relación eventualmente existente entre el deudor hipotecario o el hipotecante y quienes puedan ostentar un derecho a una indemnización. Si han ejercitado ya ese derecho, y están reclamando del deudor hipotecario, o si ese derecho está latente y ha de ejercitarse frente al propio rematante o adquirente.

Si lo primero, en cuanto que las mejoras sean adquiridas por el propietario deudor, se comprenden en la hipoteca sin necesidad de pacto y se purgarán a través de la enajenación que comprenderá la realización del valor. No conservará el poseedor de buena fe siquiera el *derecho de retención* que le

concede el artículo 453 CC, ni podrá el que de buena fe aportó semillas, plantas o materiales que fueron utilizados de mala fe reclamar del adjudicatario en base al artículo 365 CC.

La mejora del grado que fuera (de reparación, de seguridad, de transformación, etc) si queda incorporada al área de dominio del deudor o hipotecante es, en cuanto afectada por la hipoteca, transmitida con la finca en el proceso de enajenación forzosa, pero no así la posición del deudor o hipotecante respecto de quienes, por razón de la mejora o de la accesión, tienen determinadas pretensiones que reclamarle.

Tal parece ser el sentido de una “extensión” de la hipoteca.

9. El régimen de las accesiones y mejoras que no se entienden hipotecadas

Queda ahora por explicar qué ocurre cuando accesiones y mejoras no se afectan o se adscriben al juego de la garantía hipotecaria, cuyo mecanismo de cobertura y seguridad del crédito consiste, como es bien sabido, en la realización del valor de la finca hipotecada a través de la enajenación forzosa.

a) Las reglas del artículo 113 LH

Si accesiones naturales y mejoras no quedaran afectados por la hipoteca, nos encontraríamos en la situación que trata de describir el artículo 113 LH para el caso de las accesiones o mejoras que no se entienden hipotecadas “según lo dispuesto en el artículo anterior”, referencia que ha de entenderse a que las reglas del artículo 113 se han de aplicar a todos los supuestos en que el artículo 112 no declara hacerse extensiva la hipoteca. Según ello, cuando se trate de mejoras “que no consisten en obras de reparación, seguridad o transformación”, *el dueño* puede o (a) exigir su importe; o (b) retener los objetos en que consista (esto, solamente si pudiera hacerse sin menoscabo del fundo).

(a) *Si exige su importe*, deriva de ello: (i) que ha de cobrar del precio que se obtenga cuando se enajene para pagar el crédito y no puede detener el cumplimiento de la obligación principal; (ii) si no pueden separarse las accesiones o mejoras, cobra su importe aunque la cantidad restante no alcance a cubrir el crédito hipotecario; (iii) pero si pueden separarse, y no quiere llevarselas, se enajenan con separación y el precio se pone a disposición del dueño.

(b) Si opta por *retener o llevarse las mejoras*, se procede a ello, sin más.

De modo que las mejoras y las accesiones quedan para su dueño y si cabe la separación sin detrimento, las puede retirar, pero si exige su valor depende de que puedan o no separarse sin detrimento. Si se puede hacer, se enajenan a parte (en el caso del artículo 113 LH, que no comprende las mejoras de “reparación, seguridad o transformación”). En otro caso, se separa su importe del precio global obtenido por la enajenación de la finca hipotecada.

b) La aplicación de estas reglas en el supuesto del artículo 110 LH

¿Cabe aplicar este precepto, por analogía, al caso de accesiones o mejoras que no deban ser comprendidas en la hipoteca de acuerdo con el artículo 110 LH? Lo sostiene, como hemos visto, una autorizada opinión³⁷.

La razón de la diversidad de trato, si es que se quiere sostener esta posición, se habría de encontrar bien en que el tercer poseedor aparece como dueño de las mejoras por haberlas costeado, ya que es presupuesto de la exclusión (dos presupuestos: que hayan sido costeadas por él y que se trate de obras que no consistan en reparación, seguridad o transformación), o bien en que se trate de obras de adorno o comodidad (ya que, a mi juicio, como hemos visto, la transformación comprende la sobreelevación, las obras de regadío y la de desagüe). El acento que el precepto pone sobre la posibilidad de separación hace pensar que se está pensando más bien en el caso de las obras de adorno o comodidad, esto es en la naturaleza de las obras que en la posición del tercer poseedor como dueño de las mejoras. Pero evidentemente la presencia del tercer poseedor como poseedor legítimo es inevitable.

c) El caso de la nueva construcción donde no antes no la hubiere

En el caso del artículo 110 LH, se comprenden mayor número de mejoras, y sólo cabría excluir las expresamente citadas (agregación de terrenos no natural y nueva construcción de edificios donde antes no los había). Pero en el caso de las excluidas, no es fácil hallar una solución al difícil problema que se presenta cuando se produce la enajenación forzosa de la finca hipotecada de modo que la nueva edificación no es afectada por la hipoteca. Esto es, se ofrece al mejor postor la adquisición de un solar sobre el que se encuentra

³⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIROS: *Derechos reales*, cit., 431, nota. Vide la crítica de BLASCO GASCO: *Objeto de la hipoteca*, cit., esp. 63 y sigs.

una edificación que permanecerá en poder de otro, impidiéndose de este modo, si subsistiera tan situación, la aplicación del principio *superficies solo cedit* y dificultando la adquisición, o al menos que se alcance un precio adecuado.

La solución es, como digo, difícil. Si hubiera que aplicar la regla del artículo 113 LH, enajenando conjuntamente solar y edificación, para después asignar parte del precio obtenido a uno u otra, nos encontraríamos con una suerte de composición que acaso presenta graves dificultades de orden técnico, pues si el solar quedó tasado sin edificación y ahora la edificación sigue la suerte del solar o no se podrá evaluar con certeza o se producirá una suerte de acrecimiento injustificado en el haber del rematante, un tipo de enriquecimiento injusto³⁸. O, como antes se ha dicho, se produciría una suerte de “disociación” de titularidades o de superficie forzosa, de manera que la propiedad del suelo y del vuelo quedarían separadas, contra la regla *superficies solo cedit*. La solución, por ello, o es la que ofrece el artículo 113 LH para el supuesto de que no puedan separarse las mejoras y se haya de cobrar el precio, o es otra muy semejante, con el solo inconveniente de que, a pesar de los pesares, la hipoteca afecta a quien ha realizado una nueva construcción sobre solar hipotecado donde antes no lo había.

10. El fundo como objeto del derecho de propiedad

La explicación de las reglas que hemos venido explanando se encuentra, sin duda, en la clave *propiedad*. El fundo *integrum aliquid est*³⁹, y el Código asume en sí los nexos económicos primordiales del fundo a través del límite de una expansión de la inmovilidad, ligando los medios de servicio y gestión al destino de la cosa primaria. No se encuentra la perspectiva dinámica, la conexión económica, salvo en la combinación interna de medios. No es aún aquí el fundo la base territorial de una actividad, sino el objeto del derecho de propiedad. No se tutela, en definitiva, un nexo de funcionalidad económica, sino más bien el nexo entre bienes en propiedad de un mismo sujeto⁴⁰.

³⁸ Como el señalado por la STS de 18 de noviembre de 2005, RA 7733, en cuyo supuesto ocurrió que la hipoteca constituida sobre la finca no se extendió al chalet edificado sobre ella, nueva construcción respecto de la que no hubo pacto implícito ni expreso, y el precio del remate no fue a pagar ese chalet, cuya propiedad pertenecía al constructor por haberse pactado reserva de dominio. La Sala de instancia aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto, partiendo de la base de que el terreno ha pasado a ser propiedad del rematante del solar y de que, en aplicación del artículo 358 CC, que consagra, dice, el principio *superficies solo caedit*, hay que entender que el chalet, como edificación que es, pasó a ser parte de la finca sobre la que se asienta, finca que adquirió el demandado en la subasta, pero no el chalet en sí mismo considerado.

³⁹ ULPiano, *Dg.* 50, 16, 60

⁴⁰ IRTI: *Dal Diritto civile al Diritto agrario*, Milan., 1962, pags. 14 a 16. MONTES, VL: *La propiedad en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980, pags. 67 y sigs; 81 y sigs; 231 y sigs.

La idea de *fundus instructus*, esto es, de una finca dotada de los elementos instrumentales necesarios para llevar a efecto una actividad económica dirigida a la producción de bienes, y la delineación de los nexos de conexión entre los diversos elementos, a través del derecho que al titular quepa atribuir sobre cada uno de ellos en orden a su utilización para el desarrollo de la actividad, está apuntada, pero no desarrollada en las Leyes Hipotecarias y en el Código civil. La superación de la concepción del fundo o finca como soporte de la actividad, que se presentará como un desarrollo de las facultades del propietario, como el ejercicio del derecho de propiedad, se producirá más tarde; cuando desde diversas perspectivas vaya acentuándose la importancia de la actividad misma, de la actividad organizada para la producción o el intercambio de bienes y servicios, como una *empresa*, como la unidad que es el medio de participación en el mercado, que no es un conjunto de relaciones entre propietarios o entre titulares de determinados derechos, sino entre agentes de diversos ramos de actividad, a la que están subordinados los derechos para utilización o empleo de los varios elementos. Ello requerirá que se desborde la idea de *fundo* para llegar a la de *explotación*, en paralelo al desarrollo de la idea de *establecimiento* en los sectores industrial y de servicios ⁴¹.

La idea de *actividad* a la que se subordinan los diversos elementos que organiza el empresario para la producción, y con ellos los relativos derechos de utilización de tales elementos (entre los que se encuentra, desde luego, la propiedad sobre la finca), es ajena al tratamiento que verifican el Código civil y la Ley Hipotecaria respecto de la garantía hipotecaria convenida sobre el fundo, anclada en la atribución de derechos y en la compensación de expensas. Ello explica las dificultades de comprensión del tema de la extensión de la hipoteca a las mejoras, especialmente a las mejoras instrumentales de la explotación, según antes hemos visto ⁴².

Esta perspectiva, cuyo *iter* no se ha completado entre nosotros, matizará alguna de las reglas examinadas, sin olvidar que estamos ante una *garantía real* cuya operatividad como base del crédito se encuentra en la posibilidad de una transferencia coactiva del bien sobre el que recae, lo que exige simplicidad y claridad, respecto de los eventuales derechos concurrentes y en punto a las reglas de atribución de derechos y compensación de gastos.

⁴¹ Lo que en el Derecho italiano se ha denominado *azienda*, pero carece entre nosotros de una denominación exacta, más difícil aún en el Derecho agrario, donde solemos acudir a la expresión *explotación*, utilizada en el texto.

⁴² La concepción del fundo como soporte necesario de la actividad, y de esta misma actividad como *empresa* en cuanto un mero ejercicio del derecho sobre el fundo irá siendo posteriormente revisada, al hilo de las reformas operadas en beneficio de los arrendatarios rústicos, especialmente a partir de la Ley de 15 de marzo de 1935, con desarrollos importantes a partir de la Ley de 28 de junio de 1940, hasta las Leyes 83/1980 de 31 de diciembre y 1/1992, de 10 de febrero, y 19/1995, de 4 de julio. Una protección matizada, aunque no suprimida, por la Ley 49/2003, de 26 de noviembre.

LA RESERVA DE DOMINIO *

José M.^a Miquel González
Universidad Autónoma de Madrid

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación (REF: SEJ 2005-04765/JUR) sobre “La transmisión de la propiedad: especial referencia al Derecho europeo actual”, concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UNA MIRADA A LA HISTORIA: 1. Derecho Romano; 2. Derecho intermedio; 3. El privilegio del vendedor y la regla del pago del precio.—III. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO.—IV. CONFIGURACIÓN DE LA RESERVA DE DOMINIO.—V. EL EQUILIBRIO DEL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO.—VI. LA SITUACIÓN DE PENDENCIA.—VII. LA CAUSA DE LA COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO.—VIII. LA PRETENDIDA FUNCIÓN DE PUBLICIDAD DE LA POSESIÓN.—IX. LA RESERVA DE DOMINIO Y EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD.—X. LA EFICACIA DE LA RESERVA DE DOMINIO EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. Reserva de dominio sobre bienes muebles en contrato no sometido a la LVBMP; 2. La reserva de dominio en los contratos sometidos a la LVBMP: a) Eficacia frente a los acreedores de la reserva de dominio no inscrita; b) Ineficacia de la reserva de dominio no inscrita frente a los terceros adquirentes; c) Tratamiento en la Ley Concursal del contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio no inscrita; d) Resumen; e) Eficacia frente a los acreedores de la reserva de dominio inscrita; f) Eficacia frente a los terceros adquirentes de la reserva de dominio inscrita; g) Tratamiento en la Ley concursal del contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio inscrita. 3. Reserva de dominio sobre bienes inmuebles.—XI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Desde el principio, dada la inserción de este trabajo en un Encuentro sobre las garantías reales, quiero dejar claro que, aunque la reserva de dominio cumple una función de garantía, esta función no basta para construirla como un derecho real de garantía, como la prenda o la hipoteca. Por ello, considero necesario comenzar por resolver algunos “equivocos” que se producen en torno a la reserva de dominio.

La función de garantía de la reserva de dominio va más allá de lo que alcanzan estas figuras, que buscan la realización del valor de la cosa como garantía del pago del precio. La finalidad de la reserva de dominio alcanza,

además, a proteger al vendedor frente a ejecuciones singulares y colectivas sobre el bien vendido¹. La función de garantía de la reserva de dominio, en esos supuestos, asegura al vendedor que la cosa permanezca inmune frente a tales procedimientos, bien mediante una tercería de dominio o bien un derecho de separación, respectivamente. Por consiguiente, en contra de lo defendido por un sector de la doctrina, la función de garantía de la reserva de dominio no coincide con la de una prenda sin desplazamiento, tratándose de bienes muebles. Dicho de otra manera, no basta su función de garantía para que se la deba construir como un derecho real de garantía en cosa ajena, porque su función es más amplia.

Es elemental distinguir entre función de garantía y medio jurídico mediante el que se obtiene la garantía². Esto último no supone aceptar doctrinas que puedan conducir a un fraude de normas imperativas³, ni a la admisión de negocios fiduciarios, contruidos según la teoría del doble efecto.

¹ En este sentido, Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Heidelberg 1963, t. I, *Die einfache Eigentumsvorbehalt*, p. 211: “Como garantía, la reserva de dominio es más que un derecho real de garantía, pues es propiedad plena; en su función es esencialmente distinta de un derecho real de garantía, pues no sólo garantiza el crédito por el precio de la compraventa, sino también la conservación y aseguramiento de la pretensión de restitución”. También G. Mc Cormack, *Title retention and the company charge registration system*, en *Interest in Goods*, ed. por Palmer y Mc Kendrick, Londres y Hong Kong, 1998, p. 729, señalan que Oliver L.J., “en *Clough Mill Ltd v. Martin*, cuestionó que la única finalidad del pacto de reserva de dominio fuera garantizar al vendedor el pago del precio. Sugirió que la función de la cláusula iba más allá de un mera garantía de pago del precio. En términos más generales su finalidad era proteger al vendedor de la insolvencia del comprador en los casos en que el precio quedara sin pagar. El vendedor dispone de acción para la recuperación de la cosa objeto del contrato. Alternativamente, si los bienes han sido vendidos por el comprador, el derecho del primer vendedor recae sobre el producto de esa segunda venta. Si los bienes han sido incorporados a otros productos, o forman parte de materias primas en un proceso de manufactura, el vendedor puede tener derecho al producto final, bien él solo o bien junto a otros”. Desde estos puntos de vista, es obvio que las funciones de la reserva de dominio no coinciden ni con una prenda, ni con una hipoteca. Sobre la función de la reserva de dominio, son muy interesantes las observaciones de Nuria Bermejo, *Créditos y quiebra*, Madrid 2002. Como dice la autora, p. 410, la reserva de dominio neutraliza el riesgo de que el comprador, que ya ha recibido la prestación acordada, se apropie de la misma sin satisfacer el interés del vendedor. Al neutralizar tal riesgo, continúa, la reserva de dominio facilita que el vendedor anticipe la prestación y los bienes circulen hacia quienes más los valoran. La autora, p. 411-412, también hace notar que la función de la reserva de dominio como garantía no consiste propiamente en recuperar la cosa. La eficacia del pacto como garantía consiste en conferir al acreedor un rehén con el que presionar al deudor para que este satisfaga íntegramente el precio acordado. En ese sentido, la doctrina alemana lo califica de *Druckmittel* (medio de presión). También Espejo, *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, Madrid 2006, p. 230, concluye acertadamente: “En particular es rechazable la teoría sobre la reserva de dominio que ve en ella una hipoteca o una prenda por cuanto ni la función de la reserva es equiparable a la de estas otras figuras...”

² Acertadamente Nuria Bermejo, cit. p. 411 También Blasco, *Las ventas de bienes muebles a plazos*, Valencia 2000, en p. 85-86: “...configura (la LVBMP) la reserva de dominio no como un derecho real de garantía, sino como una función de garantía...”

³ Especial preocupación por el respeto a las normas imperativas de la resolución manifiesta Peña Bernaldo de Quirós, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. T. II 4.ª ed. p. 393-394, pero como se verá, ese respeto no autoriza la desnaturalización de la figura de la reserva de dominio.

Para ilustrar la diferencia entre función de garantía —en el sentido en que aquí empleamos el término— y medio jurídico para cumplirla, podemos fijarnos, por ejemplo, en la solidaridad o en la *exceptio non adimpleti contractus*, que pueden cumplir funciones de garantía, pero no por eso han de considerarse subsumidas ni en la fianza, ni en el derecho de retención, respectivamente.

La reserva de dominio a favor del vendedor es conservación de su propiedad y no adquisición de la propiedad de su deudor. Esta diferencia fundamental es pasada por alto por quienes, improcedentemente, la comparan con la fiducia *cum creditore*⁴ o traen a colación la prohibición del pacto comisorio⁵.

De hecho, en este tema, algunos trasvasan los problemas que F. De Castro denunció sobre la venta en garantía, si bien no tienen en cuenta la esencial diversidad de una venta en garantía y una venta con pacto de reserva de dominio. En una —venta en garantía— la cosa sale del patrimonio del deudor para garantizar una deuda. En la venta con pacto de reserva del dominio, en cambio, la cosa no ingresa en el patrimonio del deudor hasta que pague el precio de adquisición. En la venta en garantía, la cosa originariamente era del deudor, mientras que en la venta con reserva del dominio es originariamente del vendedor, por lo que si el comprador la quiere adquirir, debe pagarla. En la venta en garantía, el deudor es el vendedor; en la venta con reserva de dominio el deudor es el comprador. Es natural que el comprador deba el precio de lo que compra; no es natural que el vendedor deba el precio de venta de una cosa suya, como sucede en la venta en garantía. En la venta en garantía, el deudor contrae una deuda y transmite la propiedad; en la reserva de dominio el comprador contrae una deuda para adquirir la propiedad (la deuda nace por razón de la cosa).

La reserva de dominio tampoco es creación de un nuevo derecho real de garantía en cosa ajena, pues además de ser la cosa propia del vendedor, indis-

Las normas imperativas relativas a la resolución pueden ser de aplicación cuando el vendedor, para recuperar la cosa vendida, resuelva el contrato. Naturalmente, esto no obliga a construir el pacto como condición resolutoria.

⁴ Sobre esto, Casas Vallés, *La reserva de dominio en la venta de inmuebles*, RJC 1986, p. 624, nota 20, quien traza la comparación para después rechazarla con razón. No obstante, cree que los autores de la LVBMP no han reparado en la obviedad consistente en que la cosa es del vendedor. El olvido de esta obviedad es constante en este tema.

⁵ Bercovitz, *La cláusula de reserva de dominio*, Madrid 1972, p. 94: “si permitimos que la reserva de dominio garantice directamente al vendedor con la propiedad de la cosa, no haremos sino establecer con carácter permanente la vía para defraudar la prohibición del pacto comisorio”. Con razón, Espejo en una muy recomendable monografía, rechaza este argumento de Bercovitz. Acertadamente, siguiendo a Peña, separa la reserva de dominio y la condición resolutoria explícita, de otras garantías reales atípicas, como la venta en garantía. Véase Espejo, *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, 2006, p. 99 y ss.

cutiblemente, cuando se establece el pacto, no hay ninguna razón para no respetar la autonomía privada de quienes pactan que, a pesar de la tradición, no se transmite la propiedad hasta el pago del precio, especialmente si, como luego se dirá, el pacto de reserva de dominio es plenamente conforme con la causa del contrato de compraventa con precio aplazado.

La consideración de los intereses de los terceros es el punto de vista más importante al afrontar la configuración de la reserva de dominio. Ahora bien, si el vendedor, que conserva la propiedad se enfrenta a terceros, serán las normas de protección de éstos las que decidan el conflicto a su favor o en su contra, sin que, desde un principio, deba negarse la eficacia erga omnes de la reserva de dominio, e imponer requisitos de publicidad a la propiedad reservada que no se imponen a la propiedad en general.

Hay que reconocer que la LVBMP posiblemente ha desconocido este planteamiento, y ha partido de los prejuicios dogmáticos que exigen publicidad a la propiedad mobiliaria, además de suponer que la posesión cumple una función de publicidad; mas la propiedad mobiliaria no requiere ningún tipo de publicidad para ser eficaz erga omnes. La idea contraria es un tópico muy difundido, que no toma en cuenta la diferencia entre terceros protegidos y no protegidos; sobre todo, entre acreedores y terceros adquirentes. Confunde la función de la posesión en el campo de la prueba, con la pretendida función de publicidad positiva a favor de terceros, que son dos funciones diferentes. La primera existe, la segunda, en cambio, no.

La reserva de dominio es una figura considerablemente compleja, debido a las conexiones entre los derechos de obligación y los derechos reales. En este trabajo no es posible abordar ni en general, ni en detalle, todos los problemas que la reserva de dominio suscita. Concretamente, sólo me referiré a la llamada reserva de dominio simple, sin tratar de las llamadas reservas de dominio prolongada y ampliada. Estas últimas, especialmente la prolongada, han obtenido un gran desarrollo en el Derecho alemán, y son las que presentan mayores problemas.

En nuestro Derecho, también la reserva de dominio simple es de considerable complejidad por diversas razones. Una de ellas es la discrepancia doctrinal en torno a su configuración jurídica o, como tradicionalmente se dice, a su naturaleza jurídica. Otra, es la variedad de normas que la regulan, la dificultad de comprensión de algunas de ellas y la perturbadora inutilidad de alguna otra, como el art. 10 de la ley de medidas contra la morosidad. La posibilidad de reserva de dominio inmobiliaria determina también diferencias entre las reservas de dominio.

La existencia de un Registro de bienes muebles, que pretende ser de titularidades, introduce ciertas complicaciones, sumado a que el ámbito de apli-

cación del mismo y de la LVBMP no coincide con el de otras normas. La ley concursal, como veremos, también aporta una regulación compleja sembrada de dudas.

II. UNA MIRADA A LA HISTORIA

1. Derecho Romano

Me parece oportuno recordar que las Instituciones de Justiniano establecieron como excepción a la regla general de la transmisión de la propiedad por tradición, que la tradición efectuada a consecuencia de compraventa —no de otros contratos u otras justas causas— no transmitiera la propiedad si el precio no había sido pagado (Instituciones II,1, 41). Esto, además de haberlo establecido ya la ley de las XII tablas, era, según las Instituciones, una norma de *ius gentium*; es decir, según añadieron, de Derecho natural⁶.

Este texto ha dominado la historia del Derecho europeo hasta la codificación y no parece posible estudiar la reserva de dominio, sin referirse a él.

La discusión en torno al texto de las Instituciones de Justiniano puede desdoblarse. Por una parte, ha sido objeto de una viva controversia la clásicidad de la regla del pago del precio y de sus excepciones⁷. Por otra, el sentido de la excepción si *fidem emptoris secutus fuerit* ha dado lugar a diversas interpretaciones a lo largo de la historia. Para muchos se trata de una excep-

⁶ Instituciones II,1, 41: *Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut quelibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur; venditae vero res et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur, et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.*

Esto es: “Mas si en verdad fueren entregados por causa de donación, o de dote, o por otra cualquiera, sin duda quedan transferidos, mas las cosas vendidas y entregadas no se adquieren por el comprador a no ser que hubiese pagado el precio al vendedor, o de otra manera le hubiera satisfecho, como por ejemplo, habiéndole dado una prenda o alguien que respondiese por él. Lo que ya en verdad establecen las XII tablas, pero con razón se dice que también es de Derecho de gentes, esto es, de Derecho natural. Mas si el que vendió se hubiera fiado del comprador, hay que decir que la cosa se hace inmediatamente del comprador”. Me he servido básicamente para la traducción de este texto y de los demás que cito de la traducción de García del Corral.

⁷ Una exposición de la controversia puede verse en Archi, *Il trasferimento de la proprietà nella compraventa romana*, Padua 1934. Posteriormente parece imponerse la tesis de la clásicidad. También, Maaß, *Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts*, insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert, Francfort y otros lugares, 2000, p. 35 y ss.. En cualquier caso, la regla que Justiniano atribuye a las XII Tablas, se encuentra también en Varrón, por lo que no se debería dudar de su vigencia en esa época preclásica, dice Sandmann, *Zur Geschichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland*, Marburg 1972, p. 4.

ción aplicable cuando el precio ha sido aplazado. Por el contrario, a juicio de Feenstra⁸, coincidiendo en parte con las opiniones de Ph. Meylan⁹, su significado consiste en precisar el carácter dispositivo de la regla que exige el pago del precio para que la tradición a consecuencia de una venta, transmita la propiedad. La regla, como dice este autor, está dominada por las excepciones. En efecto, interpretadas estas excepciones ampliamente, dejan muy reducidos los supuestos en los que no se transmite la propiedad por falta de pago del precio. Serían supuestos de estafas o semejantes. Si *fidem emptori sequi* es dar plazo, entonces la regla desaparece prácticamente. A juicio de este autor, la cláusula *fidem sequi* fue un truco desarrollado por los juristas clásicos para liberarse de la regla de las XII Tablas. Los compiladores justinianos la mantuvieron sin especiales propósitos propios¹⁰.

Algunos autores, como Sandmann, entienden que en la época preclásica del Derecho romano no debió de existir un pacto de garantía que cumpliera la función del actual pacto de reserva de dominio, porque, por la regla del pago del precio, estaba prevista una reserva de dominio legal¹¹.

En el Derecho romano, se utilizaron el precario y el arrendamiento para conseguir una entrega de la cosa al comprador que no transmitiera la propiedad de la cosa vendida¹². Con una entrega en concepto de precario o de arrendamiento se consigue que el vendedor conserve la propiedad, y que el comprador obtenga la posesión de la cosa; esto es, un efecto equivalente a una reserva de dominio, mediante el pacto de un precario o de un arrendamiento que se superpone a la compraventa. Kaser sostiene que los pactos según los que la cosa vendida se entregaba al comprador como arrendamiento o como precario hasta el completo pago del precio contenían una reserva de dominio¹³.

⁸ Feenstra, *Reclame in revendicatie*, Haarlem 1949, p. 298. Ha insistido en esta opinión en otros trabajos: *Fidem emptoris sequi*, en *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Florencia 1955, p. 273-288; *Eigentumsvorbehalt und die Regel von Inst. 2.1.41*, en *TvR* 58, 1990, p. 133-141.

⁹ Meylan, *Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, I, Milán 1930, p. 441-491.

¹⁰ *Eigentumsvorbehalt und die Regel von Inst. 2.1.41*, en *TvR*.

¹¹ Sandmann, *Zur Geschichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland*, Marburg 1972, p. 4.

¹² Sobre estos pactos, A. Mohino, *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Madrid 2006.

¹³ *Römische Privatrecht*, 15.ª ed. Munich 1989, p. 116. Wieling, *Sachenrecht*, 2.ª ed. p. 792, parte de que el Derecho romano no conocía, al lado de la compraventa, un contrato ulterior, como negocio de cumplimiento; la *traditio* era un mero hecho, esto es, tenía naturaleza puramente fáctica. El vendedor no podía garantizarse el cobro del precio añadiendo a la transmisión una condición suspensiva; si entregaba la cosa a consecuencia de la venta la propiedad pasaba automáticamente al comprador. Se acudía a diversas construcciones, como por ejemplo añadir a la compraventa un contrato de comodato. De otra opinión, Maaß, *Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts*, insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert, Francfort y otros lugares, 2000, p. 43.

La superposición del arrendamiento a la compraventa puede verse, por ejemplo, en D.19.2.20, 2: “A veces no se obliga el arrendador, y se obliga el arrendatario, como cuando el comprador toma en arrendamiento el fundo hasta pagar a aquél el precio”¹⁴. Un importante texto de Juliano, que citarán nuestros autores Antonio Gómez y Hevia Bolaños, admite que la tradición puede hacerse bajo condición tanto en relación con la posesión como en relación con la propiedad¹⁵.

También es importante, dentro del título del precario, D. 43.26.20 (Ulp. Resp.II):

Ea, quae distracta sunt, ut precarium penes emptorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emptorem stetit quominus persolveretur, venditorem posse consequi.

Esto es: Lo que se vende para que permanezca en poder del comprador en concepto de precario hasta que se pague todo el precio, puede recuperarlo el vendedor si no ha sido pagado por causa del comprador.

Estos textos fueron invocados a lo largo del Derecho común como fundamento de las cautelas recomendadas en los contratos de compraventa para proteger al vendedor que entregaba la cosa aplazando el pago el precio. Responden a las mismas necesidades actuales de vender a crédito, sin otra garantía que la propia cosa vendida.

También es necesario recordar a este respecto la Novela 136 cap 3, pues en ella se recogen las peticiones de los banqueros de Constantinopla a Justiniano para que se les reconociera la propiedad de las cosas compradas con su dinero, hasta que el deudor se lo devolviera, y se reconociera también que en el contrato de compraventa el deudor-comprador era sólo una persona interpuesta. La posición de estos banqueros es semejante a la que requieren los que actualmente financian al comprador.

Al comentar esta Novela, afirma Pringsheim: “Del papel decisivo de la tradición para la transmisión de la propiedad, no se dice una palabra. El pago del precio transmite la propiedad. El verdadero propietario es aquél de cuyo

¹⁴ D19.2.20.2: “Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti quum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat”.

¹⁵ D: 41,2,38,1: “Hoc amplius existimandus est, possessiones (Vulg. possessionem) sub conditione tradi posse, sicut res sub condicionem traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam condicio extiterit” (Juliano lib. XLIV Digestorum).

Esto es: “Es más: debe estimarse que se pueden entregar las posesiones (Vulg. la posesión) bajo condición, de la misma manera que se puede hacer la tradición de la propiedad de las cosas bajo condición, y no se hacen del que las recibe más que si se hubiera cumplido la condición”.

patrimonio procede el dinero de la compra. Es claramente la antigua idea griega, que Demóstenes menciona tan a menudo en sus discursos”¹⁶.

Si bien el Derecho Romano no tiene por qué condicionar nuestras interpretaciones, creo en su gran importancia. Nos ayuda a comprender mejor los problemas gracias, entre otras cosas, a la perspectiva que proporciona (*Nihil novum sub sole*) y también por haber servido de punto de partida para los Derechos europeos actuales. En este sentido, seguramente, la regla romana por la que la tradición hecha a consecuencia de una venta no basta para que se transmita la propiedad —porque hace falta además el pago del precio— debe ser tenida muy en cuenta cuando se trata de la reserva de dominio. A pesar de su antigüedad, esa regla estuvo vigente en Europa durante muchos siglos. En Alemania, hasta 1900; en España, hasta 1889 y en Francia todavía inspiró el art. 2102 n.º 4 Code Civil, como señala Planiol¹⁷. En nuestro Código de comercio, también encontró expresión en los arts. 340 y 909 (este último derogado por la LC). También se reflejó en los arts. 11 y 38.3 de la LH de 1861¹⁸. Gordillo, incluso, la reputa existente en el Derecho vigente¹⁹, opinión que no comparto. Se encuentra vigente en Navarra, ley 565.

Lo anterior pone de relieve que esa regla, según la que el pago del precio es necesario para transmitir la propiedad por tradición a consecuencia de una compraventa, ni es una regla inventada por el pacto de reserva de dominio, ni supone una desviación de los principios tradicionales del Derecho civil europeo, sino más bien al contrario; era, como ya he dicho, considerada incluso una norma de *ius gentium*, y de Derecho natural, según las Instituciones de Justiniano. Esta consideración debería tenerse muy en cuenta por quienes —a mi juicio, sin razón— ven en el pacto de reserva del dominio una figura

¹⁶ *Der Kauf mit fremden Geld*, Leipzig 1916, p. 158 y s. Precisamente, en la actualidad la falta de tradición da lugar a desestimar, en algunas ocasiones, las tercerías de dominio de los financiadores a comprador. En este sentido la STS 5.5.2005, en contra de otras como SSTS 28.4.2000, 18.11.2003.

¹⁷ *Traité élémentaire de Droit Civil*, II, París 1923, p. 515: “El origen de todos estos textos sucesivos es el §41 de las Instituciones (II,1) citado tan a menudo (...) Según los antiguos principios, la tradición de una cosa no era por sí misma traslativa de la propiedad: solamente lo era, cuando *el precio se había pagado*. Hasta el pago, el vendedor sencillamente permanecía propietario, tenía la reivindicatoria”.

¹⁸ Morell y Terry, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria Madrid 1917*, comenta el n.º 2 del art. 38 de la ley de 1909, p. 680: “. si consta el aplazamiento, procede en perjuicio de tercero la resolución, porque se expresa claramente su causa. Así se deduce también de la exposición de motivos de la ley primitiva. El art. 11 de la ley envuelve la misma solución. Si los terceros no pudiesen ser perjudicados por el hecho de saber que el precio no se pagó, ¿a qué exigir que en la inscripción conste el aplazamiento, y la forma y plazos en que se debe pagar? No necesaria esa expresión en cuanto a los interesados, e indiferente para los terceros, la exigencia no tendría razón de ser”.

¹⁹ En su comentario a la STS 5.5.1983, ADC, 1984, p. 578.

anómala, desproporcionada, o, incluso, abusiva. Por el contrario, nada es más normal que subordinar la transmisión de la propiedad al pago del precio. Una mirada a la Historia, al Derecho comparado y a las necesidades del crédito, lo confirma.

2. Derecho intermedio

Por lo que respecta a la Glosa, no se encuentran trazas de un pacto de reserva del dominio como tal. Más bien se supone la transmisión de la propiedad si el vendedor, sin más, entrega la cosa sin haber cobrado el precio²⁰. No obstante en la Glosa a C.4,54.3 se sostiene que, en caso de que se pacte la entrega de la posesión en precario, la propiedad permanece en el vendedor. La Glosa cuestiona si, en caso de resolución de la compraventa, el vendedor puede interponer una rei vindicatio; lo niega, pero deja claro “nisi precario possessionem (...) tradidisses”, en cuyo caso el vendedor dispone de la acción real, porque “apud te dominium remansit”²¹.

En la doctrina, la primera mención expresa conocida de un pacto por el que se condiciona la transmisión de la propiedad al pago del precio se encuentra en Juan de Andrés (muerto en 1348), en sus *Additiones al Speculum iudiciale* de Durante. Se ocupa de la contradicción de este pacto con el célebre texto de Labeón²², en el que se excluye que sea compraventa un contrato en el que se pacte que el dominio no pase al comprador, pero admite la validez del pacto y de la compraventa apoyado en la autoridad de un tal *Homobonus*²³. La razón de la validez de este pacto reside en que ningún texto lo prohíbe, porque el citado texto solamente excluye el pacto de que la propiedad nunca pase al comprador.

Como señala Maaß, el tratamiento del pacto en una obra como el *Speculum iudiciale*, dirigida a la práctica, presupone la existencia del mismo en la vida jurídica y no sólo a nivel doctrinal²⁴. Juan de Andrés recomienda a los vendedores no realizar la tradición sin haber cobrado el precio (“bonum est consilium venditori rem non tradere nisi pretio toto soluto”).

Maaß confirma la importancia del pacto en la vida jurídica con cita de documentos de la práctica notarial italiana de la primera mitad del siglo XIII.

²⁰ Sandmann, cit. p 15.

²¹ Maaß, cit. p. 69.

²² D. 18.1.80.3: Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius domino id agitur, ne ad emptorem transeat; sed hoc aut locatione est, aut aliud genus contractus.

²³ Sandmann, cit. p. 16.

²⁴ Maaß, cit. p. 70.

En el año 1236, un notario de Trento documenta la promesa de pago del precio de una casa: “Pignus bona dicti monasterii (el comprador) et specialiter dictam domum, et remanendo omne dominium et possessio dicte domus in dictum Matheum (el vendedor) donec solutus fuerit integre”. El vendedor retiene la propiedad y, al mismo tiempo, se hipotecan los bienes del comprador y la misma casa vendida. No hay incompatibilidad entre reserva de dominio e hipoteca; tanto la propiedad, como la hipoteca corresponden al vendedor²⁵.

También un documento de Siena del año 1222 contiene la reserva de dominio. Según refiere Maaß, junto a la hipoteca general de todos los bienes y la especial de los objetos vendidos, se encuentra la siguiente cláusula: “salvo et servato mihi dominio et proprietate dicte muli et mule donec dicta solutio facta fuerit”²⁶.

En la doctrina de los postglosadores, es muy relevante la opinión de Baldo, que influyó en los autores posteriores. Baldo se cuestiona la validez del pacto: “Quaero, venditor tradidit rem hoc pacto quod non transeat dominium. donec pretium integraliter persolvatur, numquid tenet illud pactum?”. De las Instituciones II.1.41 extrae la conclusión de que el pacto es conforme al Derecho natural, tanto más cuanto que un vendedor, aun para el caso de haber transmitido la propiedad, puede reservarse la manus iniectio en caso de que el comprador no pague el precio. Baldo establece un paralelo entre dos medios para presionar al comprador al pago del precio, ambos sometidos a una condición suspensiva²⁷. Así, en el comentario a C, 4.54.3, interpreta el pacto según el que la cosa vendida debe volver al vendedor en caso de falta de pago del precio, como una transmisión de la propiedad sometida a condición suspensiva: “natura istorum pactorum est quod dominium quod transfertur suspensive transfertur”²⁸.

La doctrina ulterior considera indudable la validez del pacto. Tal es el caso de Decius, que desmonta la objeción derivada del texto de Labeón (D.18.1 80.3) con la distinción entre un pacto que dispusiera de modo absoluto que el dominio no se transmitiera al comprador, que sería inválido, y un

²⁵ Maaß, cit. p. 71. En p.79, después de afirmar que al vendedor no le corresponde sólo la propiedad o la hipoteca, sino que le corresponden las dos, resaltando la conjunción *et*, opina que, en el documento citado, la reserva de dominio es una explicación de la hipoteca especial, de modo que ésta y la reserva de dominio son idénticas. Me parece, en cambio, que las dos figuras no son incompatibles, en tanto no se quieran ejercitar ambas, y que ofrecen alternativas diversas utilizables por el vendedor bien para exigir el cumplimiento (pago del precio), bien para recuperar la cosa.

²⁶ Maaß cit. p. 71.

²⁷ Sandmann, cit. p. 17.

²⁸ Cita de Maaß, p. 69.

“pactum dominium reservetur ad tempus donec pretium rei venditi solvat”, que sería válido ²⁹.

Autores como el Abad Panormitano (Nicolás Tudesco), Bartolomé Socino y su sobrino, Mariano Socino, admitieron la validez del pacto. Sandmann hace notar la importancia para la evolución ulterior del pacto que estos autores tomaran posición sobre el pacto en sus colecciones de dictámenes (Consilia). Según Sandmann, esto significa que el pacto de reserva del dominio respondía a necesidades prácticas del crédito, y no a la exégesis de las fuentes llevada a cabo por los eruditos del Derecho ³⁰.

Aparte de la validez del pacto, se cuestionó si se debía entender que el vendedor “fidem emptoris secutus fuerit”, cuando, sin más, entregaba la cosa vendida y sin haber cobrado el precio. En general, dice Feenstra, los glosadores, y también Bártolo, interpretaron la regla romana en el sentido de que fidem sequi se debía presumir siempre que hubiera entrega de la cosa antes del pago del precio. Contra esta teoría reaccionaron Baldo y Paulo de Castro, que interpretaron muy ampliamente la excepción, y añadieron, además, una excepción a la presunción de crédito en el caso de una venta hecha en una feria ³¹.

Uno de los comentaristas más populares de las Instituciones de Justiniano, Vinnio ³², se pregunta por qué la tradición efectuada a consecuencia de una venta requiere el pago del precio y no basta para transmitir el dominio, a diferencia de la efectuada por otras causas, contesta que ello se debe a que, en otras causas, la voluntad de transmitir es manifiesta, mientras que en la venta no lo es, a no ser que conste de otra manera más clara esa voluntad. En efecto, así dice, pues conforme a esta ley (Instituciones II.1.41) y al citado requisito, se debe entender que el vendedor sólo quiso transmitir el dominio, si se le pagaba el precio, y no transmitirlo al comprador pura y simplemente.

Al comentar la expresión fidem emptoris secutus fuerit, la explica con las palabras del texto de Pomponio (D. 18.1.19): “si hubiéramos fiado el precio al comprador sin ninguna caución”. Debe juzgarse, dice, por las circunstancias, como, por ejemplo, si se hubiese establecido el día del pago del precio, o si el comprador no tuviere el dinero a mano y el vendedor dijera, “me lo das después”. A su juicio, la opinión, transmitida como dominante por Schnei-

²⁹ Maaß, cit. p. 69; Sandmann, cit. p. 18.

³⁰ Sandmann, cit. p. 22.

³¹ Feenstra, Reclame en revindicatie, Haarlem 1947, p. 303.

³² Jurista holandés muerto en 1657. Su comentario se estudiaba en la Universidad de Alcalá de Henares. Hay traducción española, Barcelona 1846, y alemana de Klaus Wille, 2005, con prólogo de Zimmermann.

derwinnius, conforme a la que, en la duda, si el vendedor simplemente ha entregado la cosa vendida al comprador, se entiende *fidem emptoris secutus fuerit*, salvo prueba en contrario, debe convertirse en la contraria: *In dubio qui rem emptori tradit, non videtur sequi fidem emptoris, nisi emptor contrarium probetur*³³.

El pacto de reserva de dominio es aceptado por nuestros autores, desde Gregorio López en su Glosa a las Partidas hasta los autores del siglo XIX anteriores al Código civil.

Gregorio López, en su glosa “el segundo” a la ley de Partidas 5.13.28, con cita de Baldo, alude al pacto por el que el vendedor se reserve el dominio hasta que le sea pagado íntegramente el precio.

Antonio Gómez lo admite con un curioso argumento. Razona el ilustre jurista a partir de la admisión del pacto de la ley comisoria, pues si el vendedor, por ese pacto, recupera *ipso iure* la propiedad, en caso de falta de pago del precio, como si la cosa nunca hubiera sido vendida, se infiere, dice, que el vendedor puede pactar en el contrato de compraventa que no se transmita la propiedad al comprador mientras éste no pague el precio³⁴. Frente a la argumentación derivada del texto de Labeón (D. 18.1.80.3), conforme al que no puede ser una compraventa un contrato en el que se pacte que la propiedad no se transmita, opone que eso será verdad pagado el precio, pero no en otro supuesto, porque entonces es perfectamente válido el pacto impeditivo de la transmisión del dominio o extintivo del mismo, una vez que hubiera sido adquirido. Cita al respecto a Juan de Andrés en sus adiciones al *Speculum iudiciale* de Durante y también cita a Baldo. Se confirma también, dice, porque el dominio y la posesión se pueden transmitir bajo condición, a cuyo efecto cita el texto de Juliano (D. 41,2, 38,1)³⁵ y la común opinión de los doctores.

También infiere el autor que aunque es cierto que el vendedor no tiene preferencia en la cosa vendida sobre los demás acreedores, esto sólo es así cuando se ha vendido pura y simplemente, pero otra cosa es si se ha pactado o puesto la condición de que no se transfiera el dominio mientras no se le pague el precio, porque entonces es preferido a todos los demás acreedores como en cosa propia.

³³ Arnold Vinnio, *In quator libros Institutionum Imperialium Commentarius*, con prefacio y notas de Heineccio, Tomo primero, Lugduni 1777, II, I, 43 (sic), pero debería ser 41, pp. 218-219.

³⁴ *Commentariorum, variarumque resolutionum Iuris Civilis*, Salamanca 1579 II, cap. II, número 30.

³⁵ “Es más: debe estimarse que puede entregarse la posesión bajo condición, de la misma manera que se puede hacer la tradición de la propiedad de las cosas bajo condición, y no se hacen del que las recibe más que si se hubiera cumplido la condición”.

Según Antonio Gómez, como vemos, se puede someter la transmisión de la propiedad tanto a una condición resolutoria, como a una condición suspensiva, que consistan bien en la falta de pago del precio, bien en el pago del mismo, respectivamente. Además, si se pacta la reserva de dominio, el vendedor tiene preferencia sobre los demás acreedores tamquam in re propriam. No hay incompatibilidad entre el dominio reservado y la preferencia crediticia para el cobro del precio. El razonamiento es concluyente: como la cosa es propia, sobre ella tiene preferencia a todos los demás acreedores. La contundencia del razonamiento, deja en evidencia el falso argumento al que apela la tesis de la prenda, a la que posteriormente me referiré: no puede ser propietario, si tiene preferencia. Antonio Gómez razona justamente a la inversa: como es propietario, tiene preferencia. Es una conclusión sensata, porque si puede privar a los acreedores de la cosa, con mayor razón podrá cobrarse de la cosa antes que ellos. Esta idea la recoge García Goyena en su comentario al art. 1926 n.º 7 de su Proyecto.

Posteriormente, Juan de Ayllón, en sus adiciones a la obra de Antonio Gómez, aporta más autores en apoyo de que el vendedor puede pactar que el dominio no se transmita, si no se ha pagado el precio. Entre otros, Gregorio López, Gutiérrez, Parladorio, Barbosa, Hevia Bolaños, Salgado de Somoza, Larrea, Cáncer, Scaccia etc. Parladorio, dice, añade otra cláusula para el mismo fin, concretamente, la de que en la venta del fundo se pacte que, en tanto no se pague todo el precio, el comprador tenga el fundo en arriendo por una renta determinada³⁶.

Juan Yañez Parladorio³⁷ hace constar primero la regla según la que aquél que vende al fiado no es preferido, sobre la cosa vendida, a los acreedores anteriores del comprador. Para evitarlo, dice, se puede adoptar alguna cautela en el contrato de compraventa. Así, continúa, se puede insertar en el contrato de compraventa que el dominio no pase al comprador mientras no se hubiera pagado todo el precio. A esta cautela, dice, se refieren los autores que son citados por Caepolla, y además Gregorio López, un antiguo profesor suyo de Salamanca —llamado Aguilera—, Antonio Gómez, Gutiérrez, etc.

Se refiere también a la cautela consistente en que la cosa permanezca en precario en poder del comprador hasta que pague todo el precio y, entretanto, el dominio y la posesión se mantengan en poder del vendedor. De este modo, continúa, si no se paga el precio, revocado el precario, el vendedor puede recuperar la cosa vendida, bien por medio de la reivindicatoria, bien

³⁶ Illustrationes, sive Additiones eruditissimae ad varias resolutiones Antonii Gomezii, Amberes 1679.II, II, 31, p. 165.

³⁷ Rerum quotidianorum liber singulares sive unus. Valladolid 1579, cap.8, p. 156 y ss.

por medio de los interdictos posesorios, excluidos los demás acreedores, incluso anteriores.

Hevia Bolaños expone muy bien la doctrina dominante en el Derecho común con buen conocimiento de los autores y los textos en torno a los que se originó dicha doctrina. En la Curia Philipica, Hevia Bolaños trata de la prelación correspondiente al señor de las cosas que el deudor tuviere en su poder, sobre todos los demás acreedores: “De lo cual se sigue, dice, tener la dicha prelación del dominio, la deuda del precio de la cosa vendida, sin haber fe de él, o a pagar de contado en ella misma, o su precio, aunque sea después de la posesión, o tradición hecha en el comprador, pues hasta que se pague no se transfiera su dominio, y así de ella el vendedor ha de ser pagado, y preferido, como cosa propia, según una Ley de Partida, Baldo y Angelo. Y pagando se retrotrae al tiempo de la tradición”³⁸. Es interesante que, a pesar de partir de que el dominio es del vendedor, diga el autor: “y así de ella el vendedor ha de ser pagado, y preferido, como cosa propia”. No hay ningún obstáculo en que el propietario tenga también preferencia para cobrar.

A continuación tratando de la venta al fiado, dice: “Empero si al fiado fue vendida la cosa, no se tiene en ella, ni en su precio la dicha prelación del dominio por la deuda de su precio, después de la tradición, o posesión, por transferirse por ella el dominio en el comprador (...) Y en duda, entregándose la cosa vendida al comprador, es visto haber fe de precio, o ser al fiado, sino es que el vendedor pensase que luego se le había de pagar, como dice Gregorio López”. Así, en este pasaje se manifiesta la presunción (“y en duda”) de ser la venta al fiado, si el vendedor entrega la cosa sin haber cobrado el precio.

Finalmente, alude al pacto de reserva de dominio como cautela añadida a la venta: “Asimismo de lo dicho se sigue una cautela notable, para que la deuda del precio de lo vendido, habida fe de él, o al fiado, aunque sea después de la tradición, o posesión de ella, tenga la dicha prelación del dominio en la misma cosa de que procede la deuda, o su precio; y es que en la venta se diga, que no se transfiera el dominio de lo vendido en el comprador, hasta que se pague el precio, sino que solo en el ínterin lo tenga como precario, según se prueba en textos expresos del Derecho civil; y conforme otro de él, el dominio, o posesión se puede transferir sobre condición”³⁹.

Por su parte, Julio Philippo Mackensen (respondente), en “De immunitate domino a periculo”⁴⁰, expresa la idea de que el vendedor se reserva el

³⁸ Curia Philipica, Laberinto de Comercio Terrestre y Naval, Lima s.a. facsímile de la ed. Madrid 1790, p. 414-415. Libro II, cap. XII, n. 5 y 6.

³⁹ Ibidem, n 12. El texto aludido es el de Juliano D. 41,2, 38,1, también citado por A. Gómez.

⁴⁰ en Operum Samuel Strykii, volumen XII, disputatio decimasexta, Florencia 1840.

dominio, precisamente, para evitar dudas sobre si *fidem emptoris secutus fuerit*. Por tanto, según esta idea, con el pacto de reserva de dominio se trata de afirmar la regla romana frente a su excepción, alejando cualquier duda sobre si el vendedor se confió a la buena fe del comprador, “*cum jura vigilantibus subveniant*”. Según el autor, se hace la reserva de dominio para remover cualquier escrúpulo que el vendedor tenga acerca de lo que se pudiera pensar “*circa fidem habitam*”⁴¹. Considera, en contra de Carpzovius y otros —y de acuerdo con Stryk; Brunneman, Struve, Müller y otros—, que, aunque el vendedor, una vez vendida y entregada la cosa, siga siendo propietario, la cosa perece para el comprador⁴². Propone como cautela, siguiendo a Stryk, la siguiente cláusula: “Quiere (el vendedor) reservarse el dominio hasta el completo pago del precio de la venta, pero sin el *periculum*”⁴³. Según esta línea, el pacto de reserva de dominio se utilizó en el Derecho común europeo, anterior a la Codificación, para confirmar que, para la transmisión de la propiedad, el pago del precio era necesario, a pesar de haberse aplazado su pago. De este modo se evitaría la aplicación de la excepción, admitida por las Instituciones de Justiniano y por el Derecho común, consistente en que se transmitía la propiedad, aunque el precio no se hubiera pagado, si el vendedor *fidem emptoris secutus fuerit*⁴⁴. El pacto buscaría dejar claro que la voluntad del vendedor no era entregarse simplemente a la buena fe del comprador, o dicho de manera más sencilla, no era fiarse del comprador.

Estas ideas parten de que, en la compraventa, la regla romana del pago del precio para la transmisión de la propiedad era dispositiva o interpretativa de la voluntad de las partes, tal como habían sostenido muchos autores y R. Feenstra últimamente. El pacto de reserva del dominio excluiría expresamente que la voluntad de las partes pudiera interpretarse en el sentido de haber renunciado el vendedor a la aplicación de la regla del pago del precio al hacer la tradición sin haberlo cobrado.

Aunque la norma que exige el pago del precio para que la propiedad se transmita al comprador parece ser la regla general, no obstante, como señala Feenstra⁴⁵ está completamente subordinada a la excepción que se refiere al caso en que el vendedor *fidem emptoris secutus fuerit*. El alcance de esta excepción, según explica el mismo autor, suele concretarse en el caso de que

⁴¹ Loc. cit. n. 22.

⁴² Loc. cit. n. 21.

⁴³ “Er wolle ihm biss zur gantzlichen Auszahlung des Kauff-Geldes das dominium, jedoch sine periculo, reserviert haben”.

⁴⁴ Sobre el significado de esta excepción son fundamentales los trabajos de R. Feenstra citados en nota 8.

⁴⁵ Feenstra, *Reclame en revendicatie*, Haarlem 1949, p. 298 (resumen en francés).

se haya concedido crédito. Le parece erróneo creer que el Derecho romano hubiera establecido una distinción entre venta al contado y venta a crédito. Tal interpretación, dice, ha dado lugar a muchas confusiones. El citado autor piensa que la excepción supondría que la regla del pago del precio para la transmisión de la propiedad sería una regla dispositiva.

También algunos autores del siglo XIX la consideraron como regla interpretativa. Así, por ejemplo, a juicio de Stempel, la regla de la Ley de las XII Tablas sería para las Instituciones de Justiniano solamente una regla interpretativa, que también habría regido además, sin necesidad de esa confirmación legal de las XII Tablas, por ser de *ius gentium*. El alcance de esta regla interpretativa sería, según este autor, que no se impidiera la transmisión de la propiedad, en contra de la voluntad de las partes, y, además, que de la simple tradición, a consecuencia de una venta, no se infirieran las voluntades de transmitir y adquirir de comprador y vendedor, si el precio no hubiera sido pagado o no se hubiera prestado una garantía. Y para que no se produjeran errores, dice, tanto el texto de las Instituciones como otros del Digesto añaden que la transmisión de la propiedad se produce cuando, sin tomar garantías, el vendedor confía en el comprador (*fidem sequi*); esto es, cuando el vendedor efectúa la tradición sin preocuparse de su propiedad, cuya reserva no quiere⁴⁶.

En general, los Pandectistas relacionan el pacto de reserva del dominio con la norma de las Instituciones de Justiniano y así, por ejemplo, Göschen dice: “Si suponemos que el vendedor no ha quedado satisfecho de ninguna manera en cuanto al pago del precio, tal pacto (de reserva del dominio) es superfluo; pues entonces es obvio que la tradición no ha transmitido la propiedad al comprador. Por el contrario si el vendedor ha dado crédito al comprador, entonces el pacto tiene verdadera importancia práctica, pues la propiedad se transmitiría por tradición, y esto es precisamente lo que impide el pacto”⁴⁷.

3. El privilegio del vendedor y la regla del pago del precio

Es importante también la relación del privilegio del vendedor con la posibilidad de reivindicación de la cosa vendida. La regla del pago del precio evolucionó en el sentido de mantenerla en los casos de venta al contado y exceptuarla en los de venta con precio aplazado. Así, por ejemplo, en los arts. 176

⁴⁶ Stempel, Gustav Ludwig: *Ueber die justa causa bei der Tradition*, Wismar 1856, p. 85-86.

⁴⁷ *Vorlesung über das gemeine Civilrecht?* T. 2.2; *Obligationenrecht*, Göttingen 1839, p. 538.

y 177 de la Costumbre de París, que inspiró en este punto al Código francés (el art. 2102 n.º 4 de Código civil francés).

A juicio de Feenstra⁴⁸, se ha llegado a esta interpretación por un entendimiento erróneo de la excepción *fidem sequi*, conforme a la que ésta se referiría al caso de la venta a crédito, entendimiento que no tiene ningún apoyo en los textos romanos según este autor. A partir de esa concepción errónea, explica Feenstra, se ha dicho que en caso de concurso del comprador poco tiempo después de la venta, el vendedor puede reclamar la misma cosa, aunque haya dado plazo para el pago, y que debe ejercer su derecho inmediatamente.

Como en otras ocasiones se originó un debate en torno al origen de la “reivindicación” y del privilegio del vendedor no pagado recogidos en textos franceses y holandeses. Lo que me parece interesante es la relación entre ambos, que hemos podido comprobar en autores como Antonio Gómez.

En este debate, Feenstra se pronuncia en contra de Van Raalte, que trató del origen romano o germánico del privilegio del vendedor y de su derecho de reivindicación. Van Raalte opinó que el privilegio sería una antigua costumbre nacional francesa y la reivindicación, en cambio, una innovación posterior⁴⁹. Feenstra sostiene, al contrario, que el privilegio del vendedor no pagado solamente es un aspecto desde el que se puede considerar la reivindicación: el vendedor, que sigue siendo propietario de la cosa entregada y no pagada, puede recuperar la cosa en natura, pero muchas veces preferirá emplear su derecho de propiedad para forzar a los otros acreedores a pagarle con preferencia el importe procedente de una ejecución⁵⁰.

Así es como, según Feenstra, habría nacido el privilegio del vendedor que se distingue netamente de otros privilegios y que por más comodidad llama “el privilegio del propietario”.

Examinando los textos del antiguo Derecho francés relativos a la reivindicación o al privilegio del propietario, concluye Feenstra que se trata de disposiciones de un antiguo derecho comercial internacional que no tiene su origen en Francia⁵¹. Además de los estatutos de Marsella, Feenstra cita otros de

⁴⁸ Feenstra, *Reclame* cit. p. 300 y s.

⁴⁹ Citado por Feenstra, cit. p. 303.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Feenstra cita una sentencia del Parlamento de París de 1306 y la transcribe en un apéndice, *Reclame*, cit. p. 308, en la que se da la razón a unos comerciantes catalanes que vendieron unos paños a un tal Perceval, que huyó sin pagarlos, y los obligó a los mercaderes de la Champagne, pero fueron hallados en poder del citado Perceval. Se había juzgado que los paños debían ser vendidos para satisfacer las deudas contraídas por este sujeto en las ferias de la Champagne. Sin embargo, el Parlamento de París estimó la apelación y ordenó la restitución de los paños a los comerciantes catalanes.

ciudades italianas como Pisa, Plasencia, Pera, Albenga, Génova, Siena y Sassari. Lo más frecuente es considerar al derecho del vendedor como una reivindicación o como un privilegio de propietario; por excepción, dice, hemos encontrado la concepción del derecho del vendedor no pagado como prenda tácita, pero probablemente ésta no es más que una interpretación posterior de un antiguo Derecho mal comprendido⁵².

“La doctrina moderna”, dice Feenstra, “distingue netamente el privilegio del vendedor de la reivindicación, pero ya hemos observado que este privilegio como `privilegio del propietario, no es más que un aspecto bajo el que se ha considerado la reivindicación. Esto es poco más o menos lo que ha conducido a concebir el privilegio como una institución completamente distinta de la reivindicación, concepción cuyas consecuencias sólo fueron extraídas plenamente por el art. 2102.4.º del Código civil francés. En este punto, la terminología del derecho consuetudinario, así como la de los romanistas y otros autores, ha sido siempre muy vaga; ha sido sobre todo la concepción del derecho del vendedor como una prenda tácita lo que ha engendrado las confusiones”⁵³.

En esta misma línea, pueden encontrarse las Ordenanzas de Málaga, Bilbao y Cádiz, citadas por Aurora Martínez. En ellas no se atiende a si el vendedor es o no propietario, se atiende a si ha cobrado el precio o no, a fin de reconocerle el derecho de separación en la quiebra del comprador. “Las Ordenanzas más representativas no distinguen entre las ventas al contado y las ventas al fiado (...) Basta que el quebrado no haya pagado el precio para que el vendedor pueda obtener nuevamente la cosa”⁵⁴. Las de Málaga, observa Aurora Martínez, presentan una nota interesante, porque, si bien hablan de hipoteca a favor del vendedor, le dan el trato de propietario, al permitirle recuperar los bienes; es decir, aquí puede comprobarse la misma confusión aludida por Feenstra.

También en Philippe Renusson (seudónimo: Philippes Dernusson), se encuentra la mezcla del privilegio y la regla del pago del precio romana. “El vendedor tiene una hipoteca privilegiada sobre la cosa vendida hasta que se le pague el precio y es preferido a todos los acreedores sobre la cosa vendida, pero según el Derecho antiguo esto no procedía más que cuando al vender se hubiese estipulado que la cosa quedara afectada e hipotecada para el pago del precio: pues si la hubiera vendido pura y simplemente, y se hubiera fiado del

⁵² Feenstra, *Reclame en revendicatie*, cit, p. 303.

⁵³ Feenstra, *ibidem*, p. 306.

⁵⁴ A. Martínez Flórez, *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, Madrid 1999, p. 60 y ss.

comprador (et qu'il eût suivi la foy de l'acheteur), que hubiera tomado posesión sin haber pagado el precio, no tendría hipoteca ni privilegio, no tendría más que una acción personal conforme a la ley *quidam fundum*" (D.15.3.10)⁵⁵.

Es importante notar la preferencia que tiene también sobre la cosa vendida el que presta el dinero al comprador para pagar el precio, cuando pruebe que su dinero ha sido empleado para pagar al vendedor en cuyo lugar ha querido suceder, si hubiera estipulado que la cosa le debía quedar hipotecada. Tendría un privilegio real sobre la cosa, y sería preferido a todos los acreedores del adquirente, dice Renusson, con remisión al Código de Justiniano 8.17.7.

Domat mantiene la regla del pago del precio para la transmisión de la propiedad, salvo que el comprador haya dado una garantía al vendedor o éste se haya contentado con la simple obligación o promesa del comprador⁵⁶. Domat no habla de venta al contado o a plazo. *Fidem emptoris sequi* se equipara a contentarse con la promesa u obligación del comprador.

En la costumbre de París, que se impuso en otros territorios, tomó en consideración si el vendedor dio plazo o no; así, si lo dio, tiene solamente la preferencia mientras la cosa esté en poder del comprador, pero, si no dio plazo (*sans jour et sans terme*), entonces tiene la reivindicatoria.

Bourjon trata del privilegio del vendedor que ha dado plazo al comprador y del privilegio del que ha vendido "*sans jour et sans terme*" esperando cobrar prontamente⁵⁷.

El primero no puede reivindicar, ni impedir la venta forzosa; solamente tiene preferencia para cobrar. El segundo, además, puede reivindicar la cosa incluso de un tercero de buena fe, con tal de que lo haga inmediatamente, pues en otro caso se entendería que había dado crédito al comprador.

La diferencia se funda, dice Bourjon, en que, en el segundo caso, el comprador no ha llegado a ser propietario, más que bajo la condición de pagar el precio, condición que no ha cumplido, por lo que deja la convención imperfecta e incapaz de transmitir la propiedad de la cosa. Lo que funda la reivindicación citada, es, dice, el incumplimiento de una condición⁵⁸.

⁵⁵ *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et placé des créanciers*, Paris 1743, p. 49.

⁵⁶ *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, París 1777, Libro I tit. II sect. II n. X.

⁵⁷ Como es sabido, Bourjon es el primer autor que habla de la regla "*possession vaut titre*" en relación con los bienes muebles, porque la máxima era utilizada desde antiguo en las posesiones de larga duración.

⁵⁸ Bourjon *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, París 1747, I, p. 124: "V. Celui qui a vendu un meuble, sans jour & sans terme, espérant en être payé

Ferriere, al comentar el art. 177 de la Costumbre de París, explica cómo el vendedor que ha dado plazo para el pago del precio ha suivi la foi del comprador y por ese motivo le ha transmitido la propiedad, conforme al texto de las Instituciones de Justiniano. Sin embargo, añade, si la cosa vendida es embargada en poder del comprador, el vendedor puede oponerse e impedir la venta, por ser un acreedor privilegiado y preferente a todos los demás sobre esa cosa, porque la Costumbre le confiere una hipoteca especial sobre la misma en garantía del precio, e incluso en su favor procede fingir que la propiedad de la cosa no ha pasado nunca al comprador en tanto se encuentre en su posesión⁵⁹.

A continuación, Ferriere se hace eco de una objeción consistente en que mal se puede oponer el vendedor al embargo de los demás acreedores, ya que al dar plazo y éste no haber vencido, se podría decir que nada se le debe aún, pues se dice vulgarmente qui a terme ne doit rien.

Responde que el hecho de dar plazo no impide que el precio se deba, si bien el vendedor no puede exigir el pago. Esta imposibilidad, señala Ferriere, no debe ser un obstáculo para que el vendedor pueda impedir la venta promovida por otros acreedores, pues el comprador puede resultar insolvente y el vendedor perdería después el privilegio que la Costumbre le otorga.

Estos textos de Ferriere me parecen significativos, porque conceden al vendedor una tercería de dominio, a pesar de haber vendido al fiado y a pesar de ser un acreedor privilegiado. Demuestran que el vendedor no está suficientemente protegido con un privilegio calificado de hipoteca especial sobre la cosa vendida. Antes del vencimiento del plazo, necesita impedir los embargos trabados por otros acreedores.

Visto todo lo anterior, de esta mirada a la historia interesa destacar:

1) La necesidad del pago del precio para la transmisión de la propiedad por tradición a consecuencia de una venta se considera una regla de *ius gentium*, incluso de Derecho natural.

comptant, peut suivre & revendiquer sa chose, même des mains de l'acheteur de bonne foi (...) VI. Le droit de revendiquer, en ce cas, est fondé sur ce que la première vente se trouve sans effet, ayant été faite sous une condition qui n'a pas été exécutée; défaut qui ouvre là voie à la revendication. Telle est sûr ce, la pratique & l'usage du Châtelet. VI. Il n'en seroit pas de même, c'est-à-dire, qu'il n'y auroit plus lieu à la revendication, si le premier vendeur avoit donné terme, en ce cas, la première vente seroit parfaite, & le premier acheteur auroit pû vendre à un autre, & par conséquent, le droit de suite n'auroit plus lieu; ce n'est plus alors condition non accomplie, mais simple créance. Cette proposition & la précédente, sont établies sûr les titres des Saisies & Revendications, comme étant le vrai siège de la matière”.

⁵⁹ Nouveau commentaire sur la coutume de la prevoté et vicomté de Paris, Paris 1741, I p. 386.

- 2) Es una regla dispositiva, dominada por sus excepciones
- 3) La excepción consistente en que el vendedor se ha fiado del comprador (*fidem emptoris secutus fuerit*), convierte la regla en dispositiva.
- 4) El pacto de reserva del dominio, a su vez, reafirma la regla y evita interpretaciones de la voluntad de las partes en el sentido de que la entrega, sin más, signifique voluntad de transmitir incondicionalmente.
- 5) El privilegio del vendedor no pagado se habría originado a partir de la retención de la propiedad por el vendedor, como una alternativa a su derecho de propiedad más favorable a los acreedores, pero no siempre incompatible con la retención de la propiedad por parte del vendedor.

Al margen de estas ideas, hay que recordar la existencia del censo reservativo como medio de garantía del precio de venta de un inmueble. El censalista transmite la propiedad al censatario, reservándose el derecho a percibir una renta sobre el mismo inmueble. Esta figura ha servido para la misma finalidad que la reserva de dominio en bienes inmuebles, aunque la importante diferencia de que el censalista (vendedor) no puede exigir el capital, sino solamente las rentas. El censatario (comprador) puede redimir el censo, restituyendo el capital⁶⁰.

III. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

En los Ordenamientos jurídicos actuales prevalece la construcción de la reserva de dominio conforme a la teoría de la condición suspensiva. También en el Derecho comunitario, el Reglamento 1346/2000 de 29 de mayo y la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y de la Comisión de 29 de julio de 2000 configuran la reserva de dominio como un pacto que condiciona de modo suspensivo la transmisión de la propiedad⁶¹.

Ésa es la doctrina prácticamente unánime hoy en el Derecho alemán y ha sido reiterada expresamente en la reforma del Derecho de obligaciones del BGB en el nuevo § 449, sustituto del anterior § 455⁶².

⁶⁰ Véase sobre esto, Sandmann p. 24 y s. y autores allí citados. Un amplio estudio del tema puede encontrarse en Maaß, cit. p. 102 y ss.

⁶¹ Un visión comparativa puede verse en el libro dirigido por E. M. Kieninger "Evaluation: a common core?", en *Security rights in movable property in European Private Law*, Cambridge 2004. Un trabajo que abarca los Derechos de Europa del Este, además de Francia, Gran Bretaña, Holanda y Japón, es el de J. Westphal, Eigentumsvorbehalt in internationalem Vergleich-unter Berücksichtigung des Rechts ausgewählter osteuropäischer Reformstaaten, en *Iusto Iure, Festgabe für Otto Sandrock zum 65. Geburtstag*, 1995, p. 55.

⁶² La doctrina de Blomeyer, importada en España por R. Bercovitz, sólo ha sido defendida aisladamente en Alemania y hoy está completamente abandonada, Westermann, Sachenrecht,

El nuevo precepto contiene algunas variantes respecto del anterior. Una consiste en haber suprimido del primer párrafo una alusión a la facultad de resolver y haber añadido, en un nuevo punto y aparte, que el vendedor no puede recuperar la cosa fundado en la reserva de dominio, si no ha resuelto el contrato⁶³. Además, en un tercer apartado, se declara la nulidad de una reserva de dominio que haga depender la transmisión de la propiedad de que el comprador cumpla el derecho de crédito de un tercero, especialmente el de una empresa vinculada al vendedor.

La solución que ofrece el BGB a la construcción de la reserva de dominio es indubitada y clara, según palabras de Wilhelm, quien añade: “la regla del cumplimiento simultáneo rige como principio en la compraventa y en todos los contratos sinalagmáticos. Si el vendedor, en interés del comprador, se aparta de ella, en cuanto pone a disposición del comprador la cosa antes del completo pago del precio y, por tanto, anticipa el cumplimiento, puede, sin embargo, acogerse al citado principio en cuanto se refiere a la ulterior ejecución de su obligación derivada del § 433 I 1, esto es, la de transmitir la propiedad al comprador. El vendedor puede reservarse la propiedad (...) Solamente con el pago del precio la cosa del vendedor será una cosa del comprador”⁶⁴.

Como dice Wilhelm, apenas es imaginable la cantidad de ideas que provocó el tratamiento doctrinal del § 455 antiguo⁶⁵.

El Derecho francés merece una atención especial, porque ha sufrido una evolución muy importante que ha llevado a una reciente reforma del Código civil⁶⁶. Hasta la reforma de 1980, la reserva de dominio no era eficaz en el

1998, p. 283; Reinicke-Tiedtke, *Kreditsicherung*, 2006, p. 289; J. Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlín 2007, p. 865. Según informa Wilhelm, p. 866, una nueva teoría considera, a ciertos efectos, titular de un derecho de prenda, no precisamente al vendedor, sino al comprador (Harke, *JuS* 2006, p. 185).

⁶³ El anterior §455 decía que si el vendedor de una cosa mueble se hubiera reservado la propiedad hasta el pago del precio, en la duda hay que entender que la transmisión de la propiedad tiene lugar bajo la condición suspensiva del completo pago del precio y que el vendedor tiene la facultad de resolver el contrato si el comprador incurre en mora. Como se ha indicado, en el nuevo §449 se dice lo mismo, pero se suprime la alusión a la facultad de resolver. A cambio, se introduce otro apartado en el que se condiciona la recuperación de la cosa por el vendedor, a la resolución del contrato.

⁶⁴ Jan Wilhelm, *Sachenrecht*, 3.^a ed. Berlín 2007, p. 865 marginal 2335.

⁶⁵ Wilhelm cit. p. 865, marginal 2336, también informa de una nueva propuesta (Harke, *JuS* 2006, p. 185), según la que se trataría de un derecho de prenda, no ya del vendedor, sino del comprador.

⁶⁶ Sobre la evolución del Derecho francés en este tema, V. Haase, *Entwicklung der Verkäufersicherungsrechte an beweglichen Sachen in Frankreich*, Münster 1999. Los obstáculos que se pusieron a la reserva de dominio, y que hoy han sido totalmente superados, son semejantes a los que algunos han formulado entre nosotros. En primer lugar, se planteó si el art. 1583 del Code permite que la transmisión de la propiedad sea retrasada por pacto. Algunos lo negaron, pero finalmente se

concurso del comprador⁶⁷. Se debía a la doctrina de la propiedad aparente apoyada en el art. 2279 “En fait des meubles possession vaut titre”. De acuerdo con esta doctrina, los acreedores podrían confiar en la apariencia suscitada por la posesión de bienes muebles a la hora de valorar la solvencia de la otra parte contratante⁶⁸. Esta idea es absolutamente anacrónica y carece de apoyo en las prácticas bancarias y, en general, de quienes conceden crédito. No obstante, ha tardado mucho en quedar desacreditada. Se relaciona con la función de publicidad que, indebidamente, se asigna a la posesión.

La Cour de Cassation resolvió hace tiempo (Sentencia de 20. 11.1979) que el pago del precio en un pacto de reserva del dominio se considera como una condición suspensiva para la transmisión de la propiedad⁶⁹. En la misma línea se encuentran las Leyes de 1980 y 1985. Por tanto, se rechaza la tesis de la asimilación de la reserva de dominio a una prenda sin desplazamiento⁷⁰.

El Código francés ha sido modificado por la “Ordonnance” n.º 2006-346 de 23 marzo de 2006, relativa a las garantías. En lo que afecta a nuestro tema, la reforma ha introducido en el Código civil los arts. 2367 a 2372, bajo el título “retención de la propiedad en garantía”. Acepta la configuración de la reserva de dominio como cláusula que suspende el efecto traslativo del contrato hasta el completo pago de la obligación que constituye la contraprestación y establece que la propiedad reservada es accesorio del crédito cuyo pago garantiza. De esta manera, los financiadores pueden subrogarse en el crédito y también en la propiedad reservada⁷¹.

impuso la idea de que, si bien la transmisión de la propiedad es un elemento natural de la compraventa, se puede diferir por pacto. Según la opinión dominante, las disposiciones del Código civil sobre la transmisión de la propiedad por el mero consentimiento contractual sobre la cosa y el precio no son imperativas, ni de orden público. El art. 1583 no es contrario a un pacto de reserva de dominio.

Otra cuestión es si el pago del precio puede constituir una condición, lo que también fue rechazado, porque el pago del precio no es una condición que someta la perfección de la compraventa a su realización. Hace depender la transmisión de la propiedad. Finalmente, se ha cuestionado si constituye un pacto en fraude de ley que evita la prohibición de una prenda sin desplazamiento. La doctrina dominante responde que el vendedor es un propietario y que no necesita un procedimiento para la realización del valor de la cosa. No se le otorga una preferencia sobre la cosa; como propietario, es quien permite la posesión del comprador, posesión que puede recuperar basado en su propiedad. El vendedor con pacto de reserva de dominio debe ser tratado como los demás propietarios cuyas cosas se encuentren en poder de su deudor (Haase, p. 61-65). Sin embargo, no fue reconocida la eficacia del pacto en el concurso del comprador: el Tribunal de Casación en sentencia de 21.7.1897 se apoyó, para rechazar la eficacia del pacto en el concurso, en la teoría de la “*solvabilité apparente*”. La jurisprudencia y la doctrina posteriores apoyaron esta idea.

⁶⁷ Sobre esto, Ghestin-Desché, *Traité des Contrats. La vente*, París 1990. p. 647 y ss.

⁶⁸ Kieninger, cit. p. 652.

⁶⁹ Frédéric Dahan, en Kieninger, cit., p. 255.

⁷⁰ Ghestin-Desché, cit. p. 677.

⁷¹ Ghestin-Desché, cit. p. 674 planteaban la posibilidad reconocida ahora por la reforma de 2006. Citaban una tesis de J. Mestre en la que ya en 1979 se admitía esa posibilidad.

El acreedor puede recuperar la cosa en caso de impago, pero debe imputar el valor del bien a la extinción del crédito. Si el valor del bien es superior al saldo, el acreedor deberá abonar al deudor la diferencia.

Igualmente, prevé la reserva de dominio prolongada, al disponer que el derecho de propiedad recaerá sobre el crédito del deudor contra el comprador sucesivo ⁷².

En otros Derechos europeos también se configura la reserva de dominio como una transmisión condicionada al pago del precio.

Es aleccionador que, en Bélgica, la reserva de dominio sólo haya sido reconocida en 1997 por la nueva Ley concursal (art. 101). Según informa E. Dirix, antes de esta reforma la Cour de Cassation sostuvo que el reconocimiento de la propiedad del vendedor, en conflicto con otros acreedores del comprador, era irreconciliable con el principio del art. 2279 (la posesión de los bienes muebles equivale al título). La reforma fue inspirada por el ejemplo francés. La única exigencia formal es que el pacto conste por escrito; no hay formalidades especiales, ni requisitos de publicidad ⁷³.

En Italia, se regula en el Código civil. Para que sea eficaz contra los acreedores del comprador, se exige escrito con fecha cierta y si recae sobre determinada maquinaria, se requiere inscripción en un Registro, además de otros requisitos. El art. 1523 establece que, si en el contrato se contiene la cláusula de reserva del dominio, la propiedad se transmite al comprador al pagar el último plazo ⁷⁴.

En Austria, el pacto se configura como una condición suspensiva y no requiere especiales formalidades; no hace falta publicidad. Es el único tipo

⁷² Los preceptos añadidos al Código civil francés en este tema son los siguientes:

«Art. 2367. - La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.

«La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement.

«Art. 2368. - La réserve de propriété est convenue par écrit. «Art. 2369. - La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte. «Art. 2370. - L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage. «Art. 2371. - A défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer.

«La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie.

«Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence.

«Art. 2372. - Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien».

⁷³ E. Dirix, en Kienninger cit. p. 259.

⁷⁴ M. Graziadei, en Kienninger cit. p. 265-267.

de garantía que no requiere publicidad en Austria, con tal de que los bienes sólo garanticen las pretensiones derivadas del contrato de compraventa⁷⁵. Además, es la única garantía mobiliaria no posesoria. Esto la convierte en la garantía mobiliaria más popular en Austria. En todos los demás casos se exige publicidad.

En la doctrina austriaca se ha sostenido que no hay que proteger a los acreedores del deudor en el caso de la reserva de dominio, porque la propiedad no se toma del patrimonio del deudor, sino que, por el contrario, la propiedad se añade a su patrimonio⁷⁶. El patrimonio del deudor, consiguientemente, no disminuye⁷⁷. Esta observación es muy importante, porque pone en claro la gran diferencia entre la venta en garantía y la reserva de dominio. Consiguientemente, esa observación también ilustra el error de apelar, invocar o aludir a la prohibición del pacto comisorio en la discusión sobre la configuración de la reserva de dominio.

En Grecia, se puede configurar la reserva de dominio como transmisión sometida a condición resolutoria o a condición suspensiva. En caso de duda, se considera sometida a condición suspensiva (art. 532; es regla de interpretación) No se imponen formalidades. Cabe inscribirla, pero la inscripción no siempre impide la adquisición por un tercero de buena fe⁷⁸.

En Portugal, el art. 409 del Código civil permite pactar que la transmisión de la propiedad no se produzca hasta el completo pago del precio. La reserva de dominio siempre es oponible a los terceros, ya sean acreedores, ya sean subadquirentes, aunque ha de estar inscrita en el caso de inmuebles y muebles registrables, que son automóviles, barcos, aviones y acciones. Un pacto de reserva de dominio sobre maquinaria no requiere inscripción.

También en Holanda el pacto de reserva del dominio se configura como una transmisión bajo condición suspensiva. El vendedor puede separar la cosa vendida de la masa del concurso, por medio de una rei vindicatio, si bien el administrador del concurso puede elegir pagar el precio debido. Se admite el pacto contenido en condiciones generales. No requiere forma especial.

En el informe relativo a Escocia contenido en el libro editado por Kieninger, después de señalar que el Derecho escocés siempre ha reconocido la vali-

⁷⁵ G. Graf, en Kieninger, cit. p. 250. Una excepción a la no necesidad de publicidad se hace con ciertas máquinas. Es aconsejable inscribirlas en el Registro Inmobiliario, porque si no se inscribieran podrían quedar afectadas por la extensión de una hipoteca, si el acreedor cree de buena fe que pertenecen al propietario del inmueble (G. Graf, en Kieninger, p. 253).

⁷⁶ Koziol-Welser y Bydlinski, citados por Graf, p. 252.

⁷⁷ G. Graf en Kieninger, cit. p. 253.

⁷⁸ K. Chistodoulou, en Kieninger, p. 253.

dez de la reserva de dominio, se hace una precisión —a mi juicio— muy importante, aunque sea obvia, pero que en nuestra doctrina en este tema se pasa por alto: “Para que se transmita la propiedad hace falta que ambas partes lo acuerden: debe existir voluntad de transmitir la propiedad (*animus transferendi dominii*) por parte del transmitente y voluntad de adquirir (*animus accipiendi doiminii*) por parte del adquirente. A falta de tal intención en cualquiera de ambas partes, la propiedad no se transmite, a pesar de la entrega”⁷⁹. Me parece importante recordar esta idea: la primera regla del sistema de transmisión de la propiedad es el respeto a la voluntad de las partes. Si éstas no quieren que se transmita la propiedad, la propiedad no se transmite.

En el Derecho europeo, resume Kininger, como se deriva de los datos anteriores, prevalece la concepción clásica de la reserva de dominio, según la que el vendedor es propietario hasta el completo pago del precio. El efecto traslativo, bien del contrato, bien de la tradición, se entiende sometido a una condición suspensiva⁸⁰. También resulta interesante comprobar, según la autora, que, con la excepción de Bélgica, Italia y España, la eficacia de la reserva de dominio frente a un acreedor ejecutante no está sometida a ningún requisito de forma, ni de publicidad (actualmente, después de 2006, hay que añadir Francia). En Bélgica y en Francia (nuevo art. 2368), se requiere solamente que conste por escrito; en Italia se requiere un documento con fecha cierta.

De este resumen de Derecho comparado, para cuya exposición me he servido en gran medida de la obra dirigida, en 2004, por Eva Maria Kininger, resulta que la eficacia de una reserva de dominio frente a los acreedores del comprador que ejecuten sobre la cosa vendida solamente requiere inscripción en el Registro cuando se trata de los contratos sometidos a la ley española de venta de bienes muebles a plazos⁸¹.

En el concurso, señala la misma autora, todos los sistemas considerados (además de los citados antes, también otros como Inglaterra, Irlanda etc.) aceptan la eficacia del pacto en el concurso del comprador, si bien con ciertas formalidades, según los países. Finalmente, la autora del resumen comparativo puntualiza que sólo España insiste en exigir la inscripción de la reserva de dominio siempre que el contrato esté sometido a la ley de venta de bienes muebles a plazos⁸².

⁷⁹ En Kininger cit. p. 275-276.

⁸⁰ Según informa Kininger (p. 283), existen las excepciones de Suecia y Finlandia, en las que el vendedor tiene un mero derecho de garantía, que, en teoría —aunque quizá no en la práctica—, es menos que el pleno dominio.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem* p. 284.

De esta breve aproximación al Derecho comparado de la reserva de dominio en Europa, podemos extraer importantes conclusiones:

Primera, que la reserva de dominio es propiamente retención de la propiedad con las consecuencias propias de este derecho. La tesis de la prenda ha sido rechazada casi totalmente.

Segunda, que no se requiere una especial publicidad para su eficacia frente a los acreedores del comprador, ni en ejecuciones singulares, ni en el concurso. La eficacia frente a terceros adquirentes de buena fe depende de las reglas generales aplicables a su protección.

Tercera, que ha disminuido la importancia atribuida a la posesión como fuente de apariencia y medio de publicidad. La regla “en fait des meubles possession vaut titre” ha impedido durante mucho tiempo reconocer eficacia al pacto frente a los acreedores del comprador, en Bélgica y en Francia. Finalmente, la idea de la solvencia aparente apoyada en la posesión, ha sido descartada. La citada regla (art. 464.1 CC) posiblemente también haya contribuido en España a la exigencia de inscripción, gracias a una mala interpretación de la misma, derivada de asignar a la posesión mobiliaria una función de publicidad, en vez de una función probatoria.

Cuarta, el pacto no es desproporcionado y, por eso, se admite que, en condiciones generales, no es contrario a la buena fe, ni produce un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

IV. CONFIGURACIÓN DE LA RESERVA DE DOMINIO

La reserva de dominio ha originado múltiples cuestiones, fundamentalmente en torno a su construcción⁸³.

⁸³ La disputa sobre la configuración de la reserva de dominio es muy antigua. Una exposición de la misma con referencia al Derecho común puede verse en el trabajo de Duncker, Ueber das pactum reservati dominii, en Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Tomo 5, 1833, IV, p. 65 y ss. y VII p. 160 y ss. En p. 67, al comienzo de su trabajo, ya señala que, al ser tan frecuente este pacto en los contratos que tienen por consecuencia la transmisión de la propiedad, se podría pensar que los juristas estuvieran de acuerdo sobre su naturaleza y efectos. Sin embargo, dice, “en los autores más antiguos se encuentra la misma disputa que continúa hasta hoy”. En España, Candil, Pactum reservati dominii, Madrid 1915, recogió y expuso críticamente las diferentes teorías con algún detenimiento, en p. 64 y ss. La primera que menciona es la que sostiene que el pacto “es un derecho de prenda”, sobre la que dice: “une a su antigüedad la confusión de los verdaderos términos del problema debatido”. También menciona como no podía ser de otro modo la teoría de la condición resolutoria, p. 79, sobre la que dice “ha sido sustentada por un gran número de autores, basándose en un principio que nosotros no dudamos en calificar de infundado, que es suponer demasiado gravosa para el comprador, la transferencia de la cosa bajo condición suspensiva”.

Básicamente, son tres las teorías que hoy se sostienen sobre ella. La primera la considera establecida por un pacto que suspende la transmisión de la propiedad⁸⁴. La segunda entiende que se trata de una transmisión sometida a condición resolutoria⁸⁵. La tercera defiende su configuración como una garantía real semejante a la prenda sin desplazamiento, si recae sobre muebles⁸⁶.

Señala después como esta teoría ha sido sostenida, entre otros, por Hoffmann en 1835, apoyándose en el tan conocido texto de Labeón D. 18.1. 80. 3 (citado supra). Sin embargo, Ocaña, Garantía de la venta a plazos y contrato de leasing, Madrid 2001, p. 95, se refiere a las teorías de la condición resolutoria y a la de la prenda como “las modernas teorías” frente a la de la condición suspensiva. No son teorías nuevas, porque ya fueron rechazadas hace mucho tiempo.

Duncker clasifica así las principales teorías:

A) Algunos sostienen dice Duncker (p. 69), a pesar de la reserva de dominio, que la propiedad pasa al comprador, lo que a su vez mantienen por diversas razones:

a) los unos creen que por el pacto se constituye una hipoteca especial (v. Candil p. 65, que califica a esta teoría de peregrina: **esta teoría une a su antigüedad la confusión de los verdaderos términos del problema**) La razón de esta teoría es que si la propiedad no pasase al comprador, la cosa correría a riesgo del vendedor hasta el pago total del precio. Según Duncker esto no solo sería incongruente sino también contrario a varios textos del Digesto (D. 19.2.20 § 2 y D.19.2.21). También invocan el texto de Labeón (18. 1. 80.3), si se pactara que la propiedad no pasara al comprador, no sería un contrato de compraventa. Puesto que finalmente la compraventa no está condicionada, la propiedad pasa al comprador. la finalidad del pacto sería que el vendedor quedara garantizado en cuanto al cobro del precio y por consiguiente debe aceptarse que el vendedor solamente se ha querido reservar una hipoteca especial y ciertamente privilegiada mediante la que conseguirá plenamente aquella finalidad. Como defensores de esta teoría cita a Baptistae Hodiernae, Jurisconsulto napolitano, que escribía a mitad del siglo XVII, en sus adiciones a Surdo, decis. 157 n. 12 y siguientes, y los autores allí citados.

b) La segunda teoría, que menciona Duncker, es la de la condición resolutoria por la que se pacta que el dominio quedara revocado ex tunc (dominium revocabile ex tunc) para el caso de que el accipiens no atienda debidamente a sus obligaciones (Gmelin, Schweppe). Algunos añaden el caso en que caiga en situación de insolvencia (Thibaut).

B) Otros sostienen que el vendedor conserva la propiedad porque solo ha hecho la tradición bajo la condición de que se le pague el precio. Existiría una tácita reserva de la propiedad cuando, sin haber dado crédito, se hubiere hecho la tradición de la cosa. y por ello sería también admisible un pacto expreso en el caso en que se hubiera dado crédito. La reserva de la propiedad no sería por consiguiente contraria a la compraventa y porque la compraventa, a pesar de la reserva, es incondicional, por eso pasa el riesgo al comprador.

Según una opinión muy peculiar, dice Duncker, si bien el vendedor permanece propietario, su propiedad es solo una propiedad subsidiaria para garantizarle el precio; la propiedad ordinaria pasa al comprador.

C) Según una tercera opinión el pacto ha de considerarse una condición bien suspensiva bien resolutoria según hayan establecido las partes. Si lo primero, el vendedor, es el propietario, si lo segundo, el comprador.

⁸⁴ Esta es la teoría de la doctrina mayoritaria y casi absolutamente seguida por la Jurisprudencia en España. En otros Ordenamientos no se discute apenas que sea la adoptada por las respectivas leyes. Vid. Las citas de autores en Martínez Rosado, La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso, Madrid 2005, p. 95-96 y notas 171 y 172.

⁸⁵ Sobre esta teoría y autores que la siguen, Martínez Rosado, cit. p. 120 y ss.

⁸⁶ Sobre esta teoría y autores que la siguen, Martínez Rosado, cit. p. 127 y ss. Las diferentes opiniones doctrinales, también pueden verse en Manuel Jesús Marín López, Comentario a la STS 5.5.2005, CCJC 70, enero-abril 2006, n.1878. Asimismo, en Espejo, La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso, Madrid 2006, p. 55 y ss., 140 y ss.

El pacto de reserva del dominio en la compraventa es terreno fértil para la fantasía conceptual. La construcción jurídica en este campo obtiene muy buena nota, pues, como críticamente comentaba Ihering: “la esencia de la construcción jurídica consiste en designar las cosas como algo distinto de lo que son, y tratarlas luego jurídicamente como aquel *quid alii* que no son”⁸⁷.

La tesis de la prenda se ajusta perfectamente a este método constructivo. La reserva de dominio, según esta teoría, no es tal, es una prenda sin desplazamiento de la posesión; por tanto, son aplicables las normas de ésta, con lo se negará al vendedor tanto la tercería de dominio, como el derecho de separación en el concurso. Además, se impondrán unos requisitos de publicidad para su eficacia frente a cualesquiera terceros, no requeridos para la eficacia *erga omnes* de la propiedad.

La tesis de la condición resolutoria, aunque en menor medida, participa de este método, pues, según esta teoría, a pesar de que las partes suspenden la transmisión de la propiedad hasta el pago del precio, la propiedad se ha transmitido con la tradición. Es cierto que entre condición suspensiva y resolutoria las diferencias proceden del punto de vista que se adopte, así como del efecto retroactivo que se les asigne, porque la condición suspensiva de la adquisición del derecho, para el comprador, es resolutoria del derecho del vendedor. Mas al margen de esto, si la voluntad de las partes es clara en establecer que la propiedad no se transmitirá hasta el pago del precio, se contradice esa voluntad si se considera que se ha transmitido la propiedad sometida a condición resolutoria.

Naturalmente, la discusión centrada en la reserva de dominio regulada por la LVBMP debe partir de los datos normativos de esta Ley. Fuera de la LVBMP, y a falta de una regulación específica, cabe especular sobre el poder de la autonomía privada, los límites impuestos por el Ordenamiento Jurídico e, incluso, acerca de si, en caso de duda, la interpretación de la voluntad común de las partes ha de conducir antes a una condición suspensiva o a una resolutoria.

Sin embargo, no parece sensato especular sobre la naturaleza de la reserva de dominio como si se tratara de un ente existente con independencia de la voluntad de las partes, pues la reserva de dominio nace de su voluntad. Por tanto, solo cabe traer a colación los límites impuestos a la autonomía privada.

Los datos que ofrece la LVBMP me parecen favorables a la construcción de la reserva de dominio como una transmisión bajo condición suspensiva.

⁸⁷ Bromas y veras en la ciencia jurídica, Madrid 1987, p. 223 nota 3.

Son argumentos concluyentes en favor de que el vendedor es propietario tanto la llamada tercería registral (art.15.3), como que los bienes vendidos bajo reserva de dominio no se incluirán en la masa activa del concurso del comprador (art. 16, 5). Este último precepto ni ha sido derogado expresamente por la Ley Concursal, ni contradice ningún precepto de la misma, por lo que hay que entender que está vigente. Tampoco significa solamente la posibilidad de una ejecución separada.

Además, el art. 15.2 presume que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Sería una auténtico dislate que una inscripción registral que proclama al vendedor propietario, porque se ha reservado el dominio, debiera entenderse constitutiva de una prenda o declarativa de la transmisión de la propiedad bajo condición resolutoria. Es insostenible que el Registro opere con un principio de legitimación sin apoyo en el principio de determinación de los derechos inscritos ⁸⁸.

Por tanto, no cabe establecer una presunción de exactitud del Registro y permitir la inscripción de derechos con nombres distintos a los propios. La función calificadoradora del Registrador debe impedir obviamente que se inscriba el dominio a favor del vendedor, si el derecho cuya inscripción se pretende no es el dominio.

Si el Ordenamiento impusiera que una reserva de dominio, en realidad, no fuera tal, sino una prenda, sería un grave despropósito que se inscribiera la reserva de dominio a favor del vendedor con este nombre. Si los nombres no corresponden a la verdadera naturaleza del derecho, la función calificadoradora, que es imprescindible para el principio de legitimación del art. 15.2 LVBMP, debería impedir una inscripción que determinase inexactamente el derecho inscrito. Por consiguiente, es indudable que para la LVBMP la reserva de dominio es propiamente, como su nombre indica, una retención de la propiedad por el vendedor hasta el pago del precio.

Esta construcción de la reserva de dominio es la única conforme con el Derecho comunitario. En efecto, la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y de la Comisión de 29 de julio de 2000 adopta la construcción de la reserva de dominio como conservación de la propiedad por el vendedor has-

⁸⁸ Sobre esto puede verse García García, Derecho inmobiliario registral o hipotecario, Madrid 1988, p. 532: "Este principio está relacionado con la necesidad de dar claridad al Registro. A éste sólo deben acceder las situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, porque sólo de este modo se producirá una plena claridad de los asientos, que es la base de la publicidad registral y del fomento del crédito territorial".

ta el pago del precio, pues establece en su art. 4.1: “Los Estados miembros dispondrán, de conformidad con la normativa nacional aplicable de conformidad con el Derecho internacional privado, que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes”.

También el Reglamento comunitario 1346/ 2000 de 29 de mayo 2000 (art. 7) y la Ley Concursal art. 201.2, en su ámbito de aplicación, parten de que el vendedor conserva la propiedad hasta el pago del precio⁸⁹. Así, el art. 201.2 de la LC coincide con el 7.2 del Reglamento. Ambos dejan bien claro que el comprador no ha adquirido todavía la propiedad, si bien tiene derecho a adquirirla, aunque el vendedor haya caído en concurso.

Por su parte, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en su art. 17.2 alude a la reserva de dominio sin mayores precisiones: “Si todas o alguna de las mercancías estuviese afectada por una cláusula de reserva de dominio, la factura expresará asimismo esta circunstancia, que deberá responder en todo caso a un acuerdo entre proveedor y comerciante documentado con anterioridad a la entrega”. Llama la atención una reserva de dominio entre proveedores y comerciantes que compran para revender. La reserva, en este supuesto, tiene importancia frente a los acreedores del comerciante, en tanto permanezcan las mercaderías en poder del mismo. Si se venden por el comerciante, cabe pensar en una reserva de dominio prolongada, que es una cesión del crédito por el precio de la segunda venta acompañado de las garantías correspondientes (art. 1528 CC), entre las cuales se encuentra la reserva de dominio.

El art. 10 de la Ley de lucha contra la morosidad, de 29 dic. 2004, dispone: “En las relaciones internas entre vendedor y comprador, aquél conservará la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes.

⁸⁹ El art. 7 del Reglamento europeo de insolvencia dispone en su apartado primero, para el supuesto de insolvencia del comprador, que la apertura de un procedimiento de insolvencia contra un comprador de un bien no afectará a los derechos del vendedor basados en una reserva de propiedad cuando dicho bien se encuentre, en el momento de apertura del procedimiento, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de apertura. En su apartado segundo, se contempla la insolvencia del vendedor: la apertura de un procedimiento de insolvencia contra el deudor de un bien después de que este haya sido entregado no constituye una causa de resolución o rescisión, y no impedirá al comprador la adquisición de la propiedad del bien vendido cuando dicho bien se encuentre, en el momento de apertura del procedimiento, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de apertura. V. Virgós-Garcimartín, Comentario al Reglamento europeo de insolvencia, Madrid 2003, p. 110.

Sin perjuicio de la aplicación del artículo 1.112 del Código Civil, el vendedor podrá subrogar en su derecho a la persona que, mediante la realización de anticipos, financiación o asunción de la obligación, realiza la contraprestación por cuenta del deudor o permite a este último adquirir derecho sobre el objeto de la reserva de dominio o utilizarlo cuando dicha contraprestación se destina, efectivamente, a ese fin.

Entre las medidas de conservación de su derecho, el vendedor o el tercero que haya financiado la operación podrá retener la documentación acreditativa de la titularidad de los bienes sobre los que se haya pactado la reserva de dominio”.

Posiblemente, esta transposición de la Directiva sea incorrecta, porque, según el art. 2.3, se define la “reserva de dominio” como: “la estipulación contractual en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago total del precio”.

La propiedad, obviamente, no es una relación entre partes. Por eso, el art. 10 de la Ley de lucha contra morosidad, al reducir la eficacia de la reserva de dominio a esas relaciones, es un incumplimiento de la Directiva⁹⁰. Solamente puede salvarse este incumplimiento si se acepta que el pacto sea eficaz contra los acreedores; también si se acepta que, en el concurso, el pacto determina que el contrato de compraventa esté pendiente de cumplimiento, con la consecuencia de que el concurso no le afecte, salvo la facultad de resolver o de cumplir, en los casos respectivos que corresponde a la administración concursal. Lo que no es posible admitir es un pacto de reserva de dominio eficaz solamente entre comprador y vendedor.

Cualquiera que sea su configuración, se reconoce que la figura tiene múltiples conexiones, como son las existentes entre el sistema de transmisión de la propiedad y las garantías reales, la posesión, las condiciones suspensivas o resolutorias, los remedios ante un incumplimiento contractual, la resistencia de la reserva en las ejecuciones singulares y en el concurso, las preferencias crediticias, y la eficacia frente a terceros subadquirentes.

Otros temas son, a mi juicio, de solución más clara, como son la aplicación del principio *res perit emptori*, la atribución de frutos, la responsabilidad por los daños causados o la usucapión de la cosa vendida. Estas cuestiones producen escasos conflictos. Las más debatidas y frecuentes en la práctica

⁹⁰ El considerando 21 de la Directiva afirma: Es deseable garantizar que los acreedores puedan hacer uso de la cláusula de reserva de dominio con carácter no discriminatorio en toda la Comunidad, si la cláusula de reserva de dominio es válida con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables de conformidad con el Derecho internacional privado.

son las relativas a la eficacia del pacto frente a los acreedores y, en menor medida, frente a los subadquirentes.

V. EL EQUILIBRIO DEL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

Me parece muy importante afirmar, como principio, el carácter equilibrado y razonable de este pacto que habitualmente se añade a la compraventa, pero que también se podría añadir a otro contrato traslativo. Desde esta premisa, no se pueden compartir, en general, las reticencias a su admisibilidad y plena eficacia⁹¹.

En efecto, corresponde a la naturaleza de un contrato sinalagmático que las prestaciones se efectúen simultáneamente. El vendedor no está obligado a entregar la cosa, ni a transmitir su propiedad, en tanto el comprador no le haya pagado el precio. Si el vendedor consiente en entregar la cosa, sin recibir el precio, es natural que se reserve la propiedad de la misma hasta que el precio le sea satisfecho. No alcanzo a comprender por qué, según algunos, el pacto de reserva del dominio es abusivo, desproporcionado, desequilibrado o que ofrezca al vendedor una protección excesiva⁹².

La alternativa opuesta —esto es, que el comprador adquiera además de la posesión inmediata, la propiedad sin pagar el precio— es, al contrario, muy

⁹¹ Así la SAP Zaragoza 17.10.2006, califica erróneamente de extremadamente anómala a la reserva de dominio en la compraventa: “Precepto este último (art. 15 LVBMP) de signo y talante notoriamente más imperativo para las compraventas a plazos. Y ello porque en dichas compraventas existe una figura extraordinariamente anómala, cual es la «reserva de dominio» por parte del vendedor”. La sentencia se ocupa de un arrendamiento financiero.

⁹² Así, por ejemplo, Amorós, en un trabajo dedicado a la reserva de dominio en la compraventa de inmuebles (El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles, en RCDI 1972, p. 9 y ss.), después de calificarlo de abusivo, desde un punto de vista que llama teórico, lo admite, desde un punto de vista que llama práctico, por razones fiscales y para evitar fraudes a los compradores en documento privado. A su juicio, p. 29, “El pacto de reserva de dominio supone una desproporción manifiesta y abusiva a favor del vendedor, entre el fin jurídico perseguido (garantía del pago del precio aplazado) y el medio técnico empleado (reserva de dominio por el vendedor). Criterio exorbitante en perjuicio del comprador, deudor en parte del precio, que hace al pacto socialmente rechazable y justifica su calificación de ilícito por abusivo”. A continuación, sin embargo, admite, por las razones prácticas antes mencionadas, que tiene una causa lícita. En la objeción al pacto (desproporción medio-fin) se puede ver una trasposición de la crítica de De Castro a la teoría del doble efecto del negocio fiduciario; mas esa trasposición es improcedente.

También otros autores, como R. Bercovitz, *La cláusula de reserva de dominio*, Madrid 1972, y Marín López (Manuel Jesús) CCJC 70, cit., se esfuerzan por convertirlo en otra figura. Seguramente, esta actitud crítica con el pacto, especialmente la de Bercovitz, se debe originariamente a razones ajenas al mismo, como pudieran ser la escasa protección de los consumidores hace 40 años, frente a condiciones generales abusivas, además del perjuicio sobre la función de publicidad de la posesión, junto con una extrapolación de las enseñanzas del Prof. De Castro. Todo esto no obsta a que las opiniones que directamente más influyeran en Bercovitz fueran las de A. Blomeyer.

favorable al patrimonio del comprador, y, por tanto, a sus acreedores. Este resultado es de difícil justificación si, como algunos pretenden, hubiera de producirse, además, en contra de la voluntad expresa de las partes, que quieren suspender la transmisión de la propiedad condicionándola al pago del precio. Las partes —no sólo el vendedor— tienen buenas razones para pactar la reserva de dominio, porque, como ha destacado Benito Arruñada⁹³, al comprador le interesa el aplazamiento con el que consigue, además de facilidades de pago, controlar la conformidad de la prestación del vendedor. Es claro que el vendedor necesita garantías y nada mejor que utilizar la propia cosa vendida.

Con el pacto de reserva de dominio se restablece la simultaneidad de las prestaciones en la medida correspondiente (pago total del precio-transmisión de la propiedad), por lo que el pacto es conforme con el específico sinalagma funcional, propio de la causa de este tipo de compraventa. Hasta se ha dicho que es conforme a la razón natural que la propiedad no se transmita, si no se ha pagado el precio⁹⁴. En este sentido, también, como hemos visto, las Instituciones de Justiniano se pronuncian en sentido semejante en el famoso texto (II.41.1), del que hemos tratado ya.

Sin embargo, una opinión contraria parece estar bastante difundida entre nosotros. Así. Por ejemplo, Casas Vallés afirma que: “los únicos que creen que el vendedor sigue, de verdad, siendo propietario normal y corriente, son los juristas (parte de la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia)”⁹⁵. Estas palabras merecen una refutación y una matización.

En primer lugar, refutación, porque justamente el pensamiento contrario es común entre los que no son juristas. La idea de que las cosas compradas no son del comprador, en tanto no las haya pagado, corresponde más al sentimiento generalizado de justicia⁹⁶ que la contraria; los no juristas creen, más bien, que no se es propietario en tanto no se paga el precio.

En segundo lugar, hay que hacer una matización, porque el mismo Casas introduce una importante precisión al hablar de un propietario normal y

⁹³ InDret 2/2004, p. 6.

⁹⁴ Leist, Mancipation und Eigentumstradition, Jena 1865, p. 220: En la compraventa encontramos un principio de la *naturalis ratio*, transmisión de la propiedad sólo contra el pago del precio...”. La cita es de Fuchs, *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Basilea 1952, p. 109. También citado por Exner, *Die Lehre von Rechtserwerb durch Tradition*, Viena 1867, p. 341.

⁹⁵ La reserva de dominio en la venta de inmuebles, RJC 1986, p.616.

⁹⁶ O como decía De Castro “al sentir común de las gentes”, al que también apelaba en su crítica al negocio fiduciario entendido conforme a la teoría del doble efecto, *El negocio jurídico*, Madrid 1967, p. 411 nota 129.

corriente. Evidentemente, el vendedor que ha entregado la cosa, con reserva de dominio, no es un propietario normal y corriente, porque está vinculado por un contrato traslativo del dominio y está sujeto a perder la propiedad si el comprador paga el precio, cosa que no le puede impedir. El comprador tiene derecho a adquirir la propiedad de la cosa que ya posee, y la adquisición depende de un hecho propio, como es el pago del precio. El vendedor no puede impedir el pago, pero, naturalmente, también lo puede exigir.

Es importante, pues, establecer como premisa el equilibrio del pacto de reserva de dominio y su conformidad con la causa de la compraventa con precio aplazado. La primera consecuencia que cabe obtener de esa premisa, es que no hay razones para una intervención del Ordenamiento que descalifique el pacto, y justifique una conversión de la pactada condición suspensiva de la transmisión en una condición resolutoria del contrato o en una prenda sin desplazamiento. No hay razones para no respetar la voluntad de las partes que quieren suspender la transmisión de la propiedad.

La segunda consecuencia es su ajuste a los criterios de control de contenido de las condiciones generales de los contratos del art. 10 bis LGCU. Si se aceptara que es un pacto abusivo, desequilibrado o desproporcionado, la consecuencia sería la nulidad de las condiciones generales que lo establecen.

Según informa Leible, la jurisprudencia alemana no ha puesto nunca en duda la eficacia de las condiciones generales que contengan una reserva de dominio. Entiende con razón que no son condiciones generales sorprendentes, ya que es una práctica muy extendida, e incluso habitual en algunos sectores. Tampoco son contrarias a la buena fe, ni producen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. De hecho, dice Leible, se ha llegado a plantear, incluso, si la exclusión de la reserva de dominio, en las condiciones generales del comprador, no era contraria al § 9 de la ABGB (hoy, § 307 BGB), por suponer un desequilibrio inadecuado en perjuicio del vendedor, lo cual, dice, con razón se ha negado⁹⁷.

VI. LA SITUACIÓN DE PENDENCIA

Admitido que el pacto es equilibrado y conforme con la causa de la compraventa con precio aplazado, hay que precisar que la situación creada por el pacto y consiguiente tradición de la cosa vendida al comprador es una situación de pendencia en la que existen dos titularidades provisionales de distin-

⁹⁷ Leible, La reserva de dominio en el Derecho alemán, RDP 1999 (abril) p. 261.

to tipo: una, la titularidad interina del vendedor, otra, la titularidad preventiva del comprador. Durante esta situación, cada uno de los titulares puede defender su respectivo derecho para, por una parte, mantener la situación actual, y, por otra, para defender la posibilidad de convertirse en titular definitivo⁹⁸.

El vendedor conserva la propiedad, pero el comprador es titular de un derecho expectante referido a la propiedad y dotado de la correspondiente protección, como reconoce la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia (v. gr., SSTs 19.5.1989, 12.3.1993) que acuden al art. 1121 CC. También el Reglamento comunitario 1346/ 2000 de 29 de mayo 2000 (art. 7.2) y la Ley Concursal, art. 201, en su ámbito de aplicación, dotan de resistencia al derecho del comprador en el concurso del vendedor.

Este derecho expectante no debe ser minimizado, y menos ignorado, como hacen algunos autores. La expectativa del comprador no es una mera esperanza de adquirir, ni una expectativa que dependa del azar, como en otros casos de adquisiciones sometidas a condición; aquí se trata de una condición que depende de que pague el precio, algo que nadie le puede impedir⁹⁹. Como dice Westermann —naturalmente respecto de Derecho alemán—, la expectativa del comprador ha sido construida en particular en el curso de una larga evolución jurídica ya completada, de manera que la adquisición del derecho pleno se le asegura en el caso de cumplimiento de sus deberes obligacionales¹⁰⁰.

El derecho expectante del comprador es, por tanto, un sólido derecho, aun cuando no sea una propiedad plena.

Para dar cuenta de la solidez del derecho expectante del comprador bajo reserva de dominio, podemos compararlo con el del titular de una opción de compra. En la compraventa con reserva de dominio, la propiedad está más cerca del comprador que del titular de un derecho de opción de compra, porque en la reserva de dominio el contrato de compraventa está perfeccionado y se ha realizado la tradición, aunque se haya sometido a condición su efecto traslativo¹⁰¹; y cumplida ésta, la propiedad se adquiere instantáneamente por

⁹⁸ De Castro, Derecho Civil de España, I, Madrid 1949, p. 611 yss.

⁹⁹ No obstante, vid. art. 61.2.2 LC. Sobre el derecho del comprador en el concurso del vendedor, v. *infra*.

¹⁰⁰ Sachenrecht, 7.^a ed., Heidelberg 1998, p. 285, §39. III. 2. Hay traducción española en prensa.

¹⁰¹ La doctrina mayoritaria sostiene, con razón, que lo sometido a condición no es el contrato o título, sino la tradición. De otra opinión, Quicios, Efectos de las garantías reguladas por la Ley de ventas a plazos de bienes muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores, Cuadernos de Aranzadi Civil, 2005, p. 171. La tradición no es sólo el hecho de la

el comprador. Por el contrario, en la opción de compra, el contrato traslativo todavía no se ha perfeccionado, y falta también la tradición. Incluso, aunque la cosa esté ya en posesión del optante, por ser arrendatario, y aunque éste haya ejercitado la opción, la STS 18.7.2005¹⁰² sostiene que el optante no adquiere la propiedad, si el vendedor no consiente que posea en concepto de dueño. Por eso, no se puede minimizar la importancia del derecho expectante del comprador, que, aunque no sea un derecho real nuevo, debe reputarse dotado de eficacia real en cuanto estadio previo del pleno dominio. Por eso, no tiene nada de particular que cancelada la reserva de dominio se diga que el dominio se consolida en el comprador,

Si se sigue la doctrina de la citada sentencia, que parece acertada, no se puede decir que el comprador con reserva de dominio tenga una posesión en concepto de dueño que excluya la del vendedor. Si quien ha comprado una cosa, sin reserva de dominio, por el ejercicio de un derecho de opción —es decir, una vez ejercitada la opción—, y la posee, porque es arrendatario de la misma, todavía necesita el consentimiento del vendedor para poseer en concepto de dueño, también el comprador bajo reserva de dominio necesita que se cumpla la condición para poseer en concepto de dueño, con exclusión de la misma posesión del vendedor.

El comprador bajo reserva de dominio tiene una posesión en concepto de dueño condicional, que, desde luego, está protegida interdictalmente (art. 446 CC). Tampoco hay inconveniente en reconocerle una acción real contra cualquier tercero si el bien es mueble, en caso de pérdida o privación ilegal, o, incluso, una acción publiciana, tanto si es bien mueble, como inmueble¹⁰³.

entrega de la cosa, como se puede comprobar en la STS 18.7.2005, en la que se requiere una voluntad concorde de transmitir y adquirir la propiedad mediante la transmisión de la posesión en concepto de dueño: esa voluntad admite ser sometida a condición. Ya en Derecho romano se admitía condicionar tanto la transmisión de la propiedad, como la de la posesión, porque ésta no corresponde siempre al tenedor de la cosa. En el Derecho español, me parece claro que se puede ceder la posesión en un concepto (arrendatario, comodatario etc.) y condicionar la cesión en otro concepto (dueño).

¹⁰² Esta sentencia es importante porque su doctrina significa que no bastan el contrato y la posesión del comprador para que éste adquiera la propiedad: se requiere, además, que el vendedor consienta que el comprador, que posea como arrendatario, empiece a poseer como dueño. La *traditio brevi manu* requiere un acuerdo de voluntades diferente del expresado en el contrato traslativo, aunque en muchos casos pueda entenderse implícito en éste. No lo estaba en este caso, en el que el contrato de compraventa se perfeccionó por el ejercicio del derecho de opción.

¹⁰³ No cabe que el comprador adquiera por usucapión la cosa vendida con reserva de dominio frente al vendedor, salvo que invierta el concepto posesorio. Otra cosa sería que el vendedor no fuera el propietario y éste reivindicara la cosa al comprador. El comprador podría oponer la usucapión, pues su posesión, junto con la del vendedor, completa una posesión en concepto del dueño hábil para usucapir. Como dice Morales, *Posesión y usucapión*, Madrid 1972, p. 233, los intereses de vendedor y comprador frente al verdadero propietario son concordantes. Ambos necesitan consolidar

El pacto de reserva del dominio en la compraventa, entendido en el sentido propio de las palabras como retención de la propiedad por el vendedor hasta el pago del precio, no otorga ventajas excesivas al vendedor, porque, al mismo tiempo, hay que reconocer que su propiedad está limitada fuertemente por el contrato, por el *ius possidendi* del comprador y por el derecho expectante de éste, de manera que es más bien en las relaciones entre vendedor y comprador en las que esa propiedad carece de relevancia.

Uno de los temas que a veces se aborda es el de los riesgos. Mas no acabo de entender que se quiera argumentar a partir de ahí a favor de una u otra teoría. Como sostiene convincentemente Mariano Alonso, el riesgo de la cosa vendida en nuestro Derecho es del comprador incluso antes de la entrega (art.1452), y, aunque esta solución sea discutida, nadie discute que después de la entrega el riesgo sea del comprador¹⁰⁴. No es admisible forzar esta clara solución, para argumentar en contra de la teoría de la condición suspensiva de la transmisión de la propiedad. En nuestro Derecho, los riesgos en el contrato de compraventa pasan al comprador independientemente del paso de la propiedad. Por otra parte, debe alejarse toda confusión derivada de la existencia de una condición suspensiva, porque ésta no afecta al contrato de compraventa, sino a la transmisión de la propiedad por tradición¹⁰⁵. El contrato de compraventa no está sometido a condición suspensiva, es el efecto

su posición frente al dueño. La suerte ulterior de la propiedad entre ellos se determinará por el cumplimiento o incumplimiento de la condición.

¹⁰⁴ M. Alonso Pérez, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid 1972, p. 363 y ss.. Se muestra contrario a la tesis de Bercovitz, porque la reserva de dominio tiene un importante cometido distinto del de la prenda y porque la propia ley de venta a plazos da a entender que la propiedad la conserva el vendedor. En el tema del riesgo, rechaza la opinión de Bercovitz para quien el riesgo, si el vendedor conserva la propiedad, debería ser suyo. M.Alonso argumenta en contra de esa idea de Bercovitz que si el comprador usa, goza y hasta abusa de la cosa sin pagar el precio en su totalidad, parece normal que soporte el *periculum*. Añade, p. 373, “y con razón suficiente, teniendo en cuenta que por menos motivos el artículo 1452 del C.c., siguiendo el sistema romano del *periculum emptoris*, se lo atribuye apenas perfecto el contrato, y antes de operarse la tradición, cuando se trata de una compraventa ordinaria”.

¹⁰⁵ Sobre el riesgo de la cosa vendida bajo reserva de dominio, en el Derecho común, Glück, Christian Friedrich von, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Tomo 16.1, Erlangen 1814 p. 232. cita autores que sostienen que el *periculum* es del vendedor (Grocio, Thomasius, Carpzovius, Schilter y Link en una disertación sobre el tema), frente a los más que sostienen que debe distinguirse si la condición suspensiva se refiere al contrato, en cuyo caso el *periculum* es del vendedor, o si afecta a la transmisión, en cuyo caso es del comprador (Stryk, Wahl, Schöpfer, Lauterbach, hermanos Overneck, Walch). También Hiersemenzel, Carl Christian Eduard, *Vergleichende Übersicht des heutigen römischen und preußischen gemeinen Privatrechts Band 2*, Berlin 1855, p.306, entiende que el pacto de ninguna manera es una condición suspensiva de la compraventa, como algunos sostienen, sino que el pacto suspende el efecto traslativo de la tradición, y por tanto, es una condición suspensiva relativa a la tradición. De aquí se sigue que, a pesar del pacto, el riesgo pase al comprador ya desde la celebración del contrato, lo que no sucedería si el contrato de compraventa por el mencionado pacto se convirtiera en un negocio condicional.

traslativo de la tradición el que queda en suspenso. Por lo demás es una opinión prácticamente unánime hoy que el comprador que posee y disfruta de la cosa, debe soportar el *periculum obligationis*¹⁰⁶. Por otra parte, la cosa, sin duda, se pierde para su dueño y, consiguientemente, con la pérdida de la cosa, el vendedor pierde la propiedad de la misma, pero no su derecho a cobrar el precio. También se pierde obviamente para el comprador en cuanto titular de un derecho expectante.

VII. LA CAUSA DE LA COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO

Peña Bernaldo de Quirós hace advertencias —que, en alguna medida, comparto— sobre lo improcedente de que prevalezcan los nombres sobre la verdadera causa o conjunto de propósitos prácticos acordados por las partes. Entiende que, con frecuencia, los nombres empleados para los contratos y las relaciones de garantía resultantes son excesivos; así ocurre, dice, con la expresión “reserva de dominio” en la llamada venta con reserva de dominio: “La cuestión de los nombres inapropiados es más grave cuando es el propio legislador el que en leyes especiales emplea las denominaciones inadecuadas: venta con reserva de dominio, arrendamiento financiero. Mas incluso en estos casos habrá de prevalecer —para la determinación del régimen aplicable al contrato y a las relaciones jurídicas consiguientes, incluidas las relaciones jurídico reales que son consecuencia (cfr. art. 609) del contrato— la estructura del negocio y de los efectos que correspondan a la verdadera causa”¹⁰⁷.

La preocupación por la causa es justa y corresponde a las enseñanzas magistrales del Prof. De Castro. No obstante, en mi opinión, el pacto de reserva de dominio está perfectamente justificado causalmente por su conexión con un contrato en el que se aplaza el pago del precio y, sin embargo, el vendedor entrega inmediatamente la cosa vendida. Cuando hablamos de la causa en el contrato de compraventa, como enseñaba De Castro, hablamos de la reciprocidad de cosa y precio.

Debe recordarse que el modelo concreto en el que se pacta la reserva de dominio es el contrato de compraventa en el que se aplaza el pago del precio, pero no se aplaza la entrega de la cosa. En este tipo concreto de contrato de compraventa, el pacto de reserva de dominio, como pacto que suspende la

¹⁰⁶ Sobre este tema con acierto Bermejo, *Créditos y quiebra*, Madrid 2000, p. 417.

¹⁰⁷ Peña Bernaldo de Quirós, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. T. II 4.ª ed. p. 393-394.

transmisión de la propiedad, es un pacto perfectamente equilibrado y conforme con su causa ¹⁰⁸.

La reserva de dominio quizá pudiera ser excesiva si, a pesar de que el precio se hubiera pagado, se pactara mantenerla para garantizar cualquier otro crédito del vendedor contra el comprador (como en las modalidades alemanas llamadas *Kontokorrentvorbehalt* y *Konzernvorbehalt*, que son supuestos de reserva de dominio ampliada ¹⁰⁹). También quizá si, además de pactar la reserva de dominio hasta el completo pago del precio, éste se hubiese garantizado de otra manera. Mas no lo es si lo único que cumple es una función similar a una *exceptio non adimpleti contractus* ¹¹⁰, en cuanto condiciona la transmisión de la propiedad al pago del precio. La transmisión de la propiedad por tradición es consecuencia de ciertos contratos como la compraventa, pero, como es obvio, no es lo mismo una compraventa al contado que una compraventa con precio aplazado y entrega de la cosa antes del completo pago del precio ¹¹¹.

De lo dicho resulta claro, en mi opinión, que, atendiendo a la causa, como quiere Peña, no es excesivo el pacto de reserva de dominio, sino, al contrario, ajustado a la modalidad de la venta a plazos.

Precisamente, el pacto de reserva de dominio, en la doctrina alemana, se ha entendido como una quiebra del principio de abstracción, porque vincula la transmisión de la propiedad al negocio obligacional ¹¹². Señala Ferrari que

¹⁰⁸ Sin embargo, Sánchez Lorenzo, *Garantías reales en el comercio internacional*, Madrid 1993, p. 40, sostiene que la construcción de la reserva de dominio, según la doctrina clásica de la condición suspensiva, “no deja de ser contradictoria con la propia causa de la compraventa que es, precisamente transferir el dominio”. Esta opinión no se puede compartir. Ignora que la reserva de dominio no impide la transmisión de la propiedad, sino que solamente la condiciona al pago del precio, lo que es conforme con el sinalagma funcional propio de la compraventa. La transmisión de la propiedad está presupuesta por la reserva de dominio, una vez que el comprador pague. El autor incurre también en el común error de creer que, con la reserva de dominio, se burla la prohibición del pacto comisorio (*ibidem*, nota 17). Como se ha dicho hasta la saciedad, en la reserva de dominio la cosa es del acreedor, y en la venta en garantía, es del deudor. En la venta en garantía, el vendedor debe el precio, lo que es anómalo y prueba de que no hay verdadera venta, en la reserva de dominio, el deudor del precio es el comprador, como es natural. En la venta en garantía, el precio que el comprador “paga” al comprador, no es tal, porque es la cantidad que el “comprador” presta al vendedor y que éste está obligado a restituir.

¹⁰⁹ Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlín 2007, p. 905.

¹¹⁰ Nuria Bermejo, *Créditos y quiebra*, Madrid 2002, p. 425.

¹¹¹ Es claro también que la reserva de dominio en favor de un financiador que preste al comprador directamente es una figura diferente de la reserva de dominio a favor del vendedor, salvo que se establezca una cesión del contrato o se entienda que se produce una subrogación (art. 1210-2 CC). Por ello, nos ocupamos de ella aparte.

¹¹² Ferrari, *Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip*, ZeuP 1993 p. 52 ss., 69. También, Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Heidelberg 1963, t. I, *Die einfache Eigentumsvorbehalt*, p. 206, entiende que el negocio de disposición está

así, por medio de una condición, se cumple la profecía que formulara en 1902 Josef von Schey, según la que la ciencia del Derecho alemana encontraría medios para hacer relevante la causa, a fin de que las necesidades de la vida no fueran sacrificadas a las construcciones jurídicas de conceptos.

No hay que negar, sin embargo, la posible aplicación de las normas imperativas que impongan respeto incondicionado a ciertos fines de la Ley, cualquiera que sea el camino utilizado, tal como propone Peña. Pero conviene no alterar innecesariamente los fines perseguidos lícitamente por las partes, como resultaría si una condición pactada por las partes como suspensiva, se convirtiera, a todos los efectos, en una condición resolutoria o en una figura distinta como la prenda sin desplazamiento de la posesión. La teoría que explica la reserva de dominio como una condición resolutoria fuerza la voluntad de las partes, al condicionar el mismo contrato de compraventa al pago del precio, en vez de condicionar suspensivamente el efecto traslativo de la tradición, que es la voluntad de las partes.

No es justa la crítica que hacen algunos a la configuración del pacto como creador de una condición suspensiva de la transmisión, porque olvida que por el pacto se restablece, en cierta medida, la simultaneidad propia de las obligaciones sinalagmáticas y, por tanto, es conforme con la causa de la compraventa a plazos. El pacto de reserva del dominio nada tiene que ver con la prohibición del pacto comisorio en las garantías reales, porque aquí, en la reserva de dominio, el bien no sale del patrimonio del deudor, sino del patrimonio del acreedor.

Desde estas premisas, me parece claro que el pacto de reserva del dominio puede y debe ser entendido en sus propios términos, y que no hay razón suficiente para convertir una condición suspensiva en resolutoria, ni, menos aún, en convertir la propiedad del vendedor en una prenda sin desplazamiento de la posesión. Creo que no hay razones para desvirtuar la voluntad expresa de las partes.

Una vez aclarado que el pacto, incluso como condición suspensiva de la transmisión de la propiedad, responde a un interés legítimo dentro del contrato de compraventa, habría que distinguir, en segundo lugar, la protección que puede dispensar según que el comprador haya incumplido el contrato o no, porque es evidente que el pacto funciona en conexión con el contrato.

En caso de incumplimiento, la protección que dispensa el pacto se refiere a dos alternativas a elección del vendedor. Este punto de partida parece esen-

directamente enlazado con el obligacional, con lo que se rompe con el principio de abstracción dominante en el Derecho de Cosas.

cial para comprender las necesidades de garantía a las que sirve el pacto ¹¹³. Desde ellas, es como se puede juzgar si el Ordenamiento permite que se alcancen o no. Después de decidir esa cuestión, ya sería posible realizar consideraciones sobre la explicación dogmática de la figura de la reserva de dominio, corrigiendo o no el significado de lo pactado por las partes. Es decir, si las partes eligen una vía que ofrece unas ventajas determinadas, habrá que contrastar su voluntad con el Ordenamiento para decidir si es o no admisible que se produzcan los efectos propios de la vía elegida. Hasta ahora creo que se puede convenir en que no es contrario a la causa del contrato de compraventa a plazos y que responde a un interés legítimo.

Pues bien, todo vendedor, en caso de incumplimiento del comprador, puede elegir entre la acción de cumplimiento y la resolución del contrato. Según la alternativa que elija, la reserva de dominio opera de diversa manera.

Si elige el cumplimiento, puede entenderse que, de momento, al menos, pospone la resolución y, por tanto, la recuperación de la cosa. Esta recuperación quedará excluida definitivamente, como es obvio, si se obtiene el cumplimiento, pero también en el caso de que el vendedor promueva la ejecución forzosa para cobrar el precio ¹¹⁴.

Si elige cobrar el precio, elige transmitir la propiedad; es decir, si promueve una ejecución forzosa, el vendedor está aceptando que se cumpla la condición, o, más bien, imponiendo su cumplimiento y, por tanto, que se transmita la propiedad de la cosa. En ese caso tiene sobre el precio la preferencia de un acreedor privilegiado. Esta preferencia no se la proporciona la reserva de dominio, por su propia naturaleza, sino que, mientras no se derogue el artículo 1922.1.º CC, la tiene todo vendedor de cosa mueble, en tanto la cosa esté en poder del comprador, e igualmente la conceden otras disposiciones como son el art. 16 LVBMP o el art. 90 LC, si se está en sus supuestos. Estas últimas se la conceden frente a todo tercero, es decir, frente a cualquier acreedor, cualquiera que sea el poseedor de la cosa.

Algunos autores consideran que esta preferencia sería innecesaria, e, incluso, incompatible, si se siguiera la teoría dominante de la condición sus-

¹¹³ Martínez Rosado, Espejo, Gesto. En la doctrina alemana Serick, Eigentumsvorbehalt.

¹¹⁴ Laurent, Principes de Droit civil, Bruselas-París 1878, t. XXIV, p. 351: “La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que el vendedor renuncia a su derecho de resolución al provocar la venta forzosa del inmueble”. Jacusiel, Der Eigentumsvorbehalt, Berlin, 1932, p. 68, entiende que no hay problema en que el vendedor embargue la cosa propia, porque él es el único legítimo para levantar el embargo por medio de una tercería de dominio (§771 ZPO). Si se vende en la vía de apremio, el adjudicatario adquiere la propiedad, porque la enajenación ha tenido lugar con el consentimiento del propietario.

pensiva, porque el vendedor ya tendría la propiedad. Mas ésta no es una objeción válida, en contra de la citada teoría, porque el vendedor puede elegir, bien recuperar la cosa, bien cobrar el precio. Seguramente, a los acreedores del comprador les interesa más que el vendedor elija cobrar el precio, en vez de recuperar la cosa, y, evidentemente, éste no elegirá cobrar si, en concurso con otros acreedores, carece de preferencia.

La reserva de dominio, se ha dicho con razón, es ante todo un Druckmittel o medio de presión, a modo de una exceptio non adimpleti contractus, para que el comprador cumpla. Mas también, puede añadirse, es una alternativa que explica la concesión de un privilegio para un cobro preferente, porque garantiza la eficacia erga omnes de la resolución del contrato. Si los acreedores del comprador quieren ejecutar sus créditos sobre la cosa vendida con pacto de reserva de dominio, no tiene nada de particular que deban respetar la preferencia, porque si el vendedor no la tuviera, seguramente preferiría recuperar la cosa vendida, en vez de compartir el producto de la venta con los demás acreedores del comprador.

Por otra parte, sería sorprendente que quien puede excluir a los demás acreedores de la ejecución sobre la cosa (mediante una tercería de dominio o un derecho de separación), no pudiese compartir con ellos el precio de la cosa, aunque fuera con preferencia. Si el vendedor es propietario, parece coherente ofrecerle la posibilidad de elegir cobrar con preferencia con la consiguiente pérdida de la propiedad. No se puede negar que el vendedor sea propietario, sólo porque disponga de una preferencia para el cobro de su crédito, porque, además, cobrándolo se cumple la condición.

Si el vendedor no alcanza a cobrar el precio íntegro, consumada la ejecución forzosa sobre la cosa, conservará el crédito por el resto, pero, obviamente, ya no podrá resolver el contrato¹¹⁵. Si hubiera sobrante, corresponderá al comprador o a sus acreedores, según los casos.

Por tanto, me parece una objeción muy forzada y meramente retórica la de quienes oponen a la teoría de la condición suspensiva, que el vendedor ya goza de preferencia y nadie puede tener preferencia sobre una cosa de su propiedad. Más bien cabe oponer que quien tiene la propiedad puede enajenar la cosa y percibir el precio entero. Por consiguiente, no hay ningún problema de coherencia valorativa en que acepte transmitir la pro-

¹¹⁵ En la STS de 7 de noviembre de 1988, el vendedor, después de haber promovido la ejecución forzosa, pretende resolver el contrato, por no haber cobrado todo el precio, y que la resolución tenga efectos contra el rematante. Me parece una pretensión descabellada. La resolución en este caso no tiene sentido. La sentencia, en efecto, la rechazó; afirma que fue objeto de la subasta el autocar vendido y no los derechos que el comprador pudiera ostentar sobre el mismo.

piedad y compartir con los demás acreedores el producto de la venta de la cosa vendida.

La citada objeción solamente es de carácter retórico, pues nada impide a un propietario promover judicialmente la venta de lo que es suyo, ciertamente con limitaciones, y no cabe contra esa decisión ninguna oposición por medio de una tercería ¹¹⁶. En la llamada reserva de dominio prolongada, el vendedor con reserva de dominio autoriza al comprador para que venda y transmita a su vez la cosa, con tal de que, en garantía, le ceda anticipadamente el crédito por el precio de la segunda venta. Sustancialmente, se trata de lo mismo, el vendedor obtendrá el precio de la cosa en ambos casos, una vez por venta forzosa y otra por venta voluntaria. En ambos casos la venta se produce con su voluntad. No hay ninguna imposibilidad. El vendedor puede autorizar la venta voluntaria o promover la venta forzosa, si elige la acción de cumplimiento. No es razonable limitar sus opciones a la resolución.

Tanto Pantaleón como Espejo critican que al vendedor con reserva de dominio de bienes inmuebles se le haya concedido en la Ley concursal una preferencia que antes no tenía ¹¹⁷. Sin embargo, parece razonable por lo dicho antes: si se concede eficacia a la reserva de dominio para recuperar la cosa, es sensato conceder al vendedor una preferencia, para, de algún modo, favorecer que elija cobrar el precio restante, aunque sea con preferencia, en vez de recuperar la cosa. La recuperación de la cosa es más desfavorable para los acreedores del comprador, más aun tratándose de bienes inmuebles, que regularmente se revalorizan. Ésta es la explicación y utilidad de la norma: ofrecer al vendedor una vía para, si así lo desea, realizar su crédito por el precio, pues esta vía es favorable para todos y a nadie perjudica.

Precisamente, Antonio Gómez, como vimos, infería la preferencia de la propiedad, porque el propietario puede excluir a todos los acreedores del comprador. Históricamente, la reivindicación (como derecho de separación en la quiebra) y el privilegio para cobro del precio han concurrido en el ven-

¹¹⁶ Algunas resoluciones impiden anotar el embargo a favor de quien tiene inscrito el dominio de la cosa a su favor. En verdad, ni el propietario ni el acreedor pignoraticio o hipotecario necesitan embargar la cosa sobre la que ya tienen, bien la propiedad, bien un derecho real, en el sentido de afectar la cosa a la ejecución, pero será útil un embargo preventivo que garantice la conservación de la cosa.

En cualquier caso, como observa acertadamente Espejo, el comprador ostenta un derecho que limita el dominio del vendedor, por lo que difícilmente puede admitirse que éste no tenga necesidad de acudir a la ejecución forzosa sobre el bien vendido, si es que quiere cobrar la deuda, Espejo, *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, Madrid 2006, p. 107.

¹¹⁷ Pantaleón, *De la clasificación de los créditos*, en Fernández de la Gándara/Sánchez Álvarez, *Comentarios a la Ley concursal*, Madrid-Barcelona 2004, p. 523 ys. Espejo, *La reserva inmobiliaria en el concurso*, Madrid 2006, p.160. También Veiga Copo, allí citado.

dedor. García Goyena, en su comentario al art. 1926 n.º 7 de su Proyecto, con razonamiento análogo, afirma que el privilegio del vendedor que corresponde al del art. 1922 n.º 1 del Código vigente, “no es tan conforme a derecho como a razón: la propiedad del mueble que, por ejemplo, adquirió el comprador, era revocable para el supuesto de no pagarse el precio, y *Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere*, según la 21 de *regulis juris*: los otros acreedores nada tenían que esperar resolviéndose la venta: optándose por el privilegio, pueden aspirar a lo que reste después de cubierto el precio”.

En conclusión, esta objeción formulada por la teoría de la prenda a la de la condición suspensiva, no prueba nada. El vendedor, en caso de incumplimiento del comprador, puede elegir entre resolver el contrato y recuperar la cosa o cobrar el precio. No hay ninguna contradicción en que disponga de garantía en cualquiera de las alternativas que elija, tal como es su derecho¹¹⁸. Por eso, son inadmisibles las conclusiones que se extraen por algunos del art. 90 LC, como si la preferencia para el cobro del precio, alterara la naturaleza de la reserva de dominio, convirtiendo el derecho de propiedad del vendedor en un derecho real de garantía.

VIII. LA PRETENDIDA FUNCIÓN DE PUBLICIDAD DE LA POSESIÓN

Aparte de la causa, la doctrina juega con la necesidad de publicidad posesoria y, en su defecto, registral.

La idea de que la posesión es un medio de publicidad es un tópico muy difundido, pero muy poco fundado. Hay que aceptar que la posesión puede ser un indicio con cierto valor probatorio —especialmente importante en el ámbito procesal—, pero de ello no cabe extraer una función de publicidad positiva semejante a la del Registro de la propiedad inmobiliaria¹¹⁹.

Esta pretendida función de publicidad de la posesión es uno de los lugares comunes que han complicado las cuestiones en torno a la reserva de dominio. En efecto, los problemas que presenta la admisión de la eficacia de la reserva de dominio fuera del ámbito de aplicación de la LVBMP se debe a que se ha otorgado una excesiva importancia a la posesión de los bienes mue-

¹¹⁸ A favor de esta interpretación, Espejo, cit. p. 119, Martínez Rosado, cit. p. 232, Quicios, cit. p. 116.

¹¹⁹ De una función de publicidad negativa de la posesión ya habló Dernburg, respecto de la exigencia de posesión en la prenda ordinaria, porque priva al pignorante de la disponibilidad de la cosa.

bles como medio de publicidad y se ha sostenido que no caben derechos de garantía sin publicidad. Pero hay que aclarar que este planteamiento presupone dos cosas: una, que la reserva de dominio es una garantía real, y dos, que las garantías reales necesitan publicidad.

Detrás de estas ideas laten los lugares comunes en torno al art. 464.1, que como ya vimos respecto de sus correlativos en los derechos francés y belga, contribuyeron infundadamente a limitar el reconocimiento de la eficacia de la reserva de dominio. Conviene comenzar por recordar que, cualquiera que sea la interpretación del art. 464.1 CC, el poseedor de buena fe no adquiere instantáneamente a non domino la propiedad de cosas perdidas o privadas ilegalmente, bien las haya adquirido del mismo hallador, bien del delincuente o de otro adquirente de buena fe; es decir, aunque hayan pasado por muchas manos. Por tanto, la posesión del transmitente no funciona como publicidad positiva en favor de terceros de buena fe. Esto es aplicable tanto a la posesión del transmitente que fuera el ladrón o el hallador —y que, como tal, pudiera ser clandestina—, como a la de un transmitente que fuera, a su vez, tercero de buena fe y poseyera públicamente ¹²⁰.

Por tanto, no es posible estar de acuerdo con cierto sector doctrinal bastante amplio, que se deja llevar por lugares comunes y equipara la función de la posesión mobiliaria a la del Registro Inmobiliario.

Además, como sostiene Hedinger ¹²¹, en estudios sobre la publicidad, la posesión carece de poder de designación de un determinado derecho, lo que le impide desempeñar una función de medio de publicidad comparable al Registro inmobiliario. También recientemente, al fin de su estudio sobre posesión y publicidad en Derecho de bienes muebles, T. Quantz afirma que no existe un principio de publicidad en el Derecho alemán respecto de los bienes muebles ¹²². H. Hanisch se pregunta qué puede quedar de la función de publicidad de la posesión en las circunstancias económicas actuales. Conclu-

¹²⁰ No se puede aceptar la tesis de Herbert Meyer, *Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht*, Munich 1909, quien entendió que la posesión de cosas perdidas, robadas o hurtadas es sustancialmente distinta de la de las demás, incluso en poder de un tercero de buena fe, y por esa razón carecía de publicidad suficiente para apoyar la adquisición *a non domino* de un ulterior tercero. Se trata de una opinión dirigida a mantener la teoría de la publicidad de la posesión, contradicha, entre otras razones, por la posibilidad de reivindicar dichas cosas. Según palabras de Canaris, *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Munich 1971, p. 11: “Meyer no hizo el más mínimo esfuerzo para fundamentar su teoría en la Ley, sino que ha arrebatado al legislador su competencia para decidir estas cuestiones”. Algo parecido sucede entre nosotros cuando se construye de espaldas a la Ley.

¹²¹ *Über Publizitätsdenken im Sachenrecht*, Berna 1987 p. 50.

¹²² Tobias Quantz, *Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen*, Berlín 2005, p. 327: “Ein Publizitätsprinzip besteht im geltenden Recht der beweglichen Sachen nicht”.

ye sensatamente que la contabilización en el balance de la propiedad ajena, así como informes financieros y comerciales ofrecen un cuadro mucho más fiable del que puedan proporcionar la publicidad de la posesión o de un Registro de reservas de dominio ¹²³.

En España, todavía se siguen opiniones ya superadas en los países que inventaron el mito de la publicidad de la posesión y su paralelismo con el Registro de la propiedad. Sin embargo, estas ideas están en franco retroceso incluso en países como Alemania, que han desarrollado originariamente y de manera especial la idea de la función de publicidad de la posesión mobiliaria ¹²⁴. En Francia, estas ideas han retrasado muchos decenios, casi siglos, la admisión de la eficacia del pacto en el concurso. En actualidad han sido abandonadas.

Por una parte, esas ideas se sostuvieron en conexión con normas de adquisiciones a non domino, que no se corresponden con las españolas, por mucho que se pretenda lo contrario por la llamada tesis germanista del art. 464 CC, y, por otra parte, la necesidad de garantías reales sobre bienes muebles sin posesión es un hecho que va en aumento por imperiosas razones económicas.

La necesidad de una publicidad de las garantías en interés de los acreedores del comprador es un tópico infundado, tal como señalan, entre otros, Pantaleón, Bermejo y Kieninger, con cita, por parte de la última autora mencionada del proyecto de Ley francés llamado Dubanchet, donde se decía: “es preciso añadir que desde un punto de vista comercial el crédito aparente—fundado sobre la existencia de mercaderías en el almacén— si pudo ser realidad en la época de Balzac, ya no se toma en consideración y a ningún comerciante se le ocurriría hoy la absurda idea de visitar los almacenes de un colgado a fin de darle crédito” ¹²⁵.

También Wacke ha estudiado la función de la tradición en el Derecho alemán y afirma que, desde luego, la función de la tradición, con el consi-

¹²³ Hans Hanisch, Eigentumsvorbehalt im Normenkonflikt, en “*Rechtskollisionen*”, Festschrift für Anton Heini zum 65 Geburtstag, Zurich 1995, p. 162.

¹²⁴ Desde la sentencia del BGH de 18 de Junio de 1980, se sostiene que la importancia de la posesión, que constituye la base de las reglas de las adquisiciones a non domino de bienes muebles (§§ 932 y ss BGB), ha disminuido considerablemente, especialmente cuando se trata de bienes muebles que ordinariamente se venden a crédito con reserva de dominio. V. Eva-Maria Kieninger, “Evaluation: a common core?”, en *Security rights in movable property in European Private Law*, Cambridge 2004, p. 653.

¹²⁵ Pantaleón, De la clasificación de los créditos, en Fernández de la Gándara/Sánchez Alvarez, Comentarios a la Ley concursal, Madrid-Barcelona 2004, p. 523 ys. N. Bermejo, Créditos y quiebra Madrid 2002, p. 286. Kieninger cit. p. 654.

guiente desplazamiento de la posesión, no sirve a los intereses de los acreedores personales del adquirente ¹²⁶. Precisamente por la extensión de la reserva de dominio y la transmisión en garantía, ya en 1956 Steinwenter contabilizaba la función de publicidad de la posesión entre los fósiles jurídicos ¹²⁷. Nuestro mismo Código civil otorga al vendedor preferencia sobre las cosas vendidas para el cobro del precio de venta mientras las cosas estén en poder del comprador (art. 1922.1 CC), sin necesidad, evidentemente, de ninguna publicidad.

Ningún acreedor podría invocar su confianza en que un bien, que ha embargado, pertenecía a su deudor por la posesión en que éste se encontraba cuando le concedió crédito. Afortunadamente, los tribunales no han aplicado esta idea. Sin embargo, sí han entendido que el pacto de reserva de dominio no inscrito no es eficaz contra los acreedores del comprador.

Proteger a los acreedores por la publicidad de la posesión de su deudor es inconsecuente. En cambio, parece adecuado utilizar la posesión como medio de prueba del patrimonio del deudor cuando se inicia una ejecución ¹²⁸. Como medio de publicidad, no tiene sentido, porque nada impide al deudor enajenar sus bienes después de haber contraído una deuda. Como medio de prueba, la posesión sí puede fijar inicialmente la propiedad del deudor respecto de los bienes que posee cuando se traba el embargo. Son dos funciones diversas de la posesión que no deberían confundirse, pues además se refieren a momentos distintos. Los acreedores no tienen derecho a una composición determinada del patrimonio de su deudor en un momento dado por la supuesta publicidad posesoria. Si un tercero acredita que lo poseído por el deudor le pertenece a él, nadie dudará sensatamente de que pueda levantar el embargo.

¹²⁶ A. Wacke, *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, Colonia 1974, p. 33-35.

¹²⁷ Steinwenter, *Jurist. Erfindungen*, en *Recht und Kultur*, 1956, p.40, citado por A. Wacke, *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, Colonia 1974, p. 33-34.

¹²⁸ Esta función probatoria de la posesión es la que, a mi juicio, está en el origen de la regla “*possession vaut titre*”. Precisamente Bourjon le dedica su máxima atención en sede de las ejecuciones. Así, afirma que “del principio fundamental en esta materia se sigue que se presume que cada uno es propietario de los bienes que posee y que por consiguiente pueden ser válidamente embargados y ejecutados al que los posea. Se juzga así en el Chatelet, fundándose en que de la posesión nace una justa presunción de propiedad y que esta presunción es ordinariamente el único título que se tiene respecto de los muebles y efectos mobiliarios, a excepción de aquellos que en Derecho se les llama *Nomen*, para los que hay título (Bourjon *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, París 1747, T.II p. 563). En este texto se ve bien clara la función probatoria de la máxima, pues es evidente que *titre* se usa en sentido de documento o título en sentido formal, de ninguna manera en un sentido vulgar equivalente a propiedad, y, además, se emplea la técnica de la presunción.

IX. LA RESERVA DE DOMINIO Y EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

A veces, se han manifestado dudas sobre si el pacto de reserva de dominio, entendido como una auténtica retención de la propiedad por el vendedor, puede admitirse, en la medida en que modifica el sistema de transmisión de la propiedad.

Lo primero que habría que advertir ante esta objeción es cuestionar que realmente el pacto modifique ese sistema. En efecto, un sistema de transmisión por contrato y tradición presupone que la propiedad se transmite porque las partes así lo quieren, a través de los cauces que el ordenamiento valora como suficientes. La transmisión de la propiedad por contrato y tradición es un efecto derivado de la autonomía privada. Ambos —contrato y tradición— son actos voluntarios a los que el Ordenamiento reconoce eficacia, porque las partes la desean.

La voluntad traslativa se expresa tanto en aquellos ciertos contratos que, por su tipo, son hábiles (justos, en el sentido de los precisos) para transmitir la propiedad, como en la tradición. Es significativa a este respecto la STS 18 de julio de 2006, en la que el TS requiere la voluntad del vendedor para que tenga lugar una tradición de una cosa que se encontraba ya en poder del comprador. No basta la perfección del contrato de compraventa; la posesión del comprador no se transforma en posesión en concepto de dueño desde la perfección de la venta¹²⁹. La voluntad traslativa no se encuentra solamente en el contrato, también es preciso que la entrega se verifique con voluntad de transmitir y adquirir, aunque esa voluntad sea tácita en muchas ocasiones.

Desde otra perspectiva, se puede suscitar la cuestión de si cabe un pacto que limite la propiedad, al margen de las figuras admitidas; es decir, si la configuración de la propiedad puede ser modificada por pacto. Este punto de vista sería el de la disputa *numerus clausus-numerus apertus*. Mas en el caso de

¹²⁹ La sentencia dice, además: “Entender la *traditio brevi manu* como el recurrente lleva a la consecuencia absurda de que el concesionario de la opción pierde la propiedad por el solo ejercicio de aquella por el optante, es decir, que se hace automático para él el cumplimiento de unas obligaciones que de la compraventa nacen (entrega de la cosa) si aquél tiene la posesión de la cosa, siendo así que no ha cumplido su obligación de pago del precio”. El Tribunal juega con la natural simultaneidad del cumplimiento de las obligaciones recíprocas, y entiende que la obligación del vendedor no se cumple automáticamente por la perfección del contrato y la posesión del comprador. Se requiere, además, la voluntad del vendedor relativa a la tradición. No es que el pago del precio sea requisito para la transmisión de la propiedad, es que las obligaciones se deben cumplir simultáneamente, y no cabe presuponer la voluntad del vendedor relativa a una tradición traslativa del dominio, al menos, cuando el precio no se ha pagado.

la reserva de dominio no se trata propiamente de este problema, porque no está en juego la configuración de la propiedad o su limitación, sino problemas de su transmisión y conservación en una situación transitoria.

El fenómeno sobre el que versa la reserva de dominio es la fijación del paso de la propiedad del vendedor al comprador y la creación de una situación interina, al no producirse la transmisión con el acto de la tradición, sino en un momento ulterior. Éste es el tema, y no el del número abierto o cerrado de derechos reales. Se trata de la propiedad en tránsito y de la situación de pendencia, pero no de un derecho real nuevo. Es cierto que la configuración de la expectativa del comprador puede dar lugar a suponer que se crea una nueva figura de derecho real. No creo que sea necesario abordar el tema desde ese punto de vista, y no precisamente porque crea en los argumentos a favor del sistema de número abierto ¹³⁰, sino porque basta simplemente con aplicar la doctrina de la condición.

La reserva de dominio se apoya en la voluntad de las partes y en el equilibrio en el cumplimiento de las prestaciones en las obligaciones sinalagmáticas. No existe nada más adecuado a estas obligaciones que su cumplimiento simultáneo. Por eso no es razonable suponer que hay una alteración del sistema traslativo en la reserva de dominio, especialmente en un sistema causalista en el que la transmisión se produce a consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. El enlace entre ambos elementos del fenómeno traslativo justifica de sobra que las modalidades de cumplimiento de las obligaciones contractuales influyan en la determinación del momento traslativo. Esto es perfectamente congruente con un sistema que vincula la tradición al contrato. Si se retrasan y condicionan algunas prestaciones contractuales, por voluntad de las partes, parece razonable que la voluntad traslativa requerida para la tradición se ajuste a esas circunstancias.

¹³⁰ Me parecen dignos de mejor causa los esfuerzos de algunos autores a favor del número abierto. Los arts 2.2.º LH y 7RH son absolutamente incapaces para fundamentar el sistema del número abierto, por la sencilla razón de que la Ley Hipotecaria debe contener una lista abierta, ya que en el Registro han de inscribirse los derechos reales reconocidos por cualquier Ley. Una lista cerrada a cualquier derecho real no contenido en ella, pero creado por una ley, obligaría a cambiar la ley; por ejemplo, el derecho de aprovechamiento por turno: habría que modificar el ar. 2.2 LH cada vez que apareciera un nuevo derecho real creado por la Ley. Muchos olvidan que el problema no es de listas cerradas o abiertas, y menos tratándose de una lista contenida en una Ley como la hipotecaria, que debería recibir cualesquiera derechos reales creados por Ley. Lista abierta en una Ley del Registro, por tanto, no es igual a número abierto de derechos reales, sino abierta a los derechos reales existentes fuera de ella. Lo que se debate es quién puede crear nuevas figuras de derechos reales, especialmente en cosa ajena –por tanto, limitativos de la propiedad–, si la Ley o los particulares. Una lista de una ley siempre podría ser modificada por una nueva creación legal. Por tanto, sería absurdo que fuera cerrada en una ley, como la Hipotecaria, que ha de recibir los que el Ordenamiento reconozca. La de una ley en cierta medida adjetiva, como la Hipotecaria, obviamente debe ser abierta, sin que ello prejuzgue quién crea nuevos tipos de derechos reales.

Si las partes someten la transmisión de la propiedad a la condición de que se pague el precio, habrá que dar razones convincentes para convertir la reserva de dominio querida por las partes en otra figura, como un derecho real de garantía en cosa ajena. Cabe decir lo mismo de la teoría que convierte una condición suspensiva en una condición resolutoria.

Cuando se expone el problema de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio, habitualmente se tergiversan los términos de la cuestión. En efecto, a nadie se le ocurre discutir que estemos ante una condición resolutoria, si las partes pactan una condición resolutoria. Tampoco, obviamente, se le ocurrirá a alguien negar que estemos ante un derecho real de garantía llamado prenda sin desplazamiento, si las partes garantizan el pago del precio por medio de una prenda sin desplazamiento. ¿Entonces por qué, si las partes pactan que la transmisión de la propiedad sólo se produzca si se paga el precio, la propiedad ha de entenderse transmitida con la tradición, aunque no se haya pagado el precio, y, en contra de la voluntad de las partes, ha de entenderse constituido un derecho real de garantía consistente en una prenda sin desplazamiento? Lo mismo cabe preguntar respecto de la teoría de la condición resolutoria; es decir, por qué debe transformarse una condición suspensiva en resolutoria.

Ésta es la cuestión importante, y no tanto un debate sobre un concepto metafísico llamado “reserva de dominio” existente en el cielo de los conceptos jurídicos. La cuestión es por qué, desde algunas teorías, no se respeta la voluntad de las partes cuando condicionan la transmisión de la propiedad al pago del precio.

La cuestión, pues, debe centrarse en si es admisible condicionar al pago del precio la transmisión de la propiedad por causa de compraventa. Si se concreta la cuestión de esta manera, lo primero que hay que preguntar es si, por esa condición, se alteran las reglas de transmisión de la propiedad. Para dejar las cosas claras ya, opino que no.

Las reglas de transmisión de la propiedad exigen la concurrencia de voluntad de transmitir y adquirir en transmitente y adquirente, respectivamente; la primera regla es, por tanto, que la propiedad se transmite por voluntad de las partes¹³¹. Se viola esta regla si, conforme a las teorías de la condición resolutoria y de la prenda sin desplazamiento, se afirma que la propiedad pasa al comprador a pesar del pacto; por tanto, en contra de la voluntad de las partes. Son estas dos teorías, en definitiva, las que violan la primera regla del

¹³¹ En D.41, 1, 9, 3 se dice: “nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi”.

sistema de transmisión de la propiedad (el respeto a la voluntad de las partes). La propiedad no pasa sin la voluntad del propietario, ni la propiedad se adquiere sin la voluntad del adquirente.

En nuestro Derecho, la segunda regla que interesa ahora es que la tradición transmite la propiedad a consecuencia de ciertos contratos; la compraventa es uno de ellos. Es un contrato bilateral o sinalagmático en el que las prestaciones deben cumplirse simultáneamente, salvo pacto en contrario. Una de las prestaciones es la de pagar el precio y otra la de entregar la cosa y transmitir su propiedad. Las partes pueden negarse a cumplir su prestación, si la otra no cumple la suya. No cabe duda de que se puede pactar que unas prestaciones se ejecuten en un momento y otras, en otro. Tampoco es dudoso que el tiempo de cumplimiento pueda hacerse depender de una condición. Pues bien, si es así, ¿qué inconveniente existe para que la prestación del vendedor consistente en la transmisión de la propiedad se haga coincidir con el cumplimiento de la prestación del comprador?

La reserva de dominio hasta el pago del precio es conforme con la causa de un contrato de compraventa en el que se aplaze el pago del precio, pues la causa en el contrato de compraventa consiste en la reciprocidad entre cosa y precio. El pacto respeta el sinalagma funcional.

Desde estas premisas, el pacto de reserva de dominio no altera ninguna regla de la transmisión de la propiedad, pues responde a la voluntad de las partes y es conforme con la causa de la compraventa con precio aplazado, como muy bien señalara ya la STS 10.6.1958. Lo que sí contradice el sistema de transmisión de la propiedad de manera radical es que la propiedad se transmita en contra de la voluntad de las partes, como resulta de la teoría de la prenda y de la teoría de la condición resolutoria.

X. LA EFICACIA DE LA RESERVA DE DOMINIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Se hace preciso distinguir si la reserva de dominio recae sobre bienes muebles o inmuebles. Además, si es sobre bienes muebles, es necesario distinguir si el contrato está sometido o no a la LVBMP.

1. Reserva de dominio sobre bienes muebles en contrato no sometido a la LVBMP

Son muchos los contratos sobre bienes muebles corporales, no consumibles e identificables que no están sometidos a la LVBMP y que, por tanto, no

pueden acceder al Registro, pero en los que las partes pueden pactar la reserva de dominio, tal como prevén la Ley de Ordenación del comercio minorista (art. 17.2) y la Ley de lucha contra la morosidad (art. 10) ¹³².

a) Eficacia frente a los acreedores:

Se puede sostener que la reserva de dominio no inscrita en contratos no sometidos a la LVBMP es eficaz contra los acreedores del comprador, porque no es aplicable el art. 15 LVBMP y no hay ninguna razón para que la propiedad del vendedor no le atribuya a éste una tercería de dominio. Más complicado parece admitir un derecho de separación en el concurso. Este tema lo trataremos después. El crédito del vendedor por el precio de la cosa vendida goza de la preferencia del art. 1922-1 CC y, estrictamente, también debería gozar del privilegio especial del art. 90 LC, porque la Ley concursal no establece ningún requisito para que su derecho sea oponible a los acreedores, sino que remite para ello a la legislación específica aplicable. En esta legislación aplicable, que no puede ser la LVBMP ¹³³, no hay ningún requisito para que su derecho sea oponible: el art. 1922.1 CC sólo requiere que la cosa se encuentre en poder del comprador.

b) Eficacia frente a los terceros adquirentes:

Más complicada es la eficacia frente a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, dadas las ideas dominantes.

Desde un principio, debo aclarar que, en mi opinión, no todos los terceros de buena fe obtienen una protección consistente en adquirir *a non domino*, como parecen creer algunos. No hay una regla general en virtud de la que el propietario sucumba ante un tercero de buena fe por la simple apariencia derivada de la posesión del transmitente ¹³⁴. Los principios del sistema en materia

¹³² Martínez Rosado, La compraventa a plazos.. cit. p. 276.

¹³³ La LVBMP no es la ley reguladora de la reserva de dominio. Sólo es una ley de ventas de bienes muebles a plazos en la que la reserva de dominio es una cláusula potestativa (así, Guillermo Velasco, La compraventa a plazos con reserva de dominio de bienes en tránsito en el concurso del vendedor, Anuario de Derecho concursal, 2007-3 n.º 12, p. 566). Sus normas sobre la eficacia de la reserva de dominio solamente se aplican a los contratos sometidos a la Ley, pues así lo dispone expresamente el art. 15 LVBMP.

¹³⁴ Sin embargo, es muy frecuente encontrar en la doctrina presupuesta la existencia de una regla semejante. Algunos suponen que la eficacia de los derechos reales depende del conocimiento que tengan de ellos los terceros; así, junto a la buena fe, la mera apariencia —sin más precisiones— se constituiría en determinante de la pérdida de la propiedad. No existe en nuestro Derecho una regla semejante. No cabe confundir supuestos concretos de protección de terceros frente a los titulares de los derechos con una regla general que imponga la pérdida del derecho por la buena fe y la apariencia. Hacen falta otros requisitos, como adquisición en establecimiento mercantil, venta pública etc., para que tenga lugar ese efecto. De existir una regla semejante, no podríamos

de propiedad se encuentran en el art. 348 del CC y en el art. 33 de la Constitución¹³⁵. El principio es que el propietario tiene acción para reivindicar y que no pierde su derecho sin un hecho propio (*Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest*), a salvo las excepciones establecidas en la Ley. El propietario no puede ser privado de su propiedad —si la ley no lo establece— sólo porque otro sujeto de buena fe tenga interés en adquirirla o cobrar su crédito sobre ella. Hay una reserva de ley para las limitaciones de la propiedad que no puede ser sustituida por meras teorías, como la de la apariencia, publicidad etc., que, además, son más mitos y fósiles jurídicos que principios del sistema.

Los terceros son protegidos, aparte de por la Ley hipotecaria, por normas como —entre otras—, los art. 85, 324, 545 del Código de comercio, el art. 19 de la Ley Cambiaria y del cheque, el art. 9 de la Ley del Mercado de valores, el art. 61 de la Ordenación del comercio minorista, los párrafos 2, 3 y 4 del art. 464 CC, los arts. 1734 y 1738 CC, etc.

hablar de la propiedad como derecho eficaz *erga omnes*. Incluso para la llamada tesis germanista del art. 464.I CC, se precisa que las cosas hayan salido voluntariamente de la posesión del propietario. Ni siquiera, pues, para esta teoría, la protección de los terceros descansa en la buena fe y en la mera apariencia. En mi opinión, esta teoría es errónea también, pues resulta muy claramente que, por la posesión de buena fe, no se adquiere el dominio de los bienes muebles, si no dura tres años (art. 1955). La doctrina debería atender más a los textos de nuestro Código, en vez de inventar reglas de adquisición *a non domino* incompatibles con ellos.

¹³⁵ Es necesario recordar la existencia de estos preceptos, porque en la doctrina se procede como si no existieran. En este sentido, Blasco, Las ventas cit. p. 67, expresa su perplejidad, ante un pacto de reserva de dominio que afecte a terceros sin publicidad, al comentar críticamente la STS 10.1.1949. Afirma que el principio de publicidad rige inexorablemente en sede de derechos reales de garantía. También que es cierto que no existía un Registro de bienes muebles en la época de las sentencias a las que se refiere, pero esta carencia no legitima la admisión incondicionada frente a cualquier tercero de la reserva de dominio sin publicidad incluso frente a terceros, sin tomar en consideración los principios básicos del sistema y, en concreto, el artículo 464 CC". Mas los principios del sistema están expresados en el art. 33 CE y en el art. 348 Código civil. El art. 464.I CC no establece más que una regla de prueba: la posesión funciona como título es decir, como prueba del negocio de adquisición —por ejemplo, del contrato por el que el poseedor alega haber adquirido la propiedad—, pero esto no significa que se convalide una adquisición defectuosa por haber adquirido de un no propietario. Últimamente, Bruno Rodríguez Rosado, Cobro de lo indebido, tradición y usucapión: estudio de los artículos 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria, en ADC 2004, III, p. 1003-1104, apoyado en los precedentes de nuestro Derecho (Partidas) y del Derecho común europeo, ha sostenido una plausible función de la máxima convalidatoria del título (la posesión equivale al título), que determinaría la admisión del título putativo en la usucapión mobiliaria. Sin embargo, finalmente opina que la tesis que mejor explica sistemáticamente el art. 464 CC es la iniciada por Vallet de Goytisolo y desarrollada posteriormente y algo modificada por mí mismo (Vallet de Goytisolo, La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464, en ADC 1956, y en Estudios de Derecho de cosas, II, La reivindicación mobiliaria, Madrid 1999, Miquel, La posesión de bienes muebles, Madrid 1979, Notas sobre el art. 464 y la reciente jurisprudencia, en ADC 1999), que atribuye una función fundamentalmente probatoria al primer párrafo del art. 464 CC.

Por otra parte, la reserva de dominio no es una garantía real, es propiedad retenida por el vendedor, y la propiedad mobiliaria y la inmobiliaria son eficaces *erga omnes* sin publicidad, excepto cuando existan terceros protegidos.

El párrafo primero del art. 464, en cuanto regla de prueba, no sólo aprovecha a terceros adquirentes en ese ámbito probatorio ¹³⁶.

Además existen reglas de protección de terceros frente a determinadas acciones, como las rescisorias y las resolutorias, conforme a los arts. 1295 y 1298 CC, por una parte, y 1124.IV CC, por otra, así como el art.15 LVBMP. Este último no es aplicable a los contratos no sometidos a la LVBMP.

Estas últimas reglas citadas del Código civil son las que cumplen una función semejante al art. 34 LH, respecto de los bienes muebles, y no el art. 464.1, pues el art. 1124.IV, para proteger a los terceros de buena fe de los efectos de la resolución, no se remite al art. 464 como haría si este precepto fuera, para los bienes muebles, el paralelo de los arts. 34 y 37 LH. Para dejar a salvo a los terceros frente a los efectos de la resolución, el art. 1124. IV CC remite a los arts. 1295 y 1298 CC, no al art. 464.

Si se quieren encontrar preceptos paralelos al art. 464 párrafo primero en la Ley Hipotecaria, los preceptos que cumplen funciones semejantes son los arts. 35, 38 y 41 LH. La posesión y la inscripción funcionan como prueba del título (art. 35 LH, “será justo título la inscripción”, art. 464.1, “la posesión equivale al título”). La posesión y la inscripción legitiman una tercería de dominio (art. 38 LH y la interpretación jurisprudencial y de un sector de la doctrina del art. 464.1). La posesión y la inscripción facilitan una recuperación de la cosa por medios más simples que una propia reivindicatoria (arts. 41 LH y 250.1.7.º LEC, la posesión anterior del que haya perdido la cosa o sido privado ilegalmente de ella le legitima para reivindicar, conforme al art. 464.1)

Cuando se resuelve el derecho del transmitente, se aplican el art. 34 LH y el art. 1124-IV CC, pero no el art. 464.1.

Por supuesto, los terceros de buena fe también pueden invocar el art. 1955.1 CC porque según este artículo —del que, al parecer, nadie se acuerda—, se adquiere “el dominio de los bienes muebles por la posesión ininterrumpida de buena fe durante tres años”. Conforme a este precepto, para adquirir el dominio, no basta con la posesión de buena fe de bienes muebles porque hacen falta tres años de posesión de buena fe.

La acción del propietario también puede quedar paralizada o excluida por aplicación del art. 7 CC, que, si bien recoge un principio general, es, además, una disposición de la Ley.

¹³⁶ Sobre esto, *vid. infra*. La posesión equivale al título es una regla que sustituye la prueba del título, por la prueba de la posesión, debido a la ordinaria falta de prueba de los títulos de adquisición de los bienes muebles. Esta función es mucho más importante que la pretendida por la tesis germanista propiamente dicha. La regla como prueba del título no sólo sirve a los terceros. Como es sabido, las reglas sobre la prueba son decisivas.

Fuera de esas normas y otras específicas no mencionadas, el conflicto entre un propietario y los terceros se resuelve a favor del propietario que reivindique, que ejercite una tercería de dominio o un derecho de separación en el concurso.

La propiedad es eficaz *erga omnes*, salvo los casos establecidos por la ley. Ése es el principio básico de nuestro sistema, y no los de otro Ordenamiento, como —pongo por caso— el Derecho italiano, tan influyente entre nosotros (art. 1153 Código civil italiano). En el Derecho italiano cualquier poseedor de buena fe adquiere *a non domino* los bienes muebles, ya sean robados, hurtados, estafados, apropiados indebidamente etc., y con independencia del lugar donde los compre, e, incluso —según algunos—, aunque el título adquisitivo sea una donación. Éste no es el sistema del Código civil español.

No cabe inventar adquisiciones *a non domino*, ni protección de acreedores por la mera apariencia o pretendida publicidad posesoria. Obviamente, tampoco se puede sustituir el criterio de la ley por las preferencias del intérprete, como si se pretendiera que la protección del tráfico deba ser superior a la de la propiedad. Lo será si la ley lo dispone así; la decisión es del legislador¹³⁷.

No es aceptable sostener que el art. 1257 CC impide hacer valer frente a terceros una propiedad adquirida o retenida a consecuencia de un contrato. Lo que impide este artículo es imponer obligaciones por un contrato a quienes no sean partes contratantes o sus herederos. No impide que el contrato, como elemento del supuesto de hecho de adquisición de un derecho, sea opuesto a quienquiera que sea, porque entonces lo que se opone al tercero es el derecho adquirido, y no, por supuesto, la vinculación contractual. El art. 1257 CC debe ponerse en relación con el art. 1254, porque es en este precepto donde se expresa la eficacia del contrato. Otra cosa es la prueba del contrato y de la tradición, si hablamos de la adquisición de la propiedad. Hay pruebas, como el documento privado, que se limitan a las partes en unos casos, pero no en otros (arts. 1225 y 1227).

Claro que tampoco el art. 1257 CC contiene la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* o *nemo dat quod non habet*, como sostiene alguna línea jurisprudencial, si bien el principio *res inter alios acta* que se contiene en el art. 1257 CC coincide con los anteriores, en cuanto todos expresan límites de la autonomía privada.

Para proteger a los terceros adquirentes de buena fe frente a una reserva de dominio no inscrita se invoca, por una parte, el art.15 LVBMP y, por otra,

¹³⁷ Debe tenerse en cuenta que la protección de las garantías del crédito protege también al tráfico, porque, sin garantías, no hay crédito y, sin crédito, no hay tráfico.

el art. 464 CC. Cuando estamos fuera del ámbito de aplicación de la LVBMP, el art.15 LVBMP no es aplicable, y hay que aplicar las normas generales. El mismo art.15 limita su disposición a las reservas de dominio “que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley”. No dispone nada sobre los contratos no sometidos a la Ley. El razonamiento para proteger a los terceros adquirentes sería un argumento a contrario, si sólo son oponibles a terceros las reservas de dominio inscritas, las no inscritas; bien por voluntad del legitimado para inscribirlas, bien por no ser inscribibles, no son oponibles a tercero. Pues bien, este argumento va más allá de lo dispuesto por el citado art. 15, pues este precepto sólo regula determinados contratos, y no otros. Respecto de los no regulados por la Ley, no cabe argumentar a contrario. La LVBMP no es una ley reguladora de la reserva de dominio en general, sino solamente de las reservas insertas en los contratos sujetos a la misma.

Es cierto, no obstante, que muestra un criterio legislativo que, quizá, podría aplicarse por analogía. El inconveniente es la interpretación que se da al art.15 LVBMP, porque no debe aplicarse por analogía una norma tan singular como es que la propiedad del vendedor no sea eficaz frente a los acreedores del comprador, a los terceros de mala fe, o a los subadquirentes a título gratuito. La norma general es que los acreedores no pueden cobrar a costa de bienes ajenos a su deudor, y que la propiedad es eficaz *erga omnes*, sin perjuicio de las normas protectoras de los terceros. Por tanto, el vendedor que se haya reservado el dominio podrá levantar los embargos que no se hayan limitado a trabar el derecho del comprador, y también debería gozar de un derecho de separación en el concurso (art. 80 LC), pues los bienes vendidos con pacto de reserva de dominio son de propiedad ajena al concursado.

No obstante, la Ley Concursal, al tratar de las acciones recuperatorias de bienes vendidos, habla solamente de los vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles. Por tanto, este precepto, en conexión con el art. 90.2 CC, habla a favor de que la reserva de dominio no inscrita no tiene eficacia en el concurso. Esta solución no es la deseable desde un punto de vista de política legislativa. Tampoco concuerda con la de los demás países de la Unión europea.

Si el vendedor, ante el incumplimiento del comprador, elige la resolución, entonces recupera lo que es suyo; no obstante, si la cosa estuviera en poder de un tercer adquirente, son de aplicación los arts. 1124 *in fine*, 1295, 1298 CC y los arts. 34 o 37 LH, en inmuebles.

Naturalmente, debe observarse que una cosa es la protección de los terceros frente a una resolución de un contrato que hace caer la propiedad del comprador, y otra la resolución de un contrato que solamente elimine el dere-

cho expectante de un comprador, que, al transmitir la cosa al tercero, no era propietario.

A pesar de la diferencia, quizá se pueda aplicar el art. 1124 IV para dejar a salvo a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. Se puede sostener que el pacto no puede evitar por sí solo esa protección, bien por un argumento de analogía con los contratos sometidos a la LVBMP, para evitar una incoherencia valorativa, bien por considerar que el carácter imperativo del precepto obliga a aplicarlo tanto si se pacta una condición resolutoria, como si se pacta una suspensiva.

Es aquí donde las normas imperativas relativas a la condición resolutoria, a las que alude Peña, y las relativas a la facultad de resolver, quizá deban entrar en juego y aplicarse para evitar un resultado que la ley no quiere que se produzca, cualquiera que sea el camino elegido¹³⁸. Con todo, esta solución no me parece segura, porque insisto en que una cosa es que una acción resolutoria de un contrato que transmitió la propiedad, no alcance a terceros, y otra, que se resuelva un contrato que no transmitió la propiedad. En relación a bienes inmuebles el TS no sigue una doctrina uniforme. De ello me ocupo después.

c) Tratamiento en la Ley Concursal del contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio no inscrita. Los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal regulan la suerte de los contratos bilaterales en el concurso. En mi opinión, el contrato de compraventa con reserva del dominio se encuentra en la situación del supuesto de hecho del art. 61.2, es decir en tanto que el comprador no haya pagado el precio completamente, el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes¹³⁹.

El art. 61.2 LC dispone que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado, como de la otra parte. Las

¹³⁸ Tratándose de bienes muebles, no entra en juego, en absoluto, el art. 464 párrafo primero, que no establece, pese a una opinión generalizada en la doctrina, ninguna adquisición *a non domino*, porque una equivalencia a título, que es el negocio de adquisición —como compraventa, permuta etc.—, no es lo mismo que una equivalencia a propiedad.

¹³⁹ Sobre esto, Martínez Rosado, *La compraventa* cit. p. 278 y ss., niega la eficacia de la reserva de dominio no inscrita en el concurso, lo que implica —dice en p. 297— que deberá conformarse con un crédito ordinario. Niega que la compraventa a plazos en la que el vendedor ha entregado la cosa al tiempo de la declaración del concurso constituya un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, de manera que no resulta aplicable el régimen que los arts. 61 a 63 LC prevén para éstos. No comparto esta opinión. El pacto de reserva de dominio precisamente determina que la prestación del vendedor esté pendiente de cumplimiento. Ésta es la doctrina dominante en Alemania y en Italia, según refiere el propio Martínez Rosado, nota 366, p. 189.

prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

En la doctrina, se discute si, cuando en la venta con pacto de reserva de dominio el comprador no ha cumplido todavía del todo, estamos en el supuesto de hecho de este precepto. La cuestión consiste en decidir si la obligación del vendedor también está pendiente de cumplimiento, porque sobre la del comprador no hay duda, ya que la hipótesis es que el comprador no haya pagado totalmente.

Hay que aclarar que, si hay un contrato de compraventa en el que el vendedor se obliga —si bien condicionalmente— a la transmisión de la propiedad, ése es, desde luego, el contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio¹⁴⁰. Solamente se puede negar que la obligación del vendedor esté pendiente de cumplimiento, si la prestación del vendedor se entiende como conducta, como actividad, pero no, si se la contempla como un resultado que el vendedor debe procurar al comprador. Desde este punto de vista, se diría que el vendedor, al entregar, ha realizado todo lo necesario para transmitir la propiedad y ya no debe ninguna actividad; por tanto, ya ha cumplido. Mas lo cierto es que no se ha producido el resultado programado por el contrato, consistente en la adquisición de la propiedad. Además, esa falta de producción del resultado es conforme a la regla contractual que ha previsto dejarlo pendiente.

A mi juicio, precisamente por esto (por ser voluntad de las partes dejar pendiente la transmisión de la propiedad hasta el completo pago del precio), debe considerarse que ambas obligaciones están pendientes de cumplimiento. El vendedor tampoco ha prestado su consentimiento a la transmisión incondicionalmente; por tanto, al someter ese consentimiento al hecho del pago del precio, parece claro que lo que le incumbe no ha sido cumplido todavía. Precisamente ése es el efecto del pacto: retrasar el cumplimiento total de las obligaciones de las partes y mantener en esa medida la simultaneidad de su cumplimiento. Por eso, me parece que debe considerarse que ambas obligaciones están pendientes de cumplimiento.

Según esto, el concurso no afecta a la vigencia del contrato, y las obligaciones del concursado deben cumplirse con cargo a la masa. Esta regla general se exceptúa si el concursado —en caso de suspensión—, o la administración del concurso —en el supuesto de intervención— solicitan la resolución y las partes la acuerdan, o en su defecto —y, en su caso— si la ordena el juez, sustanciadas las diferencias por los trámites del incidente concursal¹⁴¹.

¹⁴⁰ V. en este sentido M. Clemente Meoro, *El acreedor de dominio*, Valencia 2000, pp. 61-62.

¹⁴¹ Art. 61. 2: La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado

La declaración de concurso no afecta a la facultad de resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, por incumplimiento posterior de cualquiera de ellas. No obstante, aunque exista causa de resolución, el juez puede acordar el cumplimiento del contrato, y serán de cargo de la masa las prestaciones debidas ¹⁴².

Si bien se mira, el art. 61.2 LC protege al vendedor de manera suficiente en el concurso del comprador, porque la reserva de dominio ha determinado justamente que ambas obligaciones estén pendientes de cumplimiento, por lo que, ante el incumplimiento —bien resuelva el vendedor, bien resuelva el juez a solicitud de la administración concursal (conforme al art. 61.2 ap. 2)—, recuperará la cosa vendida y, conforme a los arts. 61.2. ap. 2 y al art. 62. 4 *in fine* LC, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda.

Cuando, frente a la teoría de la condición suspensiva, se arguye que la función recuperadora de la reserva de dominio ya la produce la resolución del contrato y que, por tanto, esa función de la reserva de dominio no es necesaria, se olvida la función preventiva que cumple el cumplimiento pospuesto hasta el cumplimiento de la otra parte, que precisamente es lo que protege al vendedor en la tercería de dominio y en el concurso. La facultad de resolver

como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El juez citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa.

¹⁴² Art. 62. Resolución por incumplimiento.

1. La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.

2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.

3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.

4. Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento.

En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda.

del vendedor con reserva de dominio obtiene inmunidad (no total, por el art. 62.3 LC) en el concurso, precisamente porque la reserva de dominio produce una situación de pendencia en el cumplimiento de su obligación. Si el vendedor no se hubiera reservado el dominio, su obligación no estaría pendiente de cumplimiento y entonces no resistiría al concurso su pretensión de cobro del precio (art. 61.1 LC).

d) Resúmen:

A mi juicio, el problema de la reserva de dominio en contratos no sometidos a la LVBMP se limita, por tanto, a si el pacto de reserva de dominio puede evitar la protección que dispensa el art.1124.IV CC a los terceros adquirentes de buena fe y título oneroso, frente a una acción resolutoria. No se debería cuestionar la eficacia de la reserva de dominio contra los acreedores del comprador, pues los acreedores no son terceros protegidos respecto de la composición del patrimonio de su deudor, excepto a través de las acciones rescisorias por fraude. Tampoco debería discutirse la eficacia de la reserva de dominio frente a terceros adquirentes no protegidos por el art. 1124 IV CC; es decir, adquirentes a título gratuito o de mala fe.

En el concurso del comprador, el vendedor con pacto de reserva de dominio obtiene protección, porque el concurso no afecta a los contratos pendientes de cumplimiento, salvo las posibilidades de elección que se conceden a la administración concursal de solicitar la resolución y al juez de acordarla, seguidos los trámites del incidente concursal (art. 61.2.2 LC). Aunque exista causa de resolución, el juez, en interés del concurso, también puede acordar el cumplimiento(62.3 LC).

2) La reserva de dominio en los contratos sometidos a la LVBMP

El art.15 LVBMP dispone que, para que sean oponibles frente a tercero las reservas de dominio que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

a) *Eficacia frente a los acreedores de la reserva de dominio no inscrita*

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que el tercero a que se refiere el precepto es todo tercero; por tanto, comprende a los acreedores y a los terceros adquirentes. De esta manera, el pacto de reserva de

dominio no inscrito es prácticamente inexistente, porque la reserva de dominio solamente tiene sentido frente a terceros ¹⁴³.

Esta interpretación del tercero del art.15 LVBMP es excesivamente amplia ¹⁴⁴. Impone una publicidad a la propiedad mobiliaria que no se impone a la inmobiliaria. En efecto, los compradores de bienes inmuebles en documento privado que han adquirido la propiedad por tradición levantan embargos trabados y anotados en el Registro a favor de acreedores del titular registral ¹⁴⁵; se admite la prueba de la propiedad de adquirentes en documento privado en contra de la publicidad registral. Se reconoce, por tanto, que la falta de inscripción no les perjudica y que los acreedores del titular registral no son terceros protegidos, aunque anoten el embargo. Según la doctrina que combató, si se compara la situación de un propietario de un bien inmueble que no haya inscrito su derecho y la del vendedor con reserva de dominio de bienes muebles que tampoco lo haya inscrito, puede observarse:

- 1) Ninguno goza de publicidad a su favor
- 2) Ambos tienen en contra bien la inscripción, bien la posesión del deudor embargado.
- 3) Sin embargo, el propietario de un inmueble prevalece frente a los acreedores del titular registral, en tanto que el propietario de bienes muebles que sea vendedor con reserva de dominio no inscrita no prevalece frente a los acreedores del comprador.

Si se sigue esa interpretación amplia del tercero del art.15 LVBMP, al que no es oponible la reserva de dominio no inscrita, se da más valor a la pretendida publicidad de la posesión que a la publicidad del Registro de la propiedad. Es un resultado imposible de justificar, porque provoca una inadmisiblemente diferencia de trato, cuando, además, la publicidad registral es una verdadera publicidad y la de la posesión, no.

¹⁴³ La STS 23 de octubre de 1991 se refiere a la eficacia de un pacto de reserva de dominio no inscrito entre los contratantes; mas en realidad se trata de una acción reivindicatoria a la que se opone el deudor en suspensión de pagos, alegando el antiguo art. 23 LVBMP. El TS rechaza el recurso porque el art. 23, dice, rige cuando la reserva de dominio se hace valer frente a terceros. La parte compradora, entiendo el Supremo, no está legitimada para defender los derechos de sus acreedores. Martínez Rosado, *La compraventa cit.*, en diversos lugares se refiere a la eficacia del pacto entre las partes.

¹⁴⁴ Nuria Bermejo, *Créditos cit.* p. 429 acertadamente sostiene que los acreedores no son equiparables a los subadquirentes. Con toda razón, también Espejo, *La reserva cit.* p. 181, sostiene que los acreedores no son terceros protegidos por la Ley Hipotecaria.

¹⁴⁵ Véase la abundante Jurisprudencia citada por Espejo, *La reserva cit.* p. 181 y nota 249. También en mi artículo, *El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, RdPat 1,1998, pp. 45 y ss.

Por eso, el art.15 LVBMP no deber interpretarse en el sentido de que el pacto de reserva de dominio no inscrito sea inoponible a los acreedores del comprador, porque los acreedores no son propiamente terceros protegidos por la apariencia o publicidad de la posesión, respecto de la composición del patrimonio de su deudor. No lo son, desde luego, en la Ley Hipotecaria, cuyo modelo sigue la nueva Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos en el mismo art.15 LVBMP, en sus números 2 y 3. Tampoco debe ser inoponible a los terceros adquirentes que no resulten protegidos por el art. 1124 IV CC (de mala fe o a título gratuito).

El art. 15 LVBMP debería interpretarse al revés de cómo se interpreta habitualmente. Concretamente, en el sentido de que el pacto inscrito es eficaz contra los terceros que, sin la inscripción del pacto, resultarían protegidos frente a una acción resolutoria, es decir contra los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Tal como lo interpreta un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, el Registro de bienes muebles, en cuanto a la reserva de dominio, produce un resultado extraño, porque, a costa de proteger frente a lo no inscrito a terceros que no deben ser protegidos —especialmente a los acreedores del comprador frente a la reserva de dominio del vendedor—, desprotege a otros por la inscripción de la reserva, como son los terceros adquirentes de buena fe y título oneroso frente a una acción resolutoria (art. 1124.IV), que siempre será necesaria para recuperar los bienes vendidos, incluso con reserva de dominio¹⁴⁶.

Esta indeseable interpretación amplia del art. 15 LVBMP se apoya en la idea de que la publicidad de la posesión ha de ser destruida por otra publicidad: la registral. Mas la premisa es falsa, porque no existe una función de publicidad de la posesión mobiliaria. Como hemos dicho, esta interpretación admite algo sorprendente, como es la mayor eficacia de la pretendida publicidad de la posesión mobiliaria que la de la publicidad inmobiliaria registral.

¹⁴⁶ Los terceros no pueden ser considerados de mala fe sólo porque el pacto esté inscrito. La STS 25.2.1992 afirma incidentalmente que los terceros adquirentes de bienes sobre los que pese una reserva de dominio inscrita en el Registro no son de buena fe. Confunde esta sentencia la falta de buena fe con los efectos de la publicidad. Parece subyacer la idea de que todo tercero de buena fe debe ser protegido frente al titular del derecho y, por tanto, si no es protegido, sólo puede ser porque no es de buena fe. También está implícita la idea de que el contenido del Registro es conocido por todos y nadie puede alegar ignorancia del mismo. Pero es un grave error creer que es lo mismo la posibilidad de conocer que el conocimiento efectivo. Además, parece una regla innecesaria, porque, igual que las leyes obligan aunque no se conozcan, también los derechos existen con independencia de que otros conozcan su existencia. Un tercero afectado por la publicidad del derecho del reivindicante, a pesar de sucumbir ante la pretensión reivindicatoria, puede ser de buena fe y obtener ventajas como frutos, abono de mejoras, usucapión (arts. 451 y ss, 1955 CC, 36 LH etc.).

Esto debería despertar, al menos, la sospecha de que existe algún error en los puntos de partida de la interpretación amplia del concepto de tercero del art.15 LVBMP.

La jurisprudencia ha admitido la eficacia del pacto de reserva del dominio frente a terceros a pesar de estar cancelada la inscripción, si estaba vigente al tiempo del embargo. Esta jurisprudencia me parece plausible, porque, para mí, los acreedores del comprador no son terceros en el sentido del art.15 LVBMP; pero no es coherente con la tesis de la eficacia constitutiva de la inscripción, pues, si fuera cierta esta tesis, cancelada la inscripción desaparecería la eficacia del derecho constituido por la misma.

De acuerdo con lo ya expuesto, entiendo que, en los contratos sometidos a la LVBMP, la reserva de dominio no inscrita debe ser oponible a los acreedores y a los terceros adquirentes de mala fe o a título gratuito. La reserva de dominio no inscrita, en este supuesto, es inoponible a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. En este caso, el art.15 LVBMP es aplicable, pero el concepto de tercero de este precepto merece una interpretación estricta, porque el principio es que el propietario prevalece sobre acreedores que embargan lo suyo y que los adquirentes de mala fe o a título gratuito no merecen ser mantenidos en una adquisición *a non domino*.

La STS 28.4.2000 extrema el sentido del art. 23 (de la Ley de 1965), al exigir la inscripción de la reserva para que el vendedor disfrute del privilegio del art. 1922.1. Es una interpretación absolutamente inadmisibles, que demuestra la perversión de la interpretación del art. 23 anterior y de actual art.15 LVBMP, en cuanto incluye en el concepto de tercero a los acreedores. El privilegio del art. 1922.1 CC no requiere una reserva de dominio, por lo que la ineficacia o inoponibilidad de ésta no perjudica al privilegio del vendedor. La doctrina de esta sentencia produce un resultado disparatado, porque, según ella, si no se pacta la reserva de dominio, el art. 1922.1 CC es aplicable, mientras que si se pacta y no se inscribe, no sólo es inoponible el pacto de reserva de dominio a los acreedores del comprador, sino que desaparece además el privilegio del art. 1922.1 CC, a pesar de que nada tiene que ver con la existencia de un pacto de reserva de dominio. Es indefendible que el art. 23 antiguo y el actual 15 LVBMP produzcan una limitación semejante del art. 1922.1 CC.

b) Ineficacia de la reserva de dominio no inscrita frente a los terceros adquirentes

Los terceros adquirentes son los protegidos, sin discusión, por el art.15 LVBMP. Por tanto, no les afecta la reserva de dominio a la que estuviera

sometida la adquisición de su transmitente. Ahora bien, los terceros adquirentes quedan excluidos de protección por razón de su mala fe o el título gratuito de adquisición, frente a un vendedor que se haya reservado el dominio, aunque no lo haya inscrito. Aunque esta solución no deriva del texto del art.15 LVBMP y no es compartida por algún sector de la doctrina, creo que es la más razonable y concordante con el art. 1124.IV CC, que solo protege a los terceros de buena fe y a título oneroso, por su remisión a las reglas de las acciones rescisorias. Además, la inscripción de la reserva de dominio va a descartar la aplicación de este precepto, por lo que en caso de falta de inscripción debe ser el aplicable.

c) Tratamiento en la Ley Concursal del contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio no inscrita

Me refiero ahora al contrato con pacto de reserva de dominio –mejor que al pacto–, porque, como en el caso de contratos no sometidos a la LVBMP, es la situación de pendencia del cumplimiento de las obligaciones de ambas partes lo que dota al derecho del vendedor de resistencia en el concurso del comprador. Es el carácter sinalagmático del contrato y la situación de pendencia lo que le permite resolver en caso de incumplimiento, a salvo la facultad del juez de acordar el cumplimiento (art. 62.3 LC).

No es, por tanto, el dominio del vendedor lo que se hace valer en el concurso del comprador, sino la situación de pendencia del cumplimiento de las obligaciones. Esta situación, por lo dispuesto en el art. 61.2 LC, permite exigir el cumplimiento con cargo a la masa o la resolución del contrato, en caso de incumplimiento. A salvo quedan las citadas posibilidades de que el juez acuerde bien la resolución —a pesar de que el vendedor exija el cumplimiento (art. 61.2.2 LC)—, bien el cumplimiento —a pesar de que el vendedor exija la resolución (art. 62.3 LC)—.

La norma del art.15 LVBMP será de aplicación si la cosa vendida ha pasado a un tercer adquirente y éste cae en concurso. En este concurso, el vendedor necesita hacer valer su propiedad, pero, según ese precepto, como no ha inscrito el pacto es inoponible a este tercero y a sus acreedores. En este supuesto, al vendedor no le basta la resolución del contrato para quedar protegido, necesita, además, hacer valer una propiedad fundada en un pacto inscrito.

d) Resumen

El tercero protegido por el art.15 LVBMP es solamente el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso. Por tanto, los acreedores del comprador

no son terceros en el sentido del citado art.15. Tampoco lo son los terceros adquirentes de mala fe o a título gratuito. Ésta no es una opinión mayoritaria, pero es la más razonable y concordante con el art. 1124.IV CC, que es el artículo descartado de aplicación por el art.15 LVBMP.

Como vimos en el supuesto de contratos no sometidos a la LVBMP, en el concurso del comprador, el vendedor con pacto de reserva de dominio obtiene protección, porque el concurso no afecta a los contratos pendientes de cumplimiento. Cabe decir lo mismo tanto en contratos no sometidos a la LVBMP como en contratos sometidos en los que la reserva no se haya inscrito. En ambos supuestos, no es el dominio del vendedor lo que se hace valer en el concurso del comprador, sino la situación de pendencia en el cumplimiento de las obligaciones de ambas partes. Por eso la norma debe ser la misma.

e) Eficacia frente a los acreedores de la reserva de dominio inscrita

Aunque la cuestión debería estar muy clara, los partidarios de la doctrina de la prenda sin desplazamiento, niegan incluso que el acreedor con pacto de reserva de dominio inscrito en el Registro disponga de la tercería de dominio para levantar los embargos trabados sobre los bienes vendidos.

Esta opinión no es defendible, en vista de los contundentes datos que derivan de la LVBMP. Naturalmente esa oposición se explica porque, si el vendedor dispone de la tercería de dominio, se derrumba la tesis de la prenda sin desplazamiento, que choca frontalmente con la ley ¹⁴⁷.

¹⁴⁷ La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 diciembre de 2002 defiende el desarrollo de la Ley verificado por la Ordenanza: Conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos (hoy Registro de Bienes Muebles) aprobado por la citada Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999, con clara habilitación legal en la presunción de legitimación registral contenida en el artículo 15 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, los Registradores denegarán los mandamientos de embargo sobre bienes vendidos a plazos con pacto de reserva de dominio o que hayan sido objeto de arrendamiento financiero, en virtud de contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, cuando el objeto del embargo sea la propiedad de tales bienes y el embargo se dirija contra persona distinta del vendedor, financiador o arrendador.

Podrán anotarse los embargos que tengan por objeto la posición jurídica del comprador a plazos o del arrendatario financiero, pero la anotación de embargo quedará sin efecto y podrá solicitarse su cancelación en caso de que el arrendatario no ejercite la opción de compra o de que el vendedor con pacto de reserva de dominio a su favor recupere los bienes ante el impago por parte del comprador del precio aplazado.

A los efectos de lo dispuesto en este apartado no será obstáculo que impida la anotación del embargo, el que en la base de datos del Registro de Tráfico figuren arrendamientos financieros contradictorios con la titularidad que se pretende embargar, cuando siendo inscribibles no fueron inscritos debidamente en el Registro de Bienes Muebles.

Como ya vimos al tratar de la configuración de la reserva de dominio en la LVBMP, el principio de exactitud del Registro (art. 15.2 LVBMP), la tercería registral (art. 15.3 LVBMP), e, incluso, la exclusión de la masa del concurso de los bienes vendidos con reserva de dominio (art. 16.5.2 LVBMP), determinan claramente que la reserva de dominio mantiene la propiedad en el vendedor y, por consiguiente, dispone de los remedios de un propietario. Estos son, la tercería de dominio en una ejecución singular, el derecho de separación en el concurso y la reivindicatoria.

El principio de exactitud que formula el art. 15.2 LVBMP obliga a aceptar que, si se inscribe una reserva de dominio a favor del vendedor, éste es propietario. Si la reserva de dominio solamente pudiera configurarse como una prenda, el Registro debería publicarla como tal prenda, nunca como dominio. El Registrador califica el título en el que consta la reserva de dominio y el asiento publica un determinado derecho, que no puede negarse que sea el dominio, pues, como dice el art. 15.2 LVBMP, los derechos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Es, por tanto, inadmisibles que un asiento proclame con presunción de exactitud que el vendedor se ha reservado el dominio, y, sin embargo, a ese derecho se le dé el tratamiento de una prenda.

La LVBMP no incurre en semejante despropósito. En efecto, los argumentos a favor de que la Ley sigue la teoría de la prenda son muy poco convincentes. Esta teoría argumenta repetidamente con la preferencia que se otorga al vendedor, lo que sería incompatible con la propiedad. Mas por mucho que la LVBMP contemple y privilegie la acción de cumplimiento del vendedor, eso no arguye nada en contra de otros remedios del vendedor ante el incumplimiento del comprador. En efecto, junto a la acción de cumplimiento, todo vendedor dispone de la acción de resolución y, si es propietario, de la tercería de dominio y del derecho de separación en el concurso.

La acción de cumplimiento, que es la dotada de preferencia para el cobro, no excluye los demás remedios de un vendedor no pagado, ni los de un propietario. Ya vimos que es insostenible negar la propiedad al vendedor por razón de la preferencia que se le concede para el cobro del precio. La preferencia es una alternativa a la propiedad, que tiene sentido para que el vendedor la elija, en vez de utilizar su derecho de propiedad.

Una tercería a favor del titular registral (art. 15.3 LVBMP), que le permite levantar embargos por deudas del comprador, no es un remedio de un acreedor pignoraticio. Esta norma debería ser bastante para rechazar que la LVBMP haya configurado la reserva de dominio como una prenda; si es que no fuera bastante el argumento elemental de que la ley llama al derecho del vendedor “reserva de dominio” y permite la inscripción del derecho del ven-

dedor con este nombre. ¿Se aceptará que nuestro legislador es tan inconsciente que ha insistido después de las polémicas en permitir un error sistemático en la denominación del derecho del vendedor y en los asientos del Registro? No es posible interpretar las leyes sin tener en cuenta lo esencial, como es que la Ley, que conoce la polémica, no haya advertido que la reserva de dominio sólo concede un derecho de prenda.

Algún sector de la doctrina insiste en datos irrelevantes, pero no en los esenciales. La teoría de la prenda no sólo no respeta la voluntad de las partes, ni la terminología de la ley, ni los asientos de un Registro con presunción de exactitud, sino que, además, trasvasa problemas ajenos a este terreno, como la prohibición del pacto comisorio, y considera incompatibles remedios que no lo son, como la preferencia con la que se dota a la acción de cumplimiento y la posibilidad de ejercitar una tercería de dominio y un derecho de separación en el concurso.

Frente a los acreedores del comprador, no cabe duda, por tanto, de que el vendedor con reserva de dominio inscrita goza de la llamada tercería registral. Ésta es la opinión dominante en doctrina y abrumadoramente seguida por la jurisprudencia. La tercería de dominio, en la ejecución singular, tiene como correlato el derecho de separación en el concurso; después trataré de este tema. También disfruta, para el cobro del precio, de la preferencia y prelación establecidas en los arts. 1922.2 y 1926.1 CC, que se otorgan a los contratos inscritos en el registro y a los que consten en escritura o póliza. En el concurso también goza de preferencia, según el art. 90.4.º LC.

f) Eficacia frente a los terceros adquirentes de la reserva de dominio inscrita

No cabe duda de que la reserva de dominio inscrita es eficaz contra todo tercero. La inscripción en el Registro tiene como consecuencia, por tanto, dejar sin protección a los terceros que, según la teoría germanista del art. 464.1 CC, estarían a salvo de la reivindicatoria del vendedor. Mas, como hemos visto, también se podría sostener que la protección de los terceros procede más bien del art. 1124.IV que del art. 464.1 CC.

Si, como hemos defendido, se acepta que los acreedores no son terceros a efectos del art. 15 LVBMP, y que tampoco merecen protección los terceros de mala fe y a título gratuito, el Registro fundamentalmente se establece para dejar claro que la reserva de dominio alcanza a terceros de buena fe y a título oneroso.

Se puede suscitar la cuestión de si el tercero que haya adquirido en establecimiento mercantil un bien sometido a reserva de dominio inscrita queda

protegido por el art. 85 CCo. En mi opinión, no hay razón para que la propiedad en general sucumba ante la norma del art. 85 y no, en cambio, la propiedad debida a una reserva de dominio. Por lo tanto, las adquisiciones en establecimiento mercantil, en mi opinión, están a salvo de las reservas de dominio.

g) *Tratamiento en la Ley concursal del contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio inscrita*

Del art. 16.5 II LVBMP resulta ya que el vendedor con reserva de dominio inscrita goza del derecho de separación. Este precepto, como ya dijimos, no ha sido derogado expresamente por la Ley concursal. Algunos autores, sin embargo, opinan que cae dentro de la cláusula general derogatoria de las disposiciones incompatibles¹⁴⁸.

Sin embargo, para aplicar la derogación por incompatibilidad, ésta debería estar clara. Por eso, entiendo que no existe esa derogación tácita. Por otra parte, el precepto no establece solamente una posibilidad de ejecución separada, confiere también una separación *ex iure dominii*. Es coherente con los principios que una reserva de dominio —sin duda, eficaz contra todos los terceros adquirentes (art. 15 LVBMP)— goce de derecho de separación en el concurso en todas sus variantes; esto es, como acción recuperatoria del bien, previa resolución, y como ejecución separada. De que se refiera al sobrante obtenido en la subasta no puede inferirse que se trate sólo de un derecho de ejecución separada; habrá lugar a llevar a la masa el sobrante si se eligió la acción de cumplimiento, y si lo hay. No incluir los bienes en la masa no equivale sólo a un derecho de ejecución separada. Aquí se contempla solamente una de las posibilidades de las que dispone el vendedor; la otra, la separación *ex iure dominii*, exige la resolución. La acción recuperatoria, consecuencia de la resolución —si esta tiene lugar— esta sometida desde luego a los límites del art. 56.1.II LC.

No entiendo por qué se afirma que el precepto ha sido derogado tácitamente. Es incomprensible que un bien de propiedad ajena no pueda ser separado de la masa activa, dado que el art. 80 LC establece el derecho de separación a favor de los propietarios, el art. 56 LC habla de las acciones de recuperación de las cosas vendidas por contratos inscritos en el Registro de bienes muebles, el art. 16.5 LVBMP dice que no se incluirán en la masa los bienes vendidos con pacto de reserva de dominio y el art. 15.2 dice que a todos

¹⁴⁸ Véase sobre esto Martínez Rosado, cit., p. 63.

los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo.

No obstante, frente a la evidencia de los datos anteriores, algunos autores suponen que la preferencia que otorga la Ley concursal al crédito del vendedor es una prueba de que el vendedor no es propietario del bien sobre el que se ha “reservado la propiedad”, ya que nadie puede tener una preferencia sobre sus propios bienes.

El argumento es antiguo, pero poco convincente. La preferencia de un crédito, como hemos dicho repetidamente, no es incompatible con la propiedad de la cosa sobre la que recae. La preferencia es una medida legislativa favorable a los demás acreedores que concurren con quien es propietario y acreedor, porque puede evitar la separación de la cosa de la masa activa. No es un regalo al acreedor, porque, además de acreedor, es propietario. Se puede ser, sin contradicción, acreedor del precio y propietario de la cosa. Sin duda, antes de entregar la cosa, el vendedor es acreedor del precio y propietario de la cosa vendida. Si el comprador incumple, nadie duda de que puede retener la propiedad o exigir el pago del precio. Éste es el efecto del pacto de reserva de dominio: mantener la propiedad en el vendedor, a pesar de la entrega, y el contrato de compraventa vinculante, con los respectivos derechos de crédito de ambas partes.

En cuanto a la reserva de dominio en favor del financiador a comprador, se objeta que no pueda reservarse el dominio que nunca tuvo, y eso se considera prueba de que la reserva de dominio no es tal. Esta objeción se refiere a un supuesto más complejo que el de reserva de dominio a favor del vendedor, y no impediría la configuración de la reserva de dominio como verdadera reserva de la propiedad en el caso del vendedor. No obstante, debe advertirse de que, quien paga al vendedor, es el financiador con el consentimiento del comprador y, además, con conocimiento del vendedor de la procedencia del dinero, por lo que se subroga en la posición del vendedor. El financiador adquiere un crédito contra el comprador, crédito que está garantizado con el del vendedor y sus garantías, pues se ha subrogado (art. 1210 CC). La cuestión es si cabe que, entre esas garantías, se cuente una reserva de dominio configurada como retención de la propiedad. Esto se acepta por algunas sentencias, pero no por otras. Se ha admitido expresamente por el nuevo art. 2367 del Código civil francés, que ha resuelto el problema, al disponer que la propiedad reservada es accesoria del crédito cuyo pago garantiza.

Sobre la reserva de dominio a favor del financiador a comprador, son acertadas las observaciones de Martínez Rosado ¹⁴⁹, donde señala que, si la

¹⁴⁹ Martínez Rosado, cit., p. 338.

reserva de dominio está inscrita, permite sobreseer todo procedimiento de apremio sobre los bienes (art. 15.2 de la LVBMP), permite asimismo reclamar el bien —si se encuentra en posesión de un tercero en caso de incumplimiento del comprador (art. 16.3 LVBMP)— y confiere al financiador un crédito privilegiado especial en caso de concurso del comprador (art. 90.1.4.º LC), hay que concluir (p. 339) que, “se trata de una garantía que presta su eficacia frente a terceros, y cuya eficacia es prácticamente idéntica tanto si está incluida en un contrato de compraventa como en un contrato de préstamo de financiación a vendedor o a comprador”¹⁵⁰.

En mi opinión, hay que estar de acuerdo con esta conclusión, a la que se puede llegar también, conforme a la STS 3.11.2003, si se acepta que la reserva de dominio es uno de los derechos anexos al crédito pagado por el tercero (financiador a comprador, art. 1212) o al crédito adquirido por cesión (financiador a vendedor, art. 1528). La STS 5.5.2005, sin embargo, ha resuelto en contra, al no admitir la tercería de dominio de la financiera con reserva de dominio inscrita. La razón: “pues, en el caso, el dominio permaneció en el comprador y no se ha derivado a la financiera, y la reserva de dominio sólo alcanza los meros efectos de garantía”. En mi opinión, el caso podía haberse resuelto como hizo la STS 3.11.2003, porque procede la subrogación por pago y comprende todas las garantías, por lo que la reserva de dominio debió pasar a la financiera. Seguramente es hora de asumir que la propiedad puede funcionar como garantía sin dejar de ser propiedad, al menos, cuando el crédito garantizado ha nacido por la adquisición de la misma cosa por el deudor.

3. Reserva de dominio sobre bienes inmuebles

A diferencia del Derecho alemán, la transmisión de la propiedad en nuestro Derecho puede hacerse bajo condición. Históricamente, el censo reservativo debió cumplir la misma función que la venta con pacto de reserva del dominio, aunque con variantes¹⁵¹.

En la actualidad, este pacto ha sido admitido por la doctrina y jurisprudencia. En mi opinión, la aportación de Espejo —que es la última que conozco— resuelve bien los problemas y se pueden aceptar sus conclusiones, que son de gran claridad y solidez¹⁵².

¹⁵⁰ Ibidem p. 339.

¹⁵¹ Véase nota 60.

¹⁵² Espejo, *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, Madrid 2006, pp. 229-230.

Espejo parte de la tesis clásica y dominante de la reserva de dominio como condición suspensiva. La reserva de dominio inmobiliaria es inscribible como titularidad condicionada; el pacto tiene trascendencia real. Acertadamente, acepta la coexistencia de la titularidad del vendedor con el derecho expectante del comprador. El art. 201 LC es compatible con la Ley hipotecaria, porque la propiedad del vendedor no impide que el comprador adquiera una posición jurídico-real. “Para la efectuación de la titularidad del vendedor por incumplimiento del comprador, dice Espejo, es necesario que el vendedor resuelva el título de compraventa, lo que puede hacer aunque haya sido declarado en concurso, salvo los casos excepcionales que derivan del art. 56 y sin que los artículos 61 y 62 de la misma puedan suponer un obstáculo en ningún caso”¹⁵³.

Tiene mucha razón cuando, en contra de la antigua objeción a la teoría clásica, reproducida con ocasión de la nueva Ley concursal, afirma que el art. 90 LC no convierte a la reserva de dominio en un derecho real de garantía, porque si se llega a la venta forzosa del bien es porque el vendedor así lo quiere o permite. Rechaza así, con razón, la idea —muy difundida por la tesis de la prenda— consistente en que el art. 90 LC prueba que el vendedor no es propietario, porque nadie puede tener un privilegio sobre su propia cosa.

Acierta también Espejo en su crítica a la teoría que ve en la reserva de dominio una prenda o una hipoteca, por cuanto —dice— ni la función de la reserva es equiparable a la de estas otras figuras, ni nuestro sistema es de *numerus clausus*, ni la reserva de dominio comportaría contravenir la prohibición del pacto comisorio, ni deja en una posición de debilidad al comprador. Sostiene Espejo que la inscripción en el Registro de la Propiedad del pacto de reserva de dominio no es un requisito constitutivo y ni siquiera es un requisito para la preferencia del art. 90 LC.

Espejo aclara muy bien que la necesidad de resolución de la compraventa, para que el vendedor recupere el bien vendido con reserva de dominio, no significa que la tesis correcta sobre el pacto sea la de la condición resolutoria. Distingue acertadamente entre la resolución del contrato, siempre necesaria para la recuperación de la cosa, y la situación jurídica interina creada por la reserva del dominio, según se trate de una condición resolutoria o de una suspensiva. En un caso hay transmisión de la propiedad por la tradición y en el otro, no¹⁵⁴.

¹⁵³ Ibidem, p. 229.

¹⁵⁴ Ibidem, p.230.

La reserva de dominio agradece un tratamiento libre de confusiones y trampas retóricas, como el que ha llevado a cabo el autor. Por ello, y porque corresponden perfectamente a las que, en mi opinión, derivan de los textos legales y de su interpretación jurisprudencial, me sumo en lo esencial a sus conclusiones.

Solamente me parecen discutibles éstas en cuanto se refieren a los arts. 61 y 62 LC. Sostiene el autor que estos preceptos no son aplicables a la reserva de dominio, por tratarse entonces de una resolución dotada de una eficacia real. No creo, sin embargo, que la facultad de resolver el contrato cambie en el concurso según que esté dotada de eficacia real o no¹⁵⁵. En los arts. 61 y 62 LC se trata de la incidencia del concurso en los contratos bilaterales, y no cabe duda de que la compraventa —con reserva de dominio o sin ella— es un contrato bilateral. A mi juicio, además, se trata de un contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes, si al tiempo de la declaración del concurso el comprador todavía no ha completado el pago del precio. La transmisión de la propiedad es una prestación a cargo del vendedor todavía no cumplida, pues precisamente se ha pactado así. En este tipo de contratos, no hay que traer a colación el tema de si el vendedor está obligado en el Código civil a transmitir la propiedad, pues es evidente que las partes la han pactado como contenido contractual. El modelo del Código civil —cualquiera que sea la interpretación que merezca— es un modelo dispositivo, por lo que la citada cuestión sobra, si las partes hacen de la transmisión de la propiedad un efecto condicionado, porque el vendedor está asumiendo con ello esa obligación. La eficacia real de la reserva de dominio será importante cuando se trate del concurso de un tercero y no del concurso del comprador. En el de éste, es importante la reserva de dominio, en la medida en que determina que las obligaciones de ambas partes estén pendientes de cumplimiento.

La STS 14.10.2003 se ha ocupado de la reserva de dominio inmobiliaria no inscrita, dando eficacia al pacto de reserva de dominio no inscrito frente a terceros¹⁵⁶. La sentencia utiliza el art. 1257 CC para afirmar que de él deriva

¹⁵⁵ Una prueba puede encontrarse en el art. 56.1.II LC, que se refiere a las acciones de recuperación de las cosas vendidas por contratos inscritos en el Registro de bienes muebles, sin exigir el pacto de reserva de dominio.

¹⁵⁶ Dice la sentencia: “Centrándonos en el alcance y efectos del pacto de reserva de dominio, cuya validez ha sido reconocida por doctrina uniforme de esta Sala (sentencias, entre otras, de 19 May. 1989, (LA LEY 288-JF/0000), 16 Jul. 1993 (LA LEY. 13307/1993) y 7 Oct. 1995 (LA LEY. 17075-R/1995), ha de recordarse que el mismo viene a constituir una garantía del cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada.

Durante el período de pendencia de la expresada condición, si bien el comprador ha adquirido la posesión y el goce de la cosa, carece en absoluto de poder de disposición o facultad transmisiva de la misma, por lo que si antes de haber completado el pago dispone de ella —voluntariamente o forzosamente, en procedimiento de apremio promovido contra él por sus propios

la regla *nemo dat quod non habet*, mientras que, para otras sentencias, este precepto sirve para que no alcance a tercero una acción del propietario¹⁵⁷. En mi opinión, el precepto no quiere decir ninguna de las dos afirmaciones opuestas. El principio *nemo dat quod non habet* sólo indirectamente puede relacionarse con el precepto, pero no en el sentido de que los causahabientes a título particular queden vinculados por el contrato, sino en el sentido de que la autonomía privada ejercida por medio de los contratos no puede disponer de intereses ajenos. En el segundo sentido —en el de las sentencias que no dan eficacia al pacto de reserva de dominio con apoyo en el art. 1257 CC—, se confunde el contrato como creador de obligaciones y como elemento de un supuesto de hecho adquisitivo. Si se persistiera en esa confusión, ninguna adquisición de la propiedad a consecuencia de un contrato podría ser opuesta a tercero.

XI. CONCLUSIONES

Como existe una notable confusión en torno a la reserva de dominio, me gustaría formular con claridad mis opiniones, aunque sea de manera resumida y, por supuesto, discutible.

Primera. La construcción de la reserva de dominio como retención de la propiedad por parte del vendedor hasta el pago del precio es la que mejor se adapta a los textos legales, decisiones jurisprudenciales, Derecho comunitario (Directiva y Reglamento) y Derecho comparado.

Segunda. El pacto de reserva de dominio no es desproporcionado ni abusivo; es un pacto equilibrado y conforme con la causa de la compraventa con precio aplazado.

acreedores— podrá el vendedor, con base en el pacto de reserva de dominio, ejercitar las acciones procedentes (reivindicatoria o tercera de dominio) para obtener la recuperación del bien de que se trate.

En el caso que nos ocupa, como ya se ha dicho, los vendedores a plazo no solo habían instado y obtenido la resolución judicial del contrato celebrado con Don. Adolfo y esposa, sino que, al tener conocimiento de la transmisión de los bienes a favor de los recurrentes, ejercitan la acción reivindicatoria, que es la que, según se ha expuesto, les corresponde.

En segundo término, si bien es incuestionable que un contrato no puede crear obligaciones para quien ni ha sido parte en el mismo, ni es heredero de alguno de los otorgantes, ello no significa que los terceros nunca puedan verse afectados por un determinado contrato anterior, pues tal cosa sucederá si el mismo ha creado una situación jurídica que por aquellos deba ser respetada.

Así acontece en el caso que nos ocupa, en que quienes aparecen como titulares de determinados bienes y públicamente los usan y disfrutan, los habían adquirido a plazos, con reserva de dominio y prohibición de disponer, como garantías exigidas por el vendedor de su derecho a la percepción de la parte de precio pendiente.

¹⁵⁷ SSTs 21.6.2002 y 29.5.2006. Estas dos sentencias se ocuparon de condiciones resolutorias no inscritas a las que no reconocieron efecto frente a tercero de buena fe, que tampoco inscribió su adquisición.

Tercera. No existen razones que justifiquen vulnerar la voluntad de las partes por imposición de una transmisión inmediata de la propiedad que no desean.

Cuarta. La primera y esencial norma del sistema de transmisión de la propiedad es el respeto a las voluntades del transmitente y del adquirente.

Quinta. Las teorías de la prenda y de la condición resolutoria infringen el sistema de transmisión de la propiedad, al imponer una transmisión inmediata en contra de la voluntad de las partes.

Sexta. El pacto de reserva de dominio debe ser eficaz contra terceros, excepto los protegidos por normas concretas. El art. 1124.IV CC puede ser aplicable como remedio general para proteger a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Séptima. El art. 464.1 CC solamente concede la prueba del título de adquisición, pero no convalida una adquisición *a non domino*.

Octava. En el concurso, el contrato de compraventa con reserva de dominio es un contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes. Se aplica el art. 61.2 LC y concordantes.

Novena. El privilegio del vendedor no es incompatible con su propiedad, porque corresponden a los posibles remedios de todo vendedor ante el incumplimiento del comprador. El privilegio es una alternativa concedida, precisamente, por razón de la propiedad, para que el vendedor no use de ésta y no separe la cosa de la masa del concurso.

Décima. El vendedor con reserva de dominio dispone —según los supuestos— de tercería de dominio, derecho de separación, acción reivindicatoria y preferencia para el cobro del precio. Si está inscrita, su derecho es oponible a todo tercero. La LVBMP no configura la reserva de dominio como un derecho real de garantía en cosa ajena. Los procedimientos dirigidos a la ejecución del crédito por el precio corresponden a la acción de cumplimiento. La tercería de dominio (art. 15.3 LVBMP) es incompatible con la teoría de la prenda.

Undécima. Para separar la cosa vendida de la masa del concurso y recuperarla, debe resolver con las limitaciones de la Ley concursal.

**ALGUNOS ASPECTOS DE LA DIRECTIVA
SOBRE GARANTÍAS FINANCIERAS
EN RELACIÓN CON EL DERECHO
ESPAÑOL DE LOS MERCADOS
DE VALORES ***

Aníbal Sánchez Andrés
Universidad Autónoma de Madrid

* Agradezco a Guillermo Caballero Germain la ayuda prestada para la realización de este trabajo. En justicia debería haber sido firmado también por él, si no fuera porque la diferente aproximación (o grado de certidumbre) que ambos mantenemos en algunos temas centrales aconsejan no hacerlo responsable de mis posibles errores, que por esta vez —y más allá de las usuales declaraciones retóricas— sólo míos.

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN DE LA PONENCIA Y LÍMITES DE NUESTRO ESTUDIO.—II. PROCESO FORMATIVO DEL TEXTO COMUNITARIO Y OBJETIVOS PRINCIPALES.—III. (SIGUE) GARANTÍAS, ACUERDOS Y OBLIGACIONES GARANTIZADAS: ÁMBITO DE APLICACIÓN.—IV. INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA EN ESPAÑA: CONSTITUCIÓN Y PRUEBA DE LA GARANTÍA.—V. EL TEMA DE LA *DATIO REI* Y SUS DERIVACIONES: LA NOCIÓN DE “CONTROL” Y LA TENENCIA INDIRECTA DE VALORES.—VI. MODALIDADES PREVISTAS: GARANTÍAS POR TRANSMISIÓN Y POR PIGNORACIÓN (DEL BIEN).—VII. EL RÉGIMEN DE LA PRENDA: PACTO COMISORIO, VENTA, COMPENSACIÓN Y APLICACIÓN.—VIII. *NETTING* Y TRATAMIENTO DE LAS GARANTÍAS FINANCIERAS EN CASO DE INSOLVENCIA

I. PRESENTACIÓN DE LA PONENCIA Y LÍMITES DE NUESTRO ESTUDIO

Agradezco a los organizadores de este Encuentro Interdisciplinar sobre Historia de la Propiedad —referido el presente año a los temas del “Crédito y Garantías”— la confianza que me dispensan al invitarme a participar en sus reflexiones. Las muy modestas que yo me atrevo a someter a la consideración de quienes nos escuchan me gustaría dedicarlas al Profesor Mariano Alonso Pérez, que propuso mi nombre para esta jornada y a cuyo *Libro Homenaje* no me ha resultado posible sumarme por conocer tardíamente su puesta en marcha, para decirlo con absoluta claridad casi cuando la obra que va a conmemorar su merecida —y espero que también dichosa— jubilación ya tenía que estar en la calle. En todo caso, vaya por delante que mi reconocimiento para los colegas y amigos culpables de mi presencia en esta reunión es tanto mayor cuánto esa confianza me proporciona la grata ocasión de retornar a mi ciudad natal de Salamanca y a su prestigiosa Universidad, en la que me formé en tiempos ya lamentablemente irrecuperables para mí, aunque sea ahora bajo la tan competente como intranquilizadora atención crítica de una

audiencia bien capacitada y en compañía de otros buenos amigos y compañeros, cuyos mayores saberes admiro y espero sean capaces de suplir posteriormente en el debate los muchos y bastante más elementales que a mi me faltan. Pero, vayamos a nuestro asunto, sin mayores preámbulos.

Cuando recibí la invitación para participar en este acto, estaba explicado por casualidad un tema próximo y algo difícil en el Curso de Doctorado sobre Mercado de Valores que vengo impartiendo desde octubre de 1998, tras mi retorno de los Estados Unidos de América donde desarrollé sendas estancias de investigación en sucesivos semestres de primavera, mientras completaba los dos años de incompatibilidad que la Ley nos impone a quienes hemos formado parte del Consejo de la CNMV. El tema en cuestión era la prenda de valores anotados que tras numerosos vaivenes, cuyo punto de inflexión arranca precisamente de la reforma que ese mismo año 1998 sufrió nuestra Ley del Mercado de Valores (LMV), ya venía poniendo en discusión y además de manera muy importante —como consecuencia especialmente de la falta de soporte material de los valores referidos— algunas de las categorías mejor asentadas de la dogmática jurídica tradicional. Pero la cosa no terminaba ahí; porque por el camino ya había visto la luz la llamada Ley Financiera del año 2002 y estaba también recién promulgado el Real Decreto Ley 5/2005 que debía incorporar al Derecho español la Directiva europea objeto de nuestro estudio ¹.

Situada elementalmente la cronología de los textos ¿cuál es el verdadero alcance de la nueva regulación? Tal fue la interrogante personal que motivó la elección del tema de esta ponencia, pues, a la vista del tratamiento de esos asuntos contenido en las mencionadas piezas del rompecabezas normativo me pareció entonces que para ir situando los grandes hitos que marcan el ciclo histórico de la propiedad mobiliaria dentro del mundo contemporáneo

¹ Respecto de los cambios sufridos por LMV, *cfr.* la obra de KIRCHNER y SALINAS ADELANTADO, *La reforma de la Ley del Mercado de Valores*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, en especial pag. 367 y ss., referidas a la Disposición Adicional Sexta. En relación con la otra Ley aludida, SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Comentario a la Ley 44/2002 de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero*, Aranzadi, Cizur Menor 2003, sobre la cual habrá que volver al estudiar el problema de las garantías constituidas en favor del Banco Central Europeo y sus homólogos nacionales así como las operaciones (sobre los llamados productos “derivados” especialmente) que pueden beneficiarse del régimen de compensación contractual. Por su parte la prenda de “anotaciones” cuenta ya con una bibliografía tan abundante que sería impertinente reproducirla aquí. *Vid.*, para una primera aproximación, en la literatura más reciente sobre el tema, CAMACHO CLAVIJO, *La prenda de valores anotados en cuenta*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, y antes VEIGA COPO, *La prenda de acciones*, Cívitas, Madrid 2002, pag. 202 y ss. y PASCUAL de MIGUEL, “Prenda sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta”, dentro de la obra que dirige Nieto Carol, *Garantías reales mobiliarias*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1998, pag. 19 y ss. y, en todos ellos, otras muchas referencias.

bien podía merecer la pena dedicar alguna atención suplementaria a esos problemas de garantías reales y no tanto, por las muy abundantes modificaciones o derogaciones que esa nueva disciplina establece respecto de las señas de identidad de todo nuestro Derecho patrimonial común.

Siendo esto obvio, como después se verá, ¿Estamos ante simples especialidades, ya se trate únicamente de variantes de naturaleza operativa o incluso rigurosamente jurídicas, pero que nos ofrecen sólo modelos legales acaso “corregidos” aunque no substantivamente distintos de los que maneja el Derecho tradicional? ¿O se tratará más bien de una verdadera disciplina de significación excepcional, que viene a sustituir para determinados sectores —pero con riesgo evidente de introducir una suerte de Caballo de Troya dentro de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto— los esquemas clásicos que nos han servido durante siglos para configurar algunos derechos reales de ejecución y ahora también determinadas convenciones obligatorias? Tal es, dicho sea coloquialmente, la *pregunta del millón* que me gustaría dejar planteada desde ahora para tratar de ir orientando la discusión posterior de estos asuntos. Pregunta inquietante que nos decidimos a formular no por capricho, sino porque el artículo 36.7 de la Ley del Mercado de Valores establece en su letra g que las garantías que deben asegurar la restitución de los préstamos de valores regulados en su texto (y de las que exonera por cierto los que suelen pactarse en caso de Ofertas Públicas de Venta y siempre las operaciones de política monetaria) “*les será de aplicación el régimen de prendas de valores previsto en la presente Ley*”. Ese régimen era el establecido por su Disposición Adicional Sexta tras la reforma producida el año 1998 con el fin de asegurar el cumplimiento de las operaciones de los mercados bursátiles y de productos derivados (futuros y opciones), en el intento de facilitar la constitución de garantías en beneficio especial de esos mismos centros de contratación y, en general, también con la vista puesta en el buen funcionamiento de los sistemas de compensación y liquidación. Pero aunque ese régimen ya no está en la Ley referida, porque tal Disposición Adicional ha desaparecido, esa disciplina es la que luego prolonga la Ley Financiera de 2002 y ahora hereda y reconstruye el RD-Ley 5/2005, de 11 de marzo, por el que se incorpora a nuestro Derecho el texto de la Directiva en materia de garantías financieras; de manera que, en lo que a esta ponencia se refiere, sobre venir a plantear esa evolución legislativa el significado generalizable o excepcional de la disciplina resultante, su interpretación nos coloca también ante más de una cuestión abierta, según intentaré apuntar a continuación, tratando de situar el discurso en una vía media, es decir, sin elevarlo a los empíreos de la política legislativa supranacional (que desde luego alguna huella ha dejado en nuestro tema) ni descendiendo tampoco a los avernos de una abundante casuística comparada o a otros detalles excesivamente técnicos.

Esta doble limitación, por las alturas y por la base, no es producto exclusivo de mi falta de preparación —sobre todo en relación con los temas del Derecho comunitario europeo— y ni siquiera lo es del escaso tiempo que personalmente he podido dedicar a estos asuntos; pecados ambos que seguramente resultan mortales de necesidad y que desde ahora confieso paladinamente. Más allá de esas insuficiencias mías, entiendo, sin embargo, que no conviene descender a mayores profundidades para evitar que los árboles nos impidan ver el bosque: pero advirtiendo de entrada que no obstante el aparente desinterés que la Directiva demuestra por terciar en discusiones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de las instituciones que regula es lo cierto que su texto contiene muchos de esos detalles estrictamente técnicos (el concepto de “control”, como requisito exigible para tener por constituida la prenda, que luego comentaremos, es uno de ellos). Hablamos pues de unos tecnicismos que guste o no guste a sus redactores, acaban volviendo por los fueros de esos temas de calificación, como también sucede, v.g. y en superior medida aún, con el concepto de “cuenta principal” por la que va a determinarse luego la **ley aplicable** a otros temas igualmente técnico-jurídicos, y entre ellos primero de todo precisamente a esas mismas cuestiones tocantes a la **naturaleza jurídica** de las figuras en cuestión. Por extraña que semejante noción escolástica resulte en textos positivos publicados en Boletines y Diarios oficiales, es la expresión que literalmente recoge la Directiva misma y el Real Decreto Ley español que la incorpora a nuestro Derecho interno; y conviene recordarlo ahora porque esa misma referencia a la norma de conflicto por la que van a regirse esos temas de calificación nos permite llamar la atención de paso sobre las luces y sombras que rodean un proceso armonizador que, dicho sea sin remontarnos inversamente a los cielos de las grandes opciones que orientan la producción normativa en Europa, se nos muestra bastante menos interesado ahora en ir limando las diferencias existentes entre las distintas legislaciones nacionales que en esperar los resultados taumáturgicos que deparará la competencia entre los diversos ordenamientos de nuestro entorno, merced a los mecanismos conocidos como “arbitraje regulador”. Una opción también presente como enseguida veremos en estos asuntos nuestros de las garantías financieras y que, con carácter general, está llevando a la Unión Europea en estos últimos años a concentrar precisamente sus esfuerzos de armonización jurídica en grado cada vez más apreciable sobre la norma de conflicto, al tiempo que en todo lo demás alienta de forma tan generosa como imaginarse pueda la libre elección de la normativa material que cada cual prefiera ².

² Según entendimiento general de la doctrina especializada. Puede verse al respecto, con carácter general y sin ocuparnos ahora de la aplicación a sectores concretos de semejante criterio (tanta uniformidad conflictual y diversidad material como respectivamente sea posible), los trabajos

II. PROCESO FORMATIVO DEL TEXTO COMUNITARIO Y OBJETIVOS PRINCIPALES

Llegados a este punto es menester preguntarse ya de qué Directiva estamos hablando, qué problemas aborda, dónde se insertan sus reglas y qué propósitos las animan. Para contestar esas interrogantes bueno será empezar por el principio. Y, ese principio hemos de situarlo un año antes de la reunión del Consejo Europeo en la ciudad de Lisboa, durante el mes de marzo del año 2000.

Para ese momento la Comisión Europea había comenzado ya a organizar sus iniciativas armonizadoras bajo una programación articulada según una perspectiva cronológica que por ese lado parece traernos a la memoria la figura de los antiguos *Planes Quinquenales* de los mal llamados “países de socialismo real”. Si —con las reservas propias del caso— aceptamos sólo para entendernos esa caracterización seguramente inexacta, pero aquí sumamente evocadora, es lo cierto que situados ahora mismo ya en el segundo de los períodos temporales aludidos (*Post-FSAP 2005-2010*), hemos de retroceder en el tiempo hasta el primero de ellos para situar debidamente nuestro texto. Efectivamente, el 28 de octubre de 1998 la referida Comisión hizo pública una *Comunicación* titulada “Servicios Financieros: elaboración de un marco de acción” (1999-2005) de donde arranca lo que va a conocerse desde entonces como *Financial Services Action Plan* (FSAP). Su puesta en marcha se aborda de inmediato, mereciendo la máxima prioridad; y, pasados seis meses, tras mantener consultas con *expertos* del mercado y con las diferentes *autoridades nacionales* (otro rasgo característico de la producción del Derecho comunitario europeo), mediante una nueva *Comunicación* realizada esta vez en *aplicación* de la anterior y dirigida al Parlamento Europeo y al Consejo, la Comisión se compromete a elaborar nuevas propuestas legislativas, entre las cuales se mencionarán las tocantes al tema que nos ocupa. Por lo que inmediateamente se verá, es muy importante destacar desde el primer momento que en ese documento germinal el tema de las garantías financieras aparece *específicamente* referido en aquel *Plan* a los llamados **mercados mayoristas**³.

de TAUPITZ, “Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachenrechts oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung”, *JZ*, 1993, pag. 533 y ss. y de REMIEN, “Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts”, en 11, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaften*, 1991, pag. 11 y ss.

³ Comunicación de la Comisión de 11 de mayo de 1999, COM (1999) 232. *Servicios Financieros: Aplicación del marco para los mercados financieros. Plan de acción*. En relación a nuestro tema, véase en especial Apartado III.5 (pag. 7) dedicado precisamente a la prestación de servicios financieros al por mayor. Hay otras preocupaciones que se orientan a desarrollar un mercado minorista abierto y seguro y otro objetivo igualmente confeso relacionado con la estabilidad financiera y el control prudencial que se apuntará de inmediato.

Así pues, la Directiva de la que vamos a ocuparnos, dicho sea de una vez por todas, no parece estar pensada precisamente para hacer frente al incumplimiento de obligaciones civiles ordinarias y acaso ni siquiera tampoco las mercantiles contraídas en el tráfico empresarial propio del comercio o de la industria. Como sobre esto volveremos hasta la saciedad, baste añadir ahora para seguir con el proceso formativo de los textos que, confirmados los planeamientos ya referidos en el Consejo Europeo de Lisboa la primavera siguiente, aun pasarían otros tres años más hasta que el referente a las garantías financieras hoy en vigor viese definitivamente la luz. Efectivamente y luego de varias consultas, la Comisión publicó la llamada *Propuesta original* en el mes de marzo del 2001 (es decir, un año después); y, tras algunas reformas, fue aprobado y publicado el texto actual de la Directiva 2002/47 del Parlamento Europeo y el Consejo el 6 de junio del 2002 por el procedimiento de llamado de “codecisión”. Los propios *Considerandos* que preceden a su parte dispositiva nos advierten de que con ella vienen a completarse algunas otras normas europeas de similar carácter que no es ocioso recordar ahora, por cuanto confirman la genuina proyección de texto que nos ocupa a resolver problemas propios de las usualmente llamadas altas finanzas. Nos referimos en primer lugar a la Directiva 98/26 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, sobre firmeza de los sistemas de pago y liquidación de valores, que ya supuso en su día un significativo intento de limitar los riesgos inherentes a esos mecanismos de saldo y compensación (riesgo sistémico), aproximando la disciplina aplicable en las distintas jurisdicciones y procurando una regulación más armónica de las *garantías* constituidas para asegurar su buen funcionamiento⁴. Junto a ella se nos recuerdan asimismo la Directiva 2001/17, de 19 de marzo, relativa al saneamiento y liquidación de compañías de seguros⁵ y por supuesto la 2001/24, de 4 de abril, también sobre saneamiento y liquidación entidades de crédito⁶, ambas emanadas igualmente del Parlamento Europeo y el Consejo y que completan así la trilogía tradicional de ese mundo financiero (Banca, Bolsa, Seguros) mirado ahora desde del ángulo de enfoque que nos proporciona su dimensión más inquietante, es decir, el riesgo de crisis. Mencionar tan específica óptica no es tampoco irrelevante, pues viene a confirmar, una vez más, la orientación previamente aludida que desde esa preocupación guiada por el temor a la quiebra explica que la última conexión sistemática que nuestra Directiva considera oportuno recordar la lleve a mencionar expresamente el Reglamento (CE) n.º 1346/2000, emanado del Consejo y de fecha 29 de mayo, sobre los

⁴ DOL 166, de 11.06.1988. Pag. 45 y ss.

⁵ DOL 110, de 20.04.2001. Pag. 28 y ss.

⁶ DOL 125, de 05.05.2001. Pag. 15 y ss.

procedimientos de insolvencia⁷. Referencia doblemente interesante, puesto que más allá de ratificar la proyección de la norma a prevenir o ayudar a resolver situaciones generales de crisis patrimonial, explica que —igual que sucede en los Reglamentos comunitarios— la Directiva que ahora estudiamos se parezca mucho más a un texto orientado a conseguir un régimen auténticamente uniforme, limitando al mínimo las alternativas reguladoras que deja abiertas a los Estados Miembros; probablemente porque el legislador europeo se sentía también escarmentado, ya que, con anterioridad, alguno de esos mismos Estados había hecho una aplicación más bien “restrictiva” de la primera entre las Directivas anteriormente mencionadas⁸. Y, por esa razón, aunque el conocido *trade off* que define dentro de la Unión Europea la tensión igualmente aludida entre el arbitraje regulador y la lucha contra el riesgo sistémico también está explícitamente aludido en el texto de la Directiva sobre garantías como pieza que va a contribuir, por un lado, “a la integración y rentabilidad del mercado” y, por otro, “a la estabilidad del sistema financiero de la Comunidad”, quizás las fuerzas respectivas del uno y el otro móvil se encuentran en este punto mejor equilibradas que otras veces, sobre todo si nos fijamos en las prudentes soluciones que —según veremos luego— definen su campo de aplicación⁹. Pero antes de penetrar en ese tema central es conveniente referirse brevemente todavía a los principales objetivos que alentaron su promulgación y que ahora podemos resumir en los siguientes:

a) Organizar la existencia de regímenes eficaces y razonablemente simples para articular la constitución de garantías, ya sean de naturaleza pignoratia o basadas en la transferencia de la propiedad de los valores o efectivo que las sustentan.

b) Proporcionar a los acuerdos que dan soporte previo al otorgamiento de las garantías en cuestión un protección mayor frente a determinadas normas internas, en particular las relativas a la legislación sobre insolvencia, que impedirían la ejecución de la garantía o plantearían dudas acerca de la validez de su liquidación por compensación exigible anticipadamente, las que podrían poner en entredicho la prestación y exigibilidad de otras garantías complementarias, así como la admisibilidad de la sustitución de su objeto.

⁷ DOL 160, de 30.06.2000. Pag. 1 y ss.

⁸ El Reino Unido, por lo que se refiere a la firmeza de los sistemas de liquidación: Cfr. COILEY, James, “New Protection for Cross-Border Collateral Arrangements: Summary and Analysis of Draft E.U. Directive on Financial Collateral”, 5, *Journal of International Banking Law*, 2001, pag. 120.

⁹ La frases entrecuilladas para ilustrar aquella tensión dialéctica se toman del *Considerando* 3 de la Directiva.

c) Procurar normas de conflicto adecuadas para asegurar la eficacia de las garantías prendarias transfronterizas cuando recaen sobre valores anotados, aunque para mi gusto la caracterización de los mismos como “*anotaciones en un registro o cuenta mantenidos por un intermediario o en nombre suyo*” (letra g de las Definiciones incluidas en su artículo 2) va más allá de las que —como sucede con las “anotaciones” españolas— representan valores auténticamente desmaterializados y no impide su aplicación a otras referencias contables “emitidas” singularmente para identificar v.g. simples porciones de un macro-título o inclusive certificados de depósito librados en sustitución de valores incorporados a títulos físicos propiamente dichos por parte de quien los tiene en su poder (o puede “controlarlos”, como después veremos) ya estén esos títulos verdaderos completamente inmovilizados o no ¹⁰.

d) Reducir las cargas administrativas, los costosos requisitos formales y demás trámites burocráticos exigidos tanto para la constitución como para la ejecución de las garantías financieras.

e) Asegurar el reconocimiento de la validez y eficacia de los acuerdos que permiten al beneficiario de una garantía (incluidas las implícitas en negocios jurídicos de restitución como son las operaciones “dobles” y “repos”, propios de los mercados de acciones y deuda) la posibilidad de utilización de su objeto para fines propios ¹¹.

Se trata, en síntesis, de encontrar un régimen comunitario mínimo, y esta vez de alcance substancial (recuérdese que incluso la Directiva sobre insolvencia no aporta tal cosa y se preocupa solo de organizar normas que permiten el reconocimiento de los procedimientos de crisis al interior de la Unión Europea), para el tratamiento de áreas extraordinariamente sensibles en todos los sistemas jurídicos puesto que afectan al derecho de propiedad, a la legislación concursal y suplementariamente a las reglas, esta vez de Derecho In-

¹⁰ Es cabalmente este aspecto, genuinamente conectado a la *naturaleza jurídica* de la sedicente “anotación”, que en los últimos ejemplos citados lo será quizás en el plano contable u operativo pero no siempre para el mundo del Derecho, lo que impide aceptar con plena satisfacción una fórmula acogida favorablemente por nuestra doctrina (PAZ-ARES y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Conflictos de Leyes y garantía sobre valores anotados en intermediarios financieros”, 238, *RDM*, 2000, p. 1491 y ss.); pues, en semejante mundo no es oro todo lo que reluce ni nuestro asunto es un puro tema del lugar de expedición de la “referencia”. Sobre la base de no entrar en temas de calificación y de pasar por alto si la garantía supone traspaso de la propiedad o es simple desposesión transitoria del bien, y si la cuenta es sólo pura aritmética o forma jurídica de representación del “valor”, procura identificarse con esa norma el intermediario relevante, haciendo de la necesidad virtud, sencillamente porque es difícil llegar más lejos.

¹¹ La lectura de la exposición de motivos, por decirlo de modo más claro, que precede a lo que antes calificamos de *Propuesta Original* (nota 4), pags. 4-5 es suficiente para identificar los principales objetivos de la Directiva.

ternacional Privado, aplicables a los valores representados por medio de anotaciones en cuenta¹².

En este último aspecto merece la pena recordar, para dejar clara la orientación decididamente “posibilista” de la Directiva, que “*la referencia a la legislación de un país es una referencia a su legislación nacional [substantiva], desestimando toda norma en virtud de la cual, para decidir la cuestión relevante, se tuviera que hacer referencia a la legislación de otro país [norma de conflicto]*”; y debemos insistir en la idea de que esa norma material aplicable por referencia a la cuenta principal de las sedicentes anotaciones no sólo va a regir los asuntos tocantes a su naturaleza jurídica, sino también los que miran a la perfección de los acuerdos (primero) y a la constitución de la garantía (después), así como a los que determinan su eficacia frente a terceros, especialmente con respecto a terceros de buena fe, y en definitiva incluso los que van a definir el carácter principal o subordinado de la posición jurídica que otorgan a su titular, así como el modo de realizar luego el privilegio en caso de ejecución y de concurso¹³.

III. (SIGUE) GARANTÍAS, ACUERDOS Y OBLIGACIONES GARANTIZADAS: ÁMBITO DE APLICACIÓN

Si, a la vista de lo dicho, tratamos de ir agrupando los argumentos que podrán ayudarnos a responder la pregunta que habíamos dejado planteada al principio de este estudio, bien podemos retener desde ahora como datos suficientemente seguros que la Directiva objeto de nuestra preocupación nace referida a mercados mayoristas, se vincula desde su origen a la firmeza de los sistemas de pago y liquidación, con el fin de sustraerlos a la eventual crisis patrimonial de empresas determinadas (seguro, banca e inversión) y con la vista puesta en la eficacia del control prudencial sobre las mismas, de cuyo adecuado funcionamiento depende a la postre la estabilidad de todo el sector financiero. Ideas que se verán reforzadas si proseguimos nuestro análisis por los asuntos que la Directiva regula y, sobre todo, por los criterios definidores de su ámbito de aplicación, temas ambos y en particular el segundo —como

¹² MORTON, “Modernization of EU Financial Law: the Directive of Financial Collateral Arrangements”, 1, *Euredia*, 2003, pag. 13 y ss., en especial nota 3 pag. 14.

¹³ Para entendernos, y dicho sea con un ejemplo sencillo, si los valores anotados están inscritos en el registro originario de anotaciones a nombre de un intermediario financiero (v. g. un Banco de otro Estado) y éste mantiene abierta a su vez una cuenta individual a nombre del garante en la que consta su condición de titular y la existencia de la prenda, será esta cuenta la considerada principal a fin de determinar la ley nacional aplicable a la garantía en los distintos aspectos arriba mencionados.

vamos a ver con más detenimiento— no siempre correctamente respetados en nuestro país al incorporar el texto europeo al Derecho español, cosa que ha venido a generar alguna discrepancia de justificación cuando menos discutible (por no decir radicalmente innecesaria) entre la ordenación doméstica y la comunitaria y que puede dar pábulo, una vez más, a multiplicar las dudas sobre el alcance general o especial de la disciplina correspondiente.

Si nos atenemos al título literal de esa ordenación comunitaria (Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002) tal disciplina recae “sobre acuerdos de garantía financiera” (*Financial Collateral Arrangements*); pero si nos basamos en los motivos (Considerandos) que justifican su promulgación y hacemos caso, como prioritariamente debe hacerse, a la parte dispositiva del texto promulgado, es claro que la disciplina que esa Directiva instaura se refiere, por un lado, a los acuerdos *preparatorios* de la prestación de las garantías financieras (es decir a los *Arrangements*), mientras que por otro, e incluso en grado superior, su texto dispone también el régimen al que quedarán sujetas las garantías mismas (*Collaterals*), es decir, las efectivamente *prestadas* (art. 1.1). Con todo, no es ocioso subrayar esa predilección inicial y aun subsiguiente del texto positivo por referirse directamente a los acuerdos, porque nos ilustra de entrada y de modo suficiente sobre la proyección decididamente limitada, y en principio también exclusivamente sectorial, de la norma comunitaria ¹⁴.

La cosa se entenderá aún mejor si se recuerda que entre la celebración del acuerdo sobre garantías y la prestación efectiva de las mismas suelen situarse lo que la propia Directiva designa correctamente con el nombre de *Obligaciones financieras principales*. Lamentablemente su caracterización en la Directiva es incolora y reitera una posible contemplación eventual y previa de esas cauciones en acuerdos o pactos antecedentes que tampoco se precisan. Basta que las obligaciones que van a garantizarse den derecho a un pago en efectivo o a la entrega de instrumentos financieros para que se consideren merecedoras de la disciplina privilegiada que se mencionará; y entonces el texto europeo únicamente se interesa por abarcar todos los posibles componentes del espectro, sin entrar en la identificación de los negocios o hechos jurídicos a los que tales garantías privilegiadas proporcionan cobertura. Para decirlo en palabras textuales del legislador comunitario que merece la pena comentar en sentido inverso al que el mismo las formula para ir avanzando

¹⁴ En este punto semejante limitación puede considerarse igualmente clara en sus precedentes nacionales. Cfr. KIRCHNER y SALINAS ADELANTADO, *La reforma*, cit. pag. 369 y después PAREDES MOLINER, “Las operaciones de garantía a favor del Banco de España, del BCE y de otros Bancos centrales nacionales de la UE” en la obra de Sánchez Calero, *Comentario a la Ley 44/2002*, cit. p. 397 y ss.

desde lo más difuso a lo más concreto, puede tratarse de (iii) *obligaciones de una determinada categoría o clase* [pero sin indicación de género próximo que permita identificar por diferencia específica esa concreta clase o categoría] *que surjan periódicamente* [lo que por lo menos parece sugerir que van a incardinarse en relaciones duraderas]; pero puede tratarse además, junta o acaso separadamente de (ii) *obligaciones con respecto al beneficiario de la garantía* [idea perfectamente tautológica]..[pero]..*de una persona distinta del garante* [lo que nunca se ha discutido] o de (i) *obligaciones actuales o futuras, reales, condicionales o posibles (incluidas las obligaciones procedentes de un acuerdo marco o similar)*.

Así pues, al final parece que la determinación de cuales vayan a ser las obligaciones principales cubiertas por la garantía tendrá bastante que ver con lo que nos digan los acuerdos¹⁵. Efectivamente es en las relaciones profesionales de carácter duradero que mantienen los operadores financieros entre sí y, sobre todo, con los mercados organizados u OTC —donde las finalidades de especulación o cobertura que animan sus operaciones no siempre son fáciles de separar y donde la concatenación de los negocios hace más peligrosos por contagio los fenómenos de incumplimiento— donde tales “convenios-marco” o *master agreements*, dirigidos corrientemente a calcular la exposición actual de cada parte al riesgo consiguiente sobre una base neta (*netting*), cobran todo su sentido: efectivamente, y primero de todo, en relación con acuerdos de garantía articulados con cambios de titularidad (incluyendo los pactos de recompra que luego mencionaremos); pero también y aún más claramente si cabe, como práctica sana de procurar la gestión ordinaria de ese riesgo por parte de los organismos quienes tienen a su cargo los procesos de liquidación cotidiana en los mercados referidos (Considerando 14). Y, aunque es verdad que la aplicación de la Directiva a los llamados “acuerdos” no se supedita finalmente a que estos se inscriban a su vez de dentro de un «acuerdo marco» o se basen en unas «condiciones generales», tal suele ser ciertamente el escenario real que al respecto nos ofrece la vida del tráfico¹⁶.

¹⁵ Se ha podido decir así que nada en ese artículo 2.1. *f* se aparta por lo demás del Derecho común, aunque confirma la idea de que cuando el deudor es persona distinta de quien pone la garantía ésta no consiste en añadir un patrimonio suplementario al del obligado principal sino en la aportación de uno o más bienes procedentes de un patrimonio diferente: T’KINT et DERIJKE, “La Directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du Droit des sûretés”, 1, *Euredia*, 2003, pag. 31 y ss., en especial, pag. 46.

¹⁶ Nuestra doctrina más reciente, en directa relación con la materia que nos ocupa, se ha referido a los modelos preparados por el ISDA (*Internacional Swaps and Derivatives Association*) y, más concretamente al *New York Annex* (conforme al Derecho de Nueva York), el *Credit Support Deed* y el *Transfer Annex* (ambos sujetos al Derecho inglés, que es el de mayor abolengo en estos asuntos). Los dos primeros formularios responden a esquemas de garantía real, que el neoyorquino califica como prendaria, mientras el británico las reconduce a la hipoteca; y el último modelo viene a construir esa garantía, por su parte, como transferencia plena de la propiedad del objeto

Vistas las cosas de este modo, seguramente habría sido mucho más esclarecedor decir, como hacían nuestro Derecho antes de incorporar el texto comunitario, que esas obligaciones principales son las que en el ámbito financiero a que se refiere el título de la Directiva deben permitir a las autoridades públicas, a los bancos centrales, a las empresas sujetas a control prudencial y a los responsables de los sistemas de compensación y liquidación, empezando por las cámaras que se interponen entre las partes en los mercados de productos derivados y prosiguiendo por las entidades de contrapartida central que operan en otros espacios, el seguro desempeño de las actividades propias de su objeto. Podemos adelantar que el Decreto-Ley español que incorpora el texto comunitario europeo prolonga esa misma línea, pero no en su Artículo Sexto (donde, de forma similar a la Directiva, declara cuáles pueden ser esas *obligaciones principales*) sino en el Quinto y anterior (donde trata de los acuerdos de compensación). Y esta misma idea no sólo se desprende, sino que la recoge también expresamente la propia Directiva, aunque sólo sea *per relationem* al determinar su **ámbito subjetivo de aplicación**. Realmente es ahí donde su texto proporciona la contestación más directa (aunque tampoco evidente) a lo que desde el principio llamábamos nosotros la pregunta del millón. Pues su artículo primero menciona en una relación más bien prolija cuáles pueden ser las autoridades públicas, las entidades y organismos legalmente capacitados para actuar como dadores o como beneficiarios de las mencionadas garantías financieras; y, en ese punto las instituciones recordadas aquí son los verdaderos protagonistas. Hubo acuerdo desde el arranque del proceso armonizador en concentrar el círculo de posibles operadores concernidos por la Directiva sobre Garantías Financieras a los que acaban de mencionarse, excluyendo las personas físicas y hasta las jurídicas, a

que procura el apoyo crediticio, aunque sujeta a la condición de que el beneficiario lo devuelva o alcance por otra razón el derecho a compensarlo en cuantía equivalente (GÓMEZ-JORDANA, "Las garantías financieras como productos financieros derivados. Una revisión de la reforma y sus efectos" en la obra de Sánchez Calero, *Comentario a la Ley 44*, citada, pag. 117 y ss., en especial 126 y ss.). No debe olvidarse que esas experiencias continúan las que desde 1992 y en sucesivas revisiones llevaron a acordar un Acuerdo Marco Global de Repos PSA/ISMA, así llamado por cuanto se elaboró en el Reino Unido bajo los auspicios de la *Public Securities Association* (PSA, después rebautizada como *Bond Dealers Association*) y de la *Internacional Securities Market Association* (ISMA). Configurado como una venta de valores con transferencia plena de su propiedad al comprador y compromiso de éste de restituir otros equivalentes, fue concebido así porque la Ley inglesa no admitía la constitución de verdaderas garantías sin registro, cosa no siempre posible de lograr por la rapidez y antiformalismo que preside la articulación las que nos ocupan y que no obstante deben permitir, desde que el deudor entra en mora, la recompra anticipada, el reembolso de los "márgenes", la valoración de descubiertos y la exigibilidad inmediata de la suma neta resultante (Cf. MORTON, "The PSA/ISMA Global Master Repurchase Agreement", en el libro colectivo titulado *Cross Border Securities Repo, Lending and Collateralisation*, revisado por Harver Cohen, editado por Kathleen Tyson-Quah y publicado por FT Law & Tax, London 1997, pag. 31 y ss.).

menos que se tratase de sociedades de alguna importancia. Pero esa idea no prevaleció, y al final la norma es aplicable hoy —salvo que algún Estado Miembro excluya tal extensión y lo haga saber a los demás por conducto de la Comisión Europea (*opt-up clause*)— a un sujeto cualquiera que no sea una simple persona física “*incluidas las entidades colectivas sin forma societaria, siempre que la otra parte sea una institución de las que se definen en las letras a) a d)*”: tal es, pues, y así procede subrayarlo, la primera de las opciones sobre la que las legislaciones nacionales tienen que pronunciarse (art. 1.2, *e*); la segunda y última, pues otras no existen, se refiere a la posibilidad de no considerar garantías utilizables las acciones propias del garante, las de sus sociedades filiales, o las que dicho garante tenga en empresas “*cuyo único fin sea poseer medios de producción esenciales para la actividad [de quien las procura] o poseer bienes raíces*” (art. 1.4, *b*)¹⁷.

Esta última opción abierta a los Estados prolonga una regla clásica del Derecho de Sociedades, vinculada a la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias, cuya originalidad consiste justamente en que si no se excluye su utilización estamos aceptando la básica condición de esas acciones propias como verdadera garantía, con la consecuencia de promover un nuevo supuesto típico sustraído de la prohibición, que debería tenerse en cuenta a la hora de promover la *reducción teleológica* del desproporcionado rigor de un veto legal que la doctrina más reciente parece empeñada en corregir¹⁸. Para nosotros, sin embargo, tiene mayor interés ahora referirse a la primera opción permitida a los Estados Miembro a fin de articular una posible limitación del campo de aplicación de la Directiva *ratione personae* porque viene a renovar la pregunta recurrente aquí ya tantas veces planteada. Al principio, según queda dicho, la Directiva no sólo dejaba fuera de su ámbito las personas físicas sino también las sociedades de capital inferior a 100 millones de euros o con activos brutos no superiores a 1000. El Parlamento enmendó esa *Propuesta Original* en su *Primera Lectura*, extendiendo la Directiva a toda clase de sociedades, incluidas empresas todavía no constituidas, compañías anónimas y personas que actúen como fiduciarios o representantes de titulares de obligaciones u otro tipo de deuda incorporada a

¹⁷ Sobre la entrada en la directive de las garantías exceptuables sobre acciones propias, de empresas filiales y otras instrumentales tenedoras de bienes raíces o medios de producción *cfr.* FAWCETT, “The Financial Collateral Directive: An Examination on Some Practical Problems Following its Implementation in th UK”, 5, *Journal of International Banking Law*, 2005, pag. 298.

¹⁸ *Vid.*, en la española, por todos VAQUERIZO, *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*, Cívitas, Madrid 2003, pag. 444 y ss. y, separándose de posturas anteriores en más de un aspecto, también PAZ-ARES y PERDICES, *Los negocios sobre las propias acciones*, en el Tom. IV del “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, Cívitas, Madrid, 2003, pag. 343 y ss.

valores, si bien únicamente cuando la contraparte fuera una institución de las referidas. Y al parecer se hizo así por entender que no debían ser sólo las entidades financieras las autorizadas a beneficiarse de la disminución de riesgos que la Directiva alienta, sino que el mismo trato debía darse también a otras empresas; una ampliación de las garantías más allá del ámbito financiero que no obstante mereció objeciones al considerar que podía menoscabar la posición de otros acreedores en casos de concurso, estimándose a mayores que sugería incluso una superior protección de los créditos mercantiles en detrimento de los salariales y fiscales ¹⁹.

Tal como ahora puede comprobarse mejor nuestra pregunta inicial no era en absoluto caprichosa y por eso ha dejado sentir su intranquilizadora influencia en el propio marco comunitario. Las cosas no podían haberse planteado de otra manera si reparamos en el hecho de que todo el régimen jurídico que la Directiva promueve supone importantes novedades respecto de la regulación más clásica, aunque en determinados puntos no falten ciertamente significativas coincidencias y hasta algún reforzamiento de la disciplina tradicional.

IV. INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA EN ESPAÑA: CONSTITUCIÓN Y PRUEBA DE LA GARANTÍA

Empecemos adelantando que nuestro Derecho ha incorporado la Directiva sin acogerse a las opciones que le autorizaban a limitar su alcance e incluso ampliándolo con alguna cosa más, de acuerdo con el procedimiento conocido como *gold-plating* en los ambientes comunitarios; pero lo ha hecho manifiestamente tarde y, a nuestro juicio, no lo ha hecho además demasiado bien, entre otras razones por traspasar de algún modo el territorio acotado por el texto europeo. Sin entrar en el carácter misceláneo de una norma que regula temas de Mercados Energéticos que ojalá lo fueran (Título II), de Medio Ambiente (Título III) y Mejora de la Contratación Pública, el Decreto Ley 5/2005 ha hecho defectuosamente sus “deberes” no sólo por mezclar en su

¹⁹ El *iter* que acaba de apuntarse puede seguirse sin mucha dificultad progresando desde el artículo 11.4 de la *Propuesta Original* al posterior artículo 2.2, *e*, según el resultado de la *Primera Lectura* del Parlamento Europeo (A5-0417/2001) hasta llegar a la sesión del 24 de abril de 2002 y al documento II *Recomendación para la Segunda Lectura* (A5-0150/2002 FINAL) en cuya pag. 7 se alude a ese posible alcance discriminatorio. En el intento de eludirlo, algún ordenamiento, como el alemán ha excluido de la aplicación de la Directiva a las *natürliche Personen, Einzelkaufleute und Personengesellschaften* (Véase LÖBER, “The German Implementation of the EC Directive of Financial Collateral Arrangements”, 2, *Journal of International Banking Law*, 2005, pag. 72 y ss. y en especial nota 13 de la 74).

Titulo I el que nos ocupa con otros muy diferentes (Ofertas públicas y Admisión de valores a cotización) sino porque (i) donde la Directiva sitúa el *acuerdo escrito* y la *garantía prestada* como factores determinantes de la aplicación de sus normas el Decreto-Ley español sustrae tales exigencias de ese ámbito (Artículo Tercero) y viene a configurarlas como simples formalidades jurídicas a fin de articular esos mismos acuerdos o las correspondientes garantías (Artículo Octavo); porque (ii) ha extendido el ámbito de aplicación objetivo de la disciplina que incorpora no solo a los *acuerdos* sobre garantías y a las propias *garantías*, sino también a los convenios financieros de compensación contractual, a pretexto de una reordenación y mejor sistematización de su régimen que, o bien hemos de encuadrar en esos mismos acuerdos previos (sin detallar en la Directiva) o es cosa que no acaba de verse muy clara, puesto que la regulación nueva coexiste con la Ley 41/99 de 12 de noviembre, sobre sistemas de pago y liquidación de valores (que ya había incorporado entre nosotros la Directiva 98/26/CE que se ocupa del asunto); y, de esta suerte (iii) se amplía también a las personas físicas el ámbito subjetivo del régimen español, con carácter general respecto de los acuerdos de compensación contractual, y en especial si del otro lado hay organismos que se ocupan de la liquidación y pago de las operaciones de los mercados, puesto que tales acuerdos pueden tener lugar sea cual fuere la “*contrapartida*” (por repetir el equívoco término que utiliza el Artículo Cuarto en su número 4) de las correspondientes *clearing houses* u organismos similares, a los cuales se viene a reconocer en consecuencia y gracias a los referidos “acuerdos” de una y otra clase (especialmente los convenidos con los particulares) un más que generoso poder de *autotutela*. Por este lado resurge la intranquilidad de nuestra pregunta y aparece también una posible explicación de otro aspecto merecedor de crítica, como es el uso de la técnica del Decreto-Ley, aunque ni siquiera ese rango, aún siendo, máximo, permite sanar una previsión de dudosa correspondencia con el texto comunitario. Prevista semejante fórmula para legislar por razones de urgencia, puede que alguna hubiera en otros asuntos que el contenido de nuestro texto aborda; pero, desde luego, pasada ampliamente la fecha para consumir el proceso, toda la rapidez del mundo tampoco habría sido capaz de transponer en plazo una Directiva que era imperativo haber tenido incorporada en nuestro ordenamiento casi dos años antes y, a más tardar, el 27 de diciembre de 2003. Verdad es, sin embargo, que en ambas cosas (la técnica legislativa utilizada y el plazo de incorporación tardío) no estamos solos²⁰.

²⁰ En la tardanza nos acompaña Alemania que sin embargo incorporó la Directiva mediante Ley propiamente dicha el 5 de abril del 2004 y no obstante haber limitado el alcance subjetivo del texto comunitario en los términos que ya conocemos (LÖBER, “The German Implementation, *cit.* pag. 72); y, tanto en el retraso como en el uso de procedimientos de urgencia, nos damos la

Es de gran interés a nuestros efectos comparar esa reciente disciplina europea y española con la heredada del Derecho tradicional, frente al cual ofrece el nuevo algunas concordancias, así como otras novedades mayores, empezando por la simplificación de ciertas formalidades (supresión de la exigencia de escritura pública) que acaso no acaban de eliminar en todos los supuestos el significado “solemne” de ese régimen y el necesario carácter “real” (*datio rei*) que debe revestir cualquier forma de garantía. Son aspectos no demasiado claros en los textos, por cuanto en su tratamiento se solapan tres ángulos de enfoque distintos, a saber: el del ámbito de aplicación de las normas, el tocante a los requisitos (constitutivos o menos) exigidos para articular convenios preparatorios, potestades jurídico-reales y los negocios traslativos de propiedad que en ellas se regulan y, finalmente, el relativo a la prueba de las operaciones, de los acuerdos y de las garantías resultantes.

Para entenderlo mejor recordemos que las garantías financieras suelen apoyarse en un contrato “marco”, con el que, sin embargo, tales refuerzos añadidos no se confunden puesto que, a la postre, las garantías acaban recayendo sobre bienes. Los positivamente contempladas por el texto comunitario (**efectivo o instrumentos financieros** *ex art. 1.4, a* de la Directiva) parecen sugerir aquello de *tertius non datur*, porque son precisamente esos objetos (y como nos aclara la Directiva por vía de excepción no los bienes raíces ni tampoco los equipos productivos) los bienes con los que se comercia en semejante mundo y a través de los cuales se otorgan en él seguridades, confirmando la proyección específica del texto comunitario a limitar su ámbito al sector propio de las finanzas ya tantas veces recordado. El “efectivo” no es, por lo demás, dinero en metálico, sino un crédito de restitución (mediante asiento en cuenta y en cualquier divisa) nacido de lo que técnicamente habría que calificar como un depósito (o figura similar) entre los llamados usualmente de numerario, pero entendido aquí en términos de “valor” y por lo que luego se dirá susceptible de ajuste y no simplemente petrificado en una suma fija. Por su parte, los llamados “instrumentos” no sólo cubren valores negociables, productos característicos de los llamados mercados monetarios, de los que trafican con derivados y hasta créditos en un sentido propio, sino que se definen con la mayor amplitud y, lo que todavía es más importante incluyen además, dentro de categoría por sí sola tan amplia, “*todo derecho directo o indirecto sobre los mismos*”. Esta pieza es crucial en el

mano con Italia, que transpuso el texto en cuestión por el Decreto Legislativo 170 de 21 de mayo de 2004 (*Cfr.* LANTELME, “The Implementation in Italy of the Financial Collateral Directive May Solve a Number of Issues”, 12, *Journal of International Banking Law*, 2004, pag. 510). Entre nosotros critica el procedimiento, considerándolo un ejemplo de “motorización legislativa”, TAPIA HERMIDA, Alberto, “Reforma de los mercados financieros (en particular, de la Ley del Mercado de Valores) por Real Decreto Ley 5/2005”, 98, *RDBB*, 2005 (Noticias), pags. 275-277.

tema de las garantías financieras y en nuestra opinión con ella quiere darse entrada dentro del elenco de bienes capaces de procurar esa caución a réplicas o subrogados del valor original (v.g. los llamados ADRs o *American Depositary Receipts*) e incluso a las certificaciones que contra los unos y los otros (es decir, instrumentos originales o reconstruidos) “emitan” los intermediarios que los detentan²¹.

Según el artículo 3 de la Directiva, los Estados Miembro no podrán exigir que “*la constitución, validez, perfección, ejecutabilidad o admisibilidad como prueba de un acuerdo... o la prestación de la garantía... estén supeditados a un acto formal*”. En algún momento del proceso formativo del texto europeo se hizo una lista de esos actos formales vedados (pensemos en la necesidad de requerimientos notariales); pero ahora no se dice positivamente cuáles son, porque la Directiva no trata de modificar los diferentes sistemas nacionales en la materia, aunque se entiende que no tiene ese carácter formalista aquellos presupuestos jurídicos a los que cada legislación supedita la transferencia de la propiedad o la constitución de derechos reales limitados, como pueden ser el endoso (pleno o en garantía) en caso de valores a la orden, la inscripción en el libro de socios, cuando se trata de acciones nominativas, o la transcripción en el registro contable, si hablamos de valores desmaterializados (Considerando 10)²². Pero en cambio a la Directiva sí le preocupan —y aun añadiremos que le inquietan mucho— otros posibles fenómenos de errores de titularidad o fraude. Por eso busca a toda costa la certidumbre de las relaciones que intenta reglamentar, lo que reclama asegurarse de antemano que la garantía y los acuerdos en que se basa existen verdaderamente. Cosa importantísima que el texto europeo parece asociar al dato de que algún documento **escrito** refleje tales hechos; aunque —tratándose de acuerdos— podrán acreditarse también “*de manera legalmente equi-*

²¹ No parece que semejante alusión a esos *derechos directos e indirectos*, recogida por nosotros en cursiva, deba estimarse referida a los productos “derivados” (futuros y opciones), en contra de lo que parecen patrocinar algunos autores extranjeros (Cfr. MARINO, “Italy’s Implementation of Directive 2002/47/CE on Financial Collateral Arrangements: an Overview”, 16, *European Business Law Review*, 2005, pag. 1158). Entre otras razones porque en la mayoría de los sistemas comparados, como sucede en el nuestro, tales productos derivados, sin ser valores, ya están incluidos *ex lege* en la categoría de “instrumentos financieros” (Cfr. mi trabajo “Valores negociables, instrumentos financieros y otros esquemas contractuales de inversión”, 99, *RDBB*, 2005, pag. 7 y ss.). Cosa distinta —y en la que no hay que entrar ahora— es si en Derecho español tienen cabida los mecanismos llamados de **tenencia indirecta**, que luego se mencionarán, bajo los cuales el inversor sólo tiene derecho contra su intermediario, quien a su vez lo disfruta únicamente frente al suyo, y así sucesivamente hasta llegar al gestor (eventualmente ni siquiera central) encargado de asegurar la unidad y evitar el “descuadre” del conjunto de anotaciones integrantes del sistema.

²² Lo que igualmente concuerda con la solución establecida en el artículo 9 sobre conflicto de normas y ahora parece venir a confirmar la doctrina especializada (Por todos, TURING, D. y LES-TER, K. “Implementation of the EU Directive of Financial Collateral Arrangements in the United Kingdom”, 2, *Journal of International Banking Law*, 2005, pag. 69 y antes en la 66).

valente” (art.1.5 y 3.2 *in fine*). Añádase a lo dicho que la prestación de la garantía debe permitir siempre la **identificación** de la cosa o bien que proporciona la cobertura, en una sujeción definida al gravamen que, tratándose de valores anotados exige justificar que “*ha sido abonada o constituye un crédito en la cuenta principal*” y si hablamos de efectivo que “*se ha abonado o constituye un crédito en la cuenta designada al efecto*” (art. 1.5, párrafo segundo) y se comprenderá de inmediato que la disciplina que estudiamos no permite separar completamente los requisitos constitutivos (en su caso *ad solemnitatem*) de los simplemente demostrativos (*ad probationem*), generando algunos vaivenes y deslizamientos entre ambos planos (el de la constitución y el de la prueba) que se acentúa todavía más cuando paramos mientes en que el texto europeo nos advierte de modo rotundo que “*Toda referencia de la presente Directiva a la expresión «por escrito» incluye el registro por medios electrónicos o en cualquier otro soporte duradero*” (art 2.3). Por cierto, y para acabar de complicar las cosas, criterio que cumple sin lugar a dudas la inscripción en los registros informáticos de anotaciones (y más aún los nuestros, donde resulta constitutiva) aunque seguramente eran otras pruebas (y más concretamente una conversación telefónica grabada) —que no tales requisitos esenciales— las que el legislador europeo tuvo en mente a la hora de ilustrarnos sobre los precedentes de la norma²³.

Así pues, es por todo este conjunto de razones por las que podrían abrigarse dudas sobre el significado formal (que no simplemente probatorio) que parece atribuirse en la Directiva a los fenómenos anteriormente referidos, una duda que el Decreto-Ley español no logra deshacer en su Artículo Octavo donde regula estos asuntos bajo la rúbrica “**Formalidades**”. Pero, en nuestra opinión, semejante formalismo es difícil de eludir en nuestro Derecho y todavía más difícil de superar en el europeo donde la exigencia de constancia por “escrito” se eleva al papel de auténtica *conditio iuris* para que sus normas cobren aplicación. Añadiré, no obstante, que a algunos ese formalismo no nos preocupa a pesar de la machacona insistencia de los textos legales en excluir expresamente “*la necesidad de acto formal que condicione la constitución, validez o eficacia de la garantía*” (Artículo Octavo, punto 4 *in fine*) A nuestro entender la constancia escrita es imperativa y, mal que le pese al legislador, condiciona todo eso e incluso alguna cosa más (la propia aplicabilidad de la disciplina comunitaria) tiñendo tanto los acuerdos como las garantías de un carácter solemne. Mas, aunque semejante formalización pue-

²³ Puede verse en tal sentido la Exposición de Motivos que precedió a la llamada *Posición Común*, tras el consejo de 5 de marzo de 2002 (CS/2002/5530), pag. 6, que es oportuno recordar por cuanto el uso de esas grabaciones, como medio de prueba, viene impuesto más de una vez en la legislación financiera.

da estimarse discordante con el propósito de simplificación del régimen aplicable y más discordante aún a la vista de los principios espiritualistas que inspiran nuestro Derecho privado, semejante orientación formalista siempre estuvo presente en el campo de los negocios y derechos reales de garantía por su incidencia sobre otros acreedores y terceros, sin olvidar ahora algunas posibles razones justificadoras añadidas que no conviene perder de vista. Cuando hablamos de acuerdos simplemente preparatorios porque —cuando tales pactos articulan sistemas de compensación contractual— va a ser precisamente en ese marco, o en relación con el, donde van a configurarse efectos exorbitantes apoyados en una autonomía de la voluntad que sin ese reconocimiento generoso de las normas que analizamos podría considerarse colgada de la nada. En el mundo de los llamados *global players*, en el que parece estar pensando la Directiva y que ahora ha venido a extender nuestro Derecho a las personas físicas concernidas con los procesos de compensación y liquidación, falta por construir todavía una República Universal con competencia para dictar normas de validez *urbi et orbe*. De manera que si la disciplina va sostenerse a la postre sobre el consentimiento de los propios interesados, es lógico pedir como mínimo **pactos fiables** por lo que esa aceptación de efectos exorbitantes tienen de renuncia a regímenes eventualmente más favorecedores de alguna de las partes que los convienen. Y, si desde los “acuerdos-marco” pasamos luego a la fase de constitución de las garantías propiamente dichas, parece que la exigencia documental habría que relacionarla más bien con el tema de su oponibilidad frente a tercero, aunque en este punto el requisito de la constancia por escrito no asegura plenamente la certidumbre de la fecha y ha de estimarse como exigencia distinta de la inscripción en la cuenta a que las normas se refieren y donde, por cierto, las españolas resuelven mejor ese tema crítico ²⁴.

V. EL TEMA DE LA *DATIO REI* Y SUS DERIVACIONES: LA NOCIÓN DE “CONTROL” Y LA TENENCIA INDIRECTA DE VALORES

Visto lo anterior, todavía es menester aclarar si, sobre el carácter formal antes dicho, los fenómenos que nos ocupan presentan además un verdadero

²⁴ Por el carácter constitutivo de la inscripción de la prenda que marca asimismo la fecha de su oponibilidad *erga omnes* (art. 10 LMV). La solución no es igual de clara si hablamos de valores representados por títulos, o de otros derechos incorpóreos capaces de sustentar instrumentos financieros. Por su parte la conveniencia de no confundir el documento escrito que las normas exigen y la anotación en cuenta puede verse claramente formulado en el estudio conjunto de T’KINT y DERIJKE, “La Directive 2002/47 CE, *cit.* pag. 48; y afirmando igualmente esos mismos autores en la página anterior que «*Puisqu’ il faut un écrit, le contrat de garantie visé par la Directive es un contrat solennel*».

significado “real”. Seguramente la *datio rei* no resulta necesaria para articular *master agreements* de alcance puramente preparatorio. Pero si hablamos de garantías propiamente dichas hemos de partir de la base que las contempladas en el texto europeo (“efectivo o instrumentos financieros” *ex art. 1.4, a* de la Directiva) que luego reitera el Decreto-Ley español (Artículo Séptimo) van a ser objeto de un conjunto de operaciones que nuestro Derecho puntualiza en el Artículo Quinto 2, con referencia a préstamos de valores, cesiones temporales de activos y compraventas con pacto de recompra, ya se articulen mediante dos operaciones inversas convenidas de manera simultánea o como una operación única, conforme al modelo del viejo contrato de doble, *clave de las operaciones de Bolsa*, para decirlo en palabras de un tratadista clásico que no conviene perder de vista, por cuanto en un despliegue multiseccular ha servido después de modelo para configurar los modernos “Repos” de deuda y otros negocios similares (*Repurchase Agreements*). Aunque la Directiva no mencione por el nombre de pila sus distintas variantes, tanto las clásicas como las modernas se parecen bastante entre sí y se conocen en todos los sistemas jurídicos, incluyendo entre sus manifestaciones más conocidas el contrato de *riporto* y los negocios llamados *pronti contro termine* del italiano, la *vente à rémère* y el contrato de *pension* del Derecho franco-belga y los *Buy/Sell-Back* (o viceversa *Sell/Buy-Back*) de los países anglosajones, que al final se construyen en todos los casos como negocios jurídicos de restitución de manera no muy diferente a préstamos de valores con garantía de dinero (prenda irregular) o entrega de dinero con garantía de valores²⁵.

Recordarlos no es ocioso porque ha existido una larga discusión histórica acerca del carácter consensual o real del contrato de doble, cuya contestación, tal como nosotros mismos hemos intentado explicar en otro lugar, no puede ser unitaria: pues si se conviene entre las mismas partes a modo de *Roll-over* o como *Prolongationgeschäft*, es decir, a fin de “prorrogar” un previa posición de los dos sujetos antes vinculados en firme, la entrega de la cosa es imposible e inútil puesto que los valores ya obran desde la operación antecedente que ahora se prorroga en poder del [re]vendedor (al contado) y [re]comprador (a término); pero no sucede lo mismo en el doble “financiero” (llamémoslo así en honor a las normas que nos ocupan), convenido entre sujetos anteriormente no vinculados entre sí, puesto que en ese caso la entre-

²⁵ Un estudio comparado de todos ellos en la Tesis Doctoral (inédita) de mi discípulo Jesús J. HERRERA ESPINOZA, *Cesiones temporales y negocios de restitución en los Mercados de Valores (sistemas latinos y anglosajones)*, UAM, Madrid 2003, *in totum*. El tratadista clásico que se alude es FRÉMERY, *Études de Droit Commercial ou de Droit fondé par la Coutume Universel des Commerçants*, Paris 1933, pag. 479.

ga de los valores es inexcusable para la perfección del contrato. Y así debe ser, puesto que —igual que un préstamo propiamente dicho— no es justo ni tiene sentido imponer la restitución de una cosa que no ha sido entregada. Por eso, como hace más de un siglo explicó Vivante, un contrato consensual de esta clase podrá ser en su caso un contrato “preliminar” pero nunca será un verdadero contrato de “doble”²⁶. Esta doctrina es la que (*nihil novum sub sole*) parecen querer restablecer ahora tanto la Directiva como el Real Decreto que estudiamos, alguna de cuyas partes menos comprensibles (de ambas normas) parecen cobrar nueva luz a su calor. En concreto (i) porque nos ofrecen un ejemplo muy claro de que puede haber efectivamente convenios singulares o si se prefiere no cubiertos “por un «acuerdo marco» o unas «condiciones generales»” (Definiciones, art. 2.1, a, del texto de la Directiva) y además porque (ii) “La consideración de dichas operaciones [esto es, dobles, simultáneas, y ventas con pacto de recompra] como acuerdos de garantía financiera no impide que puedan ser reconocidas, en su caso, como **operaciones de un mercado secundario** [para entendernos, como bursátiles, o típicas del mercado de Deuda] con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores” (Artículo Sexto del Decreto-Ley, según el último párrafo de su número 2)²⁷; y en fin (iii) porque para que exista verdadera garantía no basta el simple convenio puntual o “marco”, ni aún bajo constancia escrita, sino que se requiere suplementariamente —y según el nuevo Derecho siempre— la *datio rei* y, por tanto, que esa cobertura en bienes resulte debidamente acreditada.

Según las propias Definiciones del texto de la Directiva una garantía financiera se considera «prestada» (y eso es lo que habrá que probar) si ha sido “entregada, transferida, mantenida, registrada o designada de otro modo con objeto de que obre en poder o esté bajo **el control del beneficiario o de la persona que actúe en su nombre**” (art. 2.2). Hemos adelantado ya el significado claramente técnico que debemos atribuir a la expresión “control”, que es concepto que la Directiva no define y cuyo verdadero alcance puede proporcionarnos también algunas pistas importantes a la hora de orientar la contestación que procede dar a nuestras preguntas. Supuesto que lo que late detrás de semejante construcción tiene que ver asimismo con lo dicho hace

²⁶ Cfr. mi resumen bajo la Voz correspondiente (“Contrato de doble”) en *Enciclopedia Jurídica Básica*, de Civitas (en lo sucesivo *EJB*), Madrid 1995, pag. 1.582 y ss y para los modelos más recientes la Voz “Repo”, *ibidem*, pag. 5.809 y ss.

²⁷ Cosa que no resulta ocioso recordar, puesto que la noción de “operación de mercado secundario”, igual que la más antigua de “contrato bursátil”, no nos coloca frente a puros conceptos empíricos, sino jurídico-positivos en sentido estricto (Cfr. mi trabajo “La transmisión de valores cotizados y su formalización legal”, en *Homenaje a Aurelio Menéndez*, III, Madrid, 1996, p. 3.423 y ss.

un momento —y por esa razón el ámbito de aplicación de la Directiva sólo comprende “los acuerdos de garantía financiera que prevén alguna forma de **desposesión**, esto es la prestación de la garantía” (Considerando 10)— podríamos intentar ahora la caracterización de la noción expuesta con ayuda de nuestro Derecho tradicional, cuando nos dice —enfocando el tema desde el otro lado de la relación jurídica, es decir, desde la óptica del *accipiens*— que la posesión se adquiere “por el hecho de quedar éstos [la cosa o un derecho y, concretamente en nuestro caso el efectivo o los valores] sujetos a la acción de nuestra voluntad” (art. 438 del Código civil). Pero no siendo inútil este recuerdo para entender cuándo y cómo entra el beneficiario en el disfrute de la garantía, sobre todo en las operaciones domésticas más sencillas, es lo cierto que tal situación no es la que preocupa al legislador europeo, razón por la cual el Considerando 8 nos desvela con absoluta claridad cuál es la *policy* de la Directiva en este punto, advirtiéndolo para evitarnos cualquier duda que “Sin perjuicio de la aplicación de la presente Directiva a las garantías mantenidas **directamente**, debe determinarse la situación de las anotaciones en cuenta presentadas como garantía financiera y **mantenidas a través de uno o más intermediarios**”. Así pues, en lo que está pensando la norma que intentamos explicar es lo que ya antes aclaramos al ejemplificar cómo funcionaría en relaciones de tráfico externo y transfronterizo la ley aplicable à *certaines droits sur des titres détenus auprès d’un intermédiaire*, dicho sea ahora con la rotulación acuñada por la Convención de La Haya del mismo nombre y que sigue muy de cerca las soluciones que para los supuestos de la llamada **tenencia indirecta** de valores ya había sancionado años atrás el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos (Sección 8-106).

Los comentarios oficiales a dicha norma precisan que “*Obtaining «control» means that the purchaser has taken whatever steps are necessary, given the manner in which securities are held, to place itself in a position where it can have the securities sold, without further action by the owner*”²⁸. Conviene subrayar el generoso alcance de semejante concepto para lo bueno y también para lo malo; pues, de un lado, permite claramente que simples *nominees* puedan actuar como si fueran los verdaderos dueños de los instrumentos en cuestión; pero, sin reconocerles, de otro, tal condición final. Algún sector de la doctrina norteamericana ha criticado esta caracterización, considerándola excesivamente amplia, al equiparar este tenedor “indirecto”, o persona controlante, a quienes, con o sin derecho, tienen el poder de enajenar una

²⁸ *Official Comments UCC 2000, Parágrafo 8-106 cmt. 1, Appendix XVI*. Se trata de la versión oficial de 2001, que, por haber entrado en vigor el mes de julio de ese año, se publica en la obra como apéndice.

*investment property*²⁹. El Considerando 9 de la Directiva y el Artículo Octavo 2, en su letra a usan, sin embargo, la expresión “*bajo control del beneficiario o de la persona que actúe en su nombre*”, con un alcance ciertamente menor, pues aparentemente sólo toman en consideración supuestos de actuación representativa directa. La cuestión es importante por cuanto, siendo indubitado que el *beneficial owner* siempre tendrá acción personal contra quien detenta los valores por su cuenta (que no sólo en su nombre), en algún caso puede precisar remedios jurídico-reales para reivindicar lo suyo; bien es cierto que cuando lo suyo son bienes fungibles para los que siempre se encuentra “reemplazo”, por ser parte de un género y además normalmente abundante, el *periculum* de verse completamente despojado del valor es bastante remoto y tampoco resulta singularmente dramático, salvo acaso en situaciones de quiebra. Por eso, cuando los valores se mantienen en tenencia “indirecta” no hay demasiado problema en postergar la seguridad dominical a favor de la liquidez del sistema, lo que lleva a primar el papel del intermediario, que procura esa función, a costa de la titularidad del propietario mismo; y, por eso también, a pesar de las críticas que se hacen al régimen estadounidense, no deja de ser significativo que, al analizar las repercusiones que la nueva Directiva reguladora de las garantías financieras puede tener sobre los mecanismos de registro de los llamados *company security interest* dentro del Reino Unido, su *Law Commission* haya preferido interpretar la noción de “control” de acuerdo con el entendimiento que a ese concepto procura el referido *Uniform Commercial Code*, en lugar de seguir en este punto la orientación más restrictiva, tradicionalmente patrocinada al respecto por el Derecho inglés³⁰.

Aunque no he tenido tiempo de profundizar suficientemente en el asunto, y por tanto tampoco me atrevo a comprometer ahora una contestación definitiva al respecto, creo que en nuestro país debería seguirse un criterio más o menos semejante: obviamente no porque el *UCC* sea aplicable en Gran Bretaña o aquí, sino porque es el que más nos acerca a lo que técnicamente hablando habría que considerar como **interpretación conforme** de una Directiva, que, según ya quedó apuntado, participa claramente esa misma *policy*³¹. A la postre además, y en contra de la idea tradicional que expresa el

²⁹ Ya con anterioridad SCHROEDER L. Jeanne “Is Article 8 finally ready this time? The radical reform of secured lending on Wall Street”, 21, *Columbia Law Review*, pag. 390 y ss.

³⁰ Dan noticia de ello TURING y LESTER, “Implementation, pages. 66 y 69.

³¹ Lo que hemos de suponer por cuanto entre las situaciones acogidas a su régimen no pueden excluirse supuestos de simple interposición gestoria sin representación propiamente dicha, supuestos de mera actuación por cuenta ajena que entendemos incluidos dentro de la expresión “*de conformidad con la legislación vigente del país en el que se encuentre la cuenta principal*” (Considerando 8, que vincula precisamente esa cuenta principal a las mantenidas “*a través de uno o más intermediarios*”).

brocardo *mobilia non habent sequelam*, los modernos mecanismos de registro informático suelen dejar traza suficiente del recorrido seguido por los valores en su proceso de circulación; y merced a esos rastros que dejan (*traces*) podrán identificarse luego más de una vez titularidades reales detrás de las fiduciarias, ejercicio que puede ser relativamente sencillo en el caso de los grandes custodios globales (Cedel, Euroclear) cuyo papel a la hora de asegurar la liquidez y, en su caso, la suficiencia de la contrapartida en las relaciones internacionales tanto ha influido seguramente en este especial reconocimiento que disfrutan ahora los llamados intermediarios relevantes ³².

VI. MODALIDADES PREVISTAS: GARANTÍAS POR TRANSMISIÓN Y POR PIGNORACIÓN (DEL BIEN)

Las garantías en el mundo financiero no se agotan en la constitución de derechos reales de ese nombre y por esa razón es menester referirse también a otros mecanismos de caución, articulados simplemente *ex contractu*. Junto a las garantías prendarias que enseguida estudiaremos la Directiva contempla efectivamente cualquier otro *acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad* [...] *en virtud del cual un garante transfiere la plena propiedad de una garantía financiera a un beneficiario* (art. 2.1, b). En estas condiciones, el traspaso sin limitación alguna del dominio del bien conjura de antemano los problemas de ejecución y utilización de los valores que están proporcionando la cobertura (si ésta consiste en efectivo la ausencia de límites *va de soi*) y que tantas dudas han venido ofreciendo siempre en caso de las garantías pignoraticias. En consecuencia, el beneficiario dispone del bien sin restricciones, pudiendo cederlo, volver a prestarlo o gravarlo de nuevo para conseguir otros recursos, realimentando de esta suerte el *pool* de valores disponibles para tales fines. Se comprende así que, respetando esa fisonomía irrestricta, la disciplina europea de esta modalidad de garantía se limite a una regla concreta y a otra sumamente general. La primera permite (pero no impone) que la realización de la garantía se sujete a un régimen pactado de liquidación por vía compensación exigible anticipadamente, siempre que el beneficiario se encuentre también obligado frente al garante a entregar otra cobertura equivalente y aun no materializada cuando concurre el supuesto que abre paso a su derecho a poner en marcha la referida ejecución (art. 6.2); la norma general determina, por su parte, que los Estados Miembros deben

³² En nuestra literatura *cfr.* recientemente, con carácter general, BARRADA ORELLANA, “La responsabilidad del *trustee* en el *trust* inglés. En particular las llamadas *tracing rules*”, dentro de la obra de Nasarre Aznar y Garrido Melero (coords.) *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Tarragona 2006, pag. 85 y ss.

conseguir que *el acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad se aplique con arreglo a los términos que establezca*” (art. 6.1): cosa que, más allá de recordarnos la disposición de la Directiva canonizar la autonomía de la voluntad en su expresión más amplia, se ha interpretado en el sentido de que los Estados Miembros no podrán proceder a la *recalificación* del contrato, considerando que a pesar de esa cesión del dominio sin recortes no hay verdadera transmisión sino solamente una prenda (porque un traspaso pleno, pero con fines de simple caución violaría de antemano la prohibición del pacto comisorio) o estamos, una vez más, ante otro ejemplo reciente de la vieja institución fiduciaria de la “venta en garantía”³³.

Es verdad que, frente a quien da una cosa en prenda, la posición del deudor-garante en la regulación señalada de garantías puramente contractuales presenta desventajas que podrían sugerir la conveniencia de esa *recharterization*, porque al perder la condición de propietario y no mantener más que un derecho personal contra el beneficiario para que restituya otra garantía “equivalente” (exigencia por cierto silenciada al incorporar la norma al Derecho español) ese garante queda expuesto al riesgo de crédito de su contraparte. Pero no nos escandalicemos; pues, tanto en las viejas operaciones Dobles como en los modernos Repos —que merced a las mejoras de la liquidez y aumento del *pool* antes referidos se han incrementado notablemente en los últimos años— ese problema ya estaba resuelto a través de la reposición imperativa y periódica de márgenes y coberturas exigidas para poder operar, y hoy convencionalmente asistidas además por las cláusulas de los acuerdos que procuran el reajuste de tales garantías *markt-to-market*. De otro lado, si la cobertura consiste en bienes fungibles la transferencia del dominio viene en primer lugar del carácter genuinamente sustituible del bien que no sólo —ni acaso principalmente— del pacto convenido interpartes, convención que sirve más bien para configurar la operación como un traspaso de la propiedad *ad tempus* con obligación de devolver el *tantumdem*, y cosa que históricamente llevó —hace ya un par de siglos atrás— a que los derechos económicos de los valores dados en Doble beneficien a quien debe recuperarlos en la segunda fase de la operación para evitar el rodeo por las obligaciones de resarcimiento a la hora de medir la equivalencia de lo devuelto. Y la misma preocupación ha conducido después a que si se incumple ese deber de resti-

³³ Como por cierto recuerda entre nosotros CÁMARA LAPUENTE, “Breve compendio geo-conceptual sobre *trusts*”, en la obra *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, pag. 47. No por capricho, al incorporar la Directiva a su ordenamiento nacional el legislador italiano ha dispuesto que los negocios que aludimos en el texto no podrán anularse por violar el pacto comisorio, es decir, que a las operaciones “*che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione de garanzia, compresi i contratti di pronto contro termine, non si applica l’articolo 2744 del Codice civile*” (MARINO, “Italy’s Implementation, *cit.* pag. 1163).

tución en un Repo la operación se considere como venta definitiva hasta la amortización del valor, en vez de ser una operación de ida y vuelta. Así pues la posible “recalificación” de las operaciones en cuestión como modalidad fiduciaria, aunque intente fundarse en su equiparación con la venta en garantía como negocio desprovisto de causa bastante o entendido como figura *contra legem* por violación del pacto que prohíbe la apropiación de la cosa, solo sería necesaria o podría tener algún sentido en nuestro campo respecto de operaciones sobre instrumentos no fungibles. Pero aún en tales casos (si llega a darse supuesto semejante), siempre será difícil —jurídicamente hablando— negar el carácter pleno de la transmisión del bien en cuestión en la primera fase del negocio si lo que hay que devolver en la segunda es otra cosa distinta aunque sea de valor “equivalente”. Y es por todas estas razones, ahora ya más claras y fáciles de admitir, por donde se entiende mejor que la Directiva, y aún antes algunas Leyes nacionales, traten de impedir la anulación de los pactos o su reconducción a figuras distintas, persuadidas de que el *régimen típico* del que les ha dotado dentro de los mercados de valores una evolución secular ofrece remedio a los diferentes problemas que pueden acaecer en la vida del tráfico³⁴.

Tal es asimismo el salvoconducto que ha venido a consagrar entre nosotros el Real Decreto-Ley 5/2005, por cierto gracias a su retraso en incorporar la Directiva esta vez con un sorprendente sentido de la oportunidad, a la vista de alguna significativa resolución judicial que no nos resistimos a reproducir en sus términos para que se vea la distancia abismal que en este punto separa el mundo globalizado de las finanzas de las relaciones ordinarias entre particulares. Una sentencia de Audiencia dictada diez días antes de la promulgación de nuestro Decreto-Ley nos dice así que “*la prohibición del pac-*

³⁴ Se habrá reparado (y basta remitir ahora para confirmarlo a lo que se dice sobre Repos y Dobles en las voces de la *Enciclopedia Jurídica* recordada en la nota 25) que pueden existir distintas vías para resolver problemas iguales o muy próximos, aunque aquí basta subrayar que las soluciones más importantes llevan tiempo ensayadas y se han incorporado al régimen típico de los modelos negociales que actualmente están funcionando realmente en el tráfico como garantía financiera. En todo caso, después de recordarnos el desarrollo espectacular que han desempeñado algunas de esas operaciones y, en especial, los Repos (MORTON, “Modernization, *cit.* pag.17) el propio autor deja constancia de la decisión seguida por numerosos legisladores nacionales, reconociendo *ex profeso* la plena validez de los acuerdos de garantía financiera con cambio de titularidad, tal como desde hace tiempo ensayaron *v. g.* el artículo 157 de la ley belga de 22 de marzo de 1993, el 104 de la Ley Concursal alemana, o la sección 52 de la ley francesa 96/597 de 2 de julio (MORTON, *ibidem*, pag. 18, nota 8). Cosa que, no obstante la posibilidad arriba explicada de llegar al mismo resultado por conducto de la hermenéutica, es una actitud prudente y puede no ser inútil; sobre todo porque, en sentido inverso, estamos asistiendo también recientemente a “*la fiebre del oro del trust*” (CÁMARA LAPUENTE *dixit*, en *Ob.Cit.*, pag. 25) con riesgo de que algún despistado intente resucitar en nuestro ámbito, como el no va más de la modernidad, la doctrina del *doble efecto*.

to comisorio incluye los supuestos de venta en garantía en los que el acreedor se adjudica el bien objeto de esta, opciones de compra, ventas con pactos de retro, negocios fiduciarios, etc. no sólo en la hipoteca y en la anticresis. Se trata de una norma de carácter imperativo, o de ius cogens, y debido a ello la nulidad que la norma origina ha de calificarse de radical, lo que lleva consigo que pueda apreciarse de oficio, pues constituye un límite a la autonomía privada, incluso en los supuestos de negocio fiduciario. El fiduciante transmite la propiedad formal al fiduciario, que no se hace dueño real del objeto transmitido, sobre el juego de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades de las fiducias; ni siquiera la falta de cumplimiento por parte del fiduciante de la obligación garantizada convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía”³⁵.

Pues bien, es cabalmente este tipo de ejercicios de “recalificación” (lo dice el Considerando 13 de la Directiva), capaces de poner en peligro “*las buenas prácticas de gestión del riesgo empleadas corrientemente en el mercado financiero*” (Considerando 14), pero que —una vez salvaguardada su estabilidad— no impiden “*un control a posteriori que puedan aplicar los tribunales sobre la ejecución o valoración de la garantía*” (Considerando 17) e incluso tampoco excluyen previamente de ella las que no lo son porque no han nacido de conformidad con las reglas aplicables o suponen deberes de restitución de otra naturaleza (“por causa de equivocación, error o incapacidad”, según apunta el Considerando 6) los que el texto europeo y luego el Decreto-Ley español que lo incorpora quieren evitar. Y viene bien recordarlo aquí porque como vamos a ver a partir de ahora las mayores novedades que esos textos aportan constituyen un conjunto de excepciones respecto de la doctrina tradicional que, en mi opinión, podrían resumirse en (i) la inaplicación de la doctrina “del doble efecto” a los referidos supuestos de venta en garantía, igual que (ii) se permite la apropiación del bien dado en prenda cuando dicha garantía es pignoraticia; (iii) se aceptan y regulan los derechos de disposición y sustitución de tales garantías sin pérdida de rango o preferencia en la prenda, lo mismo que, en lógica correspondencia, (iv) se regula el ajuste de las garantías mediante aportación de otras complementarias, que vienen a tratarse como si hubieran sido prestadas simultáneamente a las iniciales; (v) se amplían los casos en los que cabe la compensación contractual

³⁵ Nos referimos a la Sentencia núm. 153/2005 de 1 de marzo, de la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona, tanto más relevante si se tiene presente la mayor disposición del Derecho catalán a abrir paso a patrimonios fiduciarios (en muy diferentes planos de los que informa bien la obra de NASARRE AZNAR y GARRIDO MELERO, con aportaciones diversas, ahora recogidas en la obra *Los patrimonios fiduciarios*, ya citada, a partir sobre todo de la pag. 461).

(*netting*) sin recorte por causa de la iniciación del concurso u otro procedimiento de liquidación administrativa y (vi) se regulan los efectos de esos procedimientos reguladores de la insolvencia sobre las propias garantías, es decir, un elenco de particularidades que exceden ampliamente la idea de una mera simplificación de formalidades, entre las cuales suele destacarse de inmediato (vii) la supresión de la exigencia de escritura pública para la válida constitución de la prenda. De todo ello pasamos a ocuparnos seguidamente empezando por estos temas documentales.

VII. EL RÉGIMEN DE LA PRENDA: PACTO COMISORIO, VENTA, COMPENSACIÓN Y APLICACIÓN

Concuera el Decreto-Ley español con la Directiva en admitir que las operaciones de garantía financiera pueden articularse *mediante transmisión de la propiedad del bien dado en garantía o mediante la pignoración de dicho bien* (Artículo Sexto,1); pero en lugar de caracterizar los segundos tal como hacen las Definiciones de la Directiva, es decir en base al carácter limitado del **título prendario** y a la idea de mantenimiento del derecho de propiedad en el garante (Art.2.1, c) prefiere hacerlo por remisión al *artículo 1. 857 y siguientes del Código Civil, con las particularidades recogidas en esta sección*, cuando según acabamos de adelantar y reiteramos de inmediato son precisamente tales novedades y no las normas generales las que definen la fisonomía de la prenda:

Efectivamente la regulada en el artículo 1. 865 del Código civil precisa escritura pública para surtir efecto contra terceros, mientras que la Directiva milita contra ese formalismo y mucho más en nuestro Derecho donde, como ya fue apuntado, un simple documento privado sería bastante, dado que la oponibilidad de la prenda *erga omnes* depende aquí de su inscripción en el registro contable de valores anotados, según establece el artículo 10 de la Ley 24/1988, reguladora del Mercados de Valores.

El Código civil no considera la voluntad unilateral fuente de las obligaciones y exige que la constitución de la prenda se articule por contrato, es decir, mediante acuerdo de voluntades entre deudor y acreedor. Pero en los mercados de valores —de acuerdo *con las normas de ordenación y disciplina, y sin [...]necesidad de acto formal alguno* (Artículo Octavo)— cabe la constitución de la prenda por simple declaración unilateral del deudor (y se está haciendo por vía telemática) cuando la garantías son en beneficio de sus organismos rectores, de los que gestionan los registros contables, tienen a su cargo sistemas de compensación o liquidación, así como también respecto de

entidades de contrapartida central, otros agentes de liquidación, cámaras de compensación y organismos similares.

El Código civil está pensando en una situación en que el deudor es dueño de la cosa pignorada, aunque no impida otras alternativas. El Real Decreto Ley guarda silencio sobre este punto. Pero como la Directiva comunitaria contempla expresamente que el garante puede ser el deudor principal o un tercero titular del valor que procura la garantía, tal ha de ser también la *interpretación conforme* al Derecho europeo en el caso de que las garantías se articulen por vía de prenda.

Los artículos 1859 y 1870 del Código civil prohíben al acreedor pignoraticio realizar actos de uso o disponer de la cosa dada en garantía, prohibición que levanta la Directiva y también el Artículo Noveno del Decreto Ley. En verdad nuestro Derecho regula primero el *derecho de sustitución del garante* y luego el de *disposición del beneficiario*. Ni uno ni otro tienen carácter automático sino que deben pactarse y además exigen “reponer” lo que se usa o cambia por otro objeto equivalente llegada la ejecución, a salvo naturalmente que en ese momento pueda entrar en juego la compensación y así se haya convenido o que quepa la llamada *aplicación* de lo que de otro modo habría que entregar al cumplimiento de las obligaciones principales³⁶.

El artículo 1872 del Código civil establece, en fin, un procedimiento de ejecución de la prenda sumamente riguroso que el propio precepto sustituye para las de valores por el previsto en el Código de comercio (art. 322) y aun flexibilizan todavía más la Directiva y el Decreto-Ley, que lo dejan reducido a un requerimiento del propio acreedor dirigido al depositario, quien comprobará los datos que se aportan y dará curso a la orden de traspaso de valores o transferencia de efectivo (Artículo Duodécimo)³⁷.

³⁶ Lo que supone una suerte de extraña imputación de pagos que no decide el *solvens* sino el acreedor, pero que nunca será sólo una actuación material (*Vid.* sobre el término, CABANELLAS, *Diccionario de Derecho usual*, Heliasta, Buenos Aires 1972, Tom. I pag. 202). Adviértase que mientras el ejercicio del poder de sustitución parece dejar vacía la garantía durante el interregno hasta que se repone otra equivalente, por su lado, el derecho a disponer *como si se fuera titular del bien* sugiere la desnaturalización del carácter limitado del derecho de garantía. Seguramente es verdad que los mecanismos de equivalencia y ajuste del valor (Artículo Noveno. 3 Decreto-ley) quitan riesgo a ambos asuntos, pero es difícil negar que en el primero cabe dudar de si verdaderamente hay garantía “prestada” (*nemo dat quod non habet*), aunque entre nosotros ese derecho ya había sido reconocido con carácter más general por el artículo 15 de la Ley Catalana 19/2002 de 5 de julio, sobre derechos reales de garantía; y en el segundo punto hemos de aceptar que más que prenda lo que hay es un **híbrido**, “*which resembles and behaves like a title transfer arrangement while the securities are «in use»*” (MORTON, “*Modernization*, *cit* pag. 31 y otras consideraciones en pag. 19).

³⁷ Debe subrayarse el antiformalismo que preside la Directiva, el cual la lleva a proscribir que se supedite la ejecución de la garantía a cualquier (a) notificación, (b) aprobación de sus cláusulas por un tribunal, funcionario u otra persona, (c) uso de subasta pública o modo similar, (iv) períodos de espera (art. 4.4).

Mas, con todo, el mayor desvío (si puede llamarse así) de la nueva disciplina respecto de la tradicional se relaciona con el poder de apropiación de la cosa dada en penda. Dijimos al principio que el nuevo régimen no está desprovisto de tecnicismos (acabamos de aludir a la noción de “aplicación”, que puede ofrecernos otro ejemplo) pero también que la Directiva no se enreda en temas de calificación conceptual. Para entendernos, si yo soy un capitalista que quiere rentabilizar su dinero, puedo invertirlo en Repos, bien seguro de que si no me lo devuelven tengo la cobertura de la Deuda pública comprada; o, viceversa, puedo conseguir el dinero que necesito en un momento dado, sirviendo entonces la Deuda vendida como garantía. En definitiva supuestos de transmisión plena de la propiedad que funcionalmente no son muy distintos a un préstamo de valores con garantía de dinero (prenda irregular) o a un préstamo de efectivo garantizado con esos mismos instrumentos financieros. Y, en estas condiciones, puede ponerse en segundo plano la naturaleza jurídica de las respectivas instituciones para subrayar la similar función económica que desempeñan en la vida del tráfico; y, como quiera que en la práctica unas y otras operaciones son funcionalmente equivalentes, admitida en caso de simultaneas, dobles y repos la apropiación de la cosa por el *accipiens* puedo seguir la misma regla en el caso de la prenda. Ni más ni menos esto es lo que parece haber sancionado la Directiva, por lo que incluso se ha dicho que “*a este respecto debe tenerse en cuenta que la prohibición del pacto comisorio ha dejado de ser una regla de orden público en el Derecho español de garantías, desde el momento en que la (ya vencida) obligación de transponer la Directiva 2002/47/CE de Acuerdos de Garantía Financiera, nos conducirá casi irremediamente a la admisión masiva de negocios de garantía que por sí mismos realicen una función típicamente [igual o equiparable]*”³⁸.

No seré yo quien niegue a nuestro admirado especialista (y en mi caso buen amigo) el mérito de haber sabido identificar por dónde sopla el viento; aunque, con el mayor respeto, soy personalmente de la opinión de que ni siquiera en el mundo financiero ese desenlace se ha consumado. La Directiva que estamos estudiando establece, en primer lugar, que los Estados que vedan esa apropiación a fecha de 22 de junio de 2002 “*no estarán obligados a reconocerla*”; y, de otro lado, para que pueda tener lugar, ni siquiera será bastante haber pactado tal procedimiento, sino que se requiere imperativamente que dentro del acuerdo de garantía financiera prendaria las partes hayan convenido “*las modalidades de valoración de los instrumentos finan-*

³⁸ CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Cívitas, Madrid 2004, pag. 210. Para la caracterización general de la figura es suficiente consultar, PUIG FERRIOL, *Voz* “Pacto comisorio”, en *EJB*, pag. 4709.

cieros” (que nuestro Derecho reduce, *ex* Artículo Undécimo RD-Ley a sólo valores negociables) Y así debe ser, por cuanto ya quedó dicho que intentan evitarse fraudes y por eso la Directiva quiere que “*la ejecución o valoración de la garantía [...] y el cálculo de las obligaciones financieras principales se lleven a cabo de una manera comercialmente correcta*” (art.4 del texto europeo) poniendo luego en su caso a disposición del garante lo que llama ella “el excedente” (Considerando 9) y nuestro texto “el sobrante” (Artículo Decimotercero). De hecho todo este conjunto de prudentes cautelas mejora de modo sensible la situación antecedente de nuestro Derecho positivo, donde sin ninguna derogación clara de la prohibición del pacto comisorio, la Disposición Adicional Sexta tras la reforma sufrida por la LMV el año 1998 vino a tomar en consideración o que las partes acordasen (para constituir) o las normas de ordenación de los mercados dispusieran (para ejecutar) una prenda; porque con anterioridad cabía *de facto* llegar a resultado muy similar a la apropiación de los valores siendo el primero en “pinchar” cuando los pignorados se ponían a la venta en el mercado (o esperando a que el precio fuera más barato) dado que ni antes ni ahora el procedimiento requería emplazamiento de la otra parte. Como era el propio acreedor quien instaba la ejecución de la garantía y también la persona que casi conocía mejor su valor, más de una vez podía aprovechar en propio beneficio (sin generar excedentes pecuniarios retornables) el procedimiento informático que en los mercados electrónicos permite cerrar el contrato³⁹. De manera que, a nuestro entender, el nuevo régimen es más justo, mientras no se demuestren otros abusos, y en lugar de considerarlo como un modo de sortear la prohibición del pacto comisorio hay que entenderlo más bien como la aceptación positiva de la versión más presentable y dulcificada del mismo (acuerdos previos para llegar a una valoración justa de los bienes dados en garantía y susceptibles de apropiación) que acostumbra a designarse con el nombre de pacto “marciano”. Algo que, como ahora se entenderá mejor, no es cosa de extraterrestres, sino de gentes ecuanímes y previsoras⁴⁰.

Que a pesar de todo puedan llegar a cometerse abusos es algo a lo que no puede sustraerse mecanismo institucional ninguno, por equitativamente que

³⁹ En realidad cuando las normas hablan de **venta** como procedimiento de ejecución de la garantía (art. 4.1, *a* de la Directiva y Artículo Undécimo de nuestro Decreto-Ley), parece que en lo que están pensando, es en la realizada en bolsa o mercado, puesto que han descartado la notarial o judicial en pública subasta (por lo que ya se apuntó en nota 36).

⁴⁰ En su aceptación concuerda la doctrina mayoritaria española anterior al nuevo régimen, empezando por el propio CARRASCO (juntamente con CORDERO LOBATO Y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, pags. 1.063-1.064, así como previamente en nota 35 de la 847) y aún antes FELIU REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Civitas, Madrid 1995, pag. 88 y luego otras muchas referencias en notas 167 y ss.

esté diseñado. Y lo mismo cabe decir respecto de la **compensación y aplicación**, para referirnos, en fin, a los dos últimos entre los procedimientos de ejecución de la prenda previstos en la Directiva, procedimientos que no me parecen especialmente problemáticos si hablamos de “efectivo” pero que podrían violar la prohibición del pacto comisorio en caso de instrumentos financieros cuando se compensen o “apliquen” por un importe inferior al que les corresponde con el fin de cancelar —como dice el Artículo Undécimo 2, a de DL 5/2005— “*las obligaciones financieras principales*”. Salvado tal escollo, siendo el garante y el beneficiario recíprocamente acreedores y deudores no se ve por qué no habría de aceptarse la compensación, por lo menos si nos olvidamos del concurso, al que me referiré después. Si esa reciprocidad no concurre (v.g. si la garantía financiera la otorgó un tercero) no habrá lugar a la compensación, pero podrá el beneficiario destinar el dinero o los valores ajenos a saldar la obligación principal incumplida, cosa que parece aceptar la doctrina española a propósito de la ejecución de la prenda de créditos⁴¹.

VIII. NETTING Y TRATAMIENTO DE LAS GARANTÍAS FINANCIERAS EN CASO DE INSOLVENCIA

Hay que ocuparse de ambas cosas aun cuando la Directiva sobre garantías no entra demasiado en el tema de *netting*, seguramente porque es materia que corresponde a aquella otra que se ocupa de la firmeza de los sistemas de pago y liquidación. En realidad ese llamado “neteo” es figura polivalente que abarca el llamado “de pago” (pacto de liquidación por saldos o diferencias), el denominado “de novación” (extinción de todas las operaciones pre-existentes interpartes, convertidas tras su confrontación en una sola obligación nueva, que además sería la única exigible) y el llamado *close-out* que incluye la posibilidad adelantar dicha exigibilidad. En sus Definiciones (art. 2.1.n), la Directiva contempla esa posibilidad de acelerar el vencimiento de obligaciones para después compensarlas, entendiéndose que podría ser un supuesto de origen convencional o legal. Pero además la Directiva quiere (y así lo proclama efectivamente su art. 7) que, cuando falte reconocimiento positivo de semejante adelanto dentro de algún ordenamiento, los Estados Miembros se lo otorguen en el sector que nos ocupa a las cláusulas contenidas en los acuerdos por eso mismo llamados de **compensación exigible anticipadamente**, sin supeditarlos a formalidad alguna y sin que eventuales ejecuciones singula-

⁴¹ Conformes CARRASCO, CORDERO LOBATO y MARTÍN LÓPEZ, *Ob.* últimamente cit. pag. 890.

res (es decir, embargos u otras afectaciones o posibles trabas del bien) o procedimientos universales (de liquidación o saneamiento) seguidos tanto contra el garante como contra el beneficiario de la garantía impidan conseguir esos efectos. Y es justamente eso lo que ha venido a asegurar el Decreto-Ley español que regula el asunto como un supuesto de ejecución (el vencimiento anticipado permite liquidar lo que de otro modo no sería exigible) y además tratándolo como caso compensación de origen convencional en base a un “*hecho pactado por las partes*” (Artículo undécimo), es decir, en base a un arreglo privado cuya debilidad congénita la norma viene a suplir ahora con su mayor fuerza. Por este lado, aparece una vez más la configuración privilegiada de una prerrogativa, cuyas primeras manifestaciones entre nosotros tuvo ocasión de apuntar yo mismo algunos años atrás⁴².

Desde entonces puede decirse que el estatuto jurídico de las garantías financieras ha venido a “blindarse” progresivamente frente a situaciones de quiebra; y, aunque es un tema que por sí mismo merecería un estudio monográfico que ahora nosotros no podemos dedicarle, hemos de aludir cuando menos a las principales reglas del concurso que el régimen privilegiado de esas garantías viene a exceptuar. Son las siguientes:

Primero de todo la llamada *Zero hour Rule*, de manera tal que los acuerdos de garantía financiera y las propias garantías prestadas no podrán rescindirse ni declararse nulas **exclusivamente** por haberse convenido a la fecha de su declaración, durante el llamado periodo “sospechoso” o incluso posteriormente si el beneficiario de la garantía puede probar que no conocía ni pudo conocer la puesta en marcha del procedimiento (art. 8.1 y 2 de la Directiva y números 1 y 2 del Artículo 15 del Decreto-Ley español). Recuérdese que nuestro Derecho ha suprimido la retroacción, pero no impide el ejercicio de acciones de reintegración, consideradas remedio mejor para conseguir los fines de protección que inspira la disciplina concursal⁴³. Quiere decirse que si a mayores —que no “exclusivamente”— concurren otros motivos de impugnación (error, fraude de acreedores) el blindaje decae.

El artículo 71.3 LC presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial a efectos de esa reintegración en caso de “2.º *La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas con-*

⁴² Cfr. mi trabajo “La Sociedad anónima y el Mercado (Observaciones al paso de una reforma indebida), 14, *RdS*, 2000, pag. 13 y ss. recordando nuestra doctrina pionera sobre el asunto (IGLESIAS, J.L. y J. MASSAGUER, “Acerca de determinados efectos de los acuerdos de compensación contractual o acuerdos de netting”, *RDM*, 1999, pag. 127 y ss.).

⁴³ Cfr. LEÓN, F., “Acciones de reintegración (art. 71)” en Rojo-Beltrán *Comentario de la Ley Concursal*, Tom. 1, Madrid 2004, pag. 1305.

traídas en sustitución de aquellas”, lo que si la validez o nulidad de las sobrevenidas dependiera **solamente** del momento de constituir las pondría en peligro la aceptación de las complementarias o derivadas de la obligación de reponer las equivalentes tras el ejercicio o de los derechos de disposición o sustitución. Una anulación que, salvo que concurren otras causas substanciales, no será posible ahora por efecto del Artículo 15.3 RDL español que incorpora la solución acogida en el 8.3 de la Directiva, cuando exige de los Estados Miembro la protección del derecho de sustitución incluso frente al concurso⁴⁴.

En contra del artículo 56 de la LC que paraliza la ejecución de garantías reales, el 4.5 de la Directiva permite que las de índole financieras se ejecuten según lo acordado por las partes y, entre nosotros, de conformidad con lo previsto en el artículo 15.4 RDL que ha venido a ampliar por causa de su mayor ámbito de aplicación el *superprivilegio* que suponía el derecho de ejecución separada reconocido anteriormente por normas diversas —que ahora no es el caso de puntualizar y que motivaron la incorporación de una Disposición Adicional 2.^a en la LC— a favor del Banco de España, otros Bancos nacionales de la Unión, el Central Europeo y también a favor de la Sociedad de Sistemas que liquida las operaciones bursátiles y sobre Duda Pública anotada.

No me detendré ya en otros temas de concordancia y discordancia entre normas concursales generales y especiales, con viajes de ida y vuelta en plazos brevísimos. Es el caso de la Disposición Final Tercera de la Ley 6/2005, de 22 de abril sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito que ha venido a modificar la referida Adicional 2.^a LC y además en sentido contrario al Real Decreto Ley que venimos estudiando, el cual por cierto silencia como pieza digna de formar parte de la lista al “recomponer” la que va a considerarse como legislación concursal especial, mientras que por el camino resucita algunas de las disposiciones que ese RDL había derogado.

Nuestra pregunta del principio sigue en pie y es hora de contestarla y recapitular. El incumplimiento y aun el retraso en la ejecución de las obligaciones no sólo es perjudicial para el acreedor que sufre la demora o ve insatisfecho su crédito sino que perjudica también a los deudores que, como consecuencia de esa situación, han de sufrir el encarecimiento de los servicios que demandan. Por eso la eficiencia económica, hoy tan glorificada, es ciertamente importante. Cuando los servicios en cuestión son de índole financiera el incumplimiento de operaciones que generalmente se encuentran conca-

⁴⁴ MORTON, “Modernization, *cit.* pag. 34.

tenadas entre sí aumenta el riesgo de contagio. Y por eso también es más importante todavía la seguridad del mecanismo, a cuyo servicio se pone el régimen de garantías. Como mercantilista, y más específicamente como estudioso de los mercados de valores y de las instituciones financieras siento un temor reverencial ante el llamado riesgo sistémico. En ese mundo la **parte más débil** no siempre es el ciudadano de a pie, sino la coherencia misma del modelo regulatorio que ha de evitar la crisis del sistema general de pagos, cuyo colapso nos arruinaría a todos. De manera que por principio no estoy en contra de reforzar las garantías; pero si en la dialéctica entre seguridad y rentabilidad la forma de conseguir que los grandes operadores económicos no mantengan recursos improductivos pasa por rebajar los derechos de quienes aportan el dinero con los que se sostiene su actividad tampoco tengo duda que es de mejor condición el prestamista de bienes ajenos que el dueño de los mismos. Los acuerdos de compensación contractual blindados contra la quiebra no son únicamente los que amparan operaciones entre grandes operadores que participan directamente en aquel sistema público de pagos, sino también los que personas jurídicas ordinarias e inclusive algunas físicas tienen que acordar con los intermediarios financieros que les procuran crédito⁴⁵. Por otro lado, que el deudor aportante de garantía mediante instrumento financiero no fungible no sea *id quod plerumque accidit* tampoco significa que sea un sujeto imaginario y pueda llegar a existir más de uno impedido de recuperarlo en caso de insolvencia del beneficiario de esa garantía. Para mi gusto, más allá de ejemplos semejantes, la forma en que nuestro ordenamiento ha incorporado la Directiva incluye un reconocimiento muy generoso de la autonomía de la voluntad, poderes de autotutela a veces intranquilizadores y casos de transformación de prerrogativas reales en derechos personales no siempre justificados desde la protección del sistema general de pagos. Y, lo que es más inquietante no siempre por descuido o ignorancia: “*En este proceso —nos dirá el punto II de la EM del RDL—, es fundamental no sólo transponer adecuadamente las Directivas comunitarias que armonizan las legislaciones nacionales de los Estados miembros [cosa que no se ha hecho], sino también eliminar aquellos requisitos, trabas o costes que puedan perjudicar la competitividad del sector financiero [lo que se ha procurado con algún exceso]. Esta labor debe ser llevada a cabo preservando la seguridad jurídica necesaria para garantizar la confianza de los inversores en los mercados financieros*”. Ojalá que así sea. Por fortuna, la propia Directiva —si

⁴⁵ No se olvide que si el peligro de contagio y el llamado riesgo sistémico son siempre amenaza segura cuando la quiebra es de un banco no sucede necesariamente lo mismo en la crisis de una casa de valores u otras empresas financieras, según he recordado yo mismo (“La protección del inversor y el Fondo de Garantía de inversiones”, 75, *RDBB*, 1999, p. 111 y ss.).

cumple lo prometido— va a encargarse de ello; pues, a más tardar el 27 de diciembre de este año 2006, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe dando cuenta de la experiencia conseguida tras su aplicación, en especial “*del apartado 3 de su artículo 1, del apartado 3 de su artículo 4 y de su artículo 5, junto con las propuestas de revisión oportunas*”. Los apartados y textos referidos son los que se refieren al ámbito de aplicación de la Directiva *ratione personae*, a la facultad de los Estados de no aceptar la apropiación del objeto de la prenda y también del precepto que consagra el derecho a utilizarla. No es poca cosa.

Salamanca, primero de junio de 2006

**LA EFICACIA DE LAS GARANTÍAS REALES
TRAS LA L.G.T.-2003 Y R.G.R.-2005.
COORDINACIÓN EN LA EJECUCIÓN**

José M.^a Lago Montero
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. OBJETO DEL TRABAJO. ANÁLISIS DE PROBLEMAS DE COORDINACIÓN TRAS LA L.G.T.-2003 Y R.G.R.-2005 EN MATERIA DE EFICACIA Y EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES. LAS GARANTÍAS REALES COMO RESPUESTA A LA INSUFICIENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL, DE LA POTESTAD EJECUTIVA Y DE LA PRELACIÓN PARA EL COBRO EN LA TUTELA DEL CRÉDITO TRIBUTARIO.— II. LA MEJORA EN LA SISTEMATIZACIÓN DE PRESTACIONES Y SUJETOS DE LAS OBLIGACIONES Y DEBERES TRIBUTARIOS. LAGUNAS EN EL CATÁLOGO: GARANTÍAS Y GARANTES. LA AUSENCIA DEL GARANTE REAL. EL DIFÍCIL CONCEPTO DE RELACIÓN JURÍDICA COMPLEJA. INSUFICIENCIA DE LAS REFORMAS RESPECTO DEL CONTRIBUYENTE, EL SUCESOR Y EL DEUDOR SOLIDARIO.—III. LAS RELACIONES ENTRE GARANTÍAS PERSONALES Y REALES. LA PRECEDENCIA DEL AVALISTA Y DEL RESPONSABLE SOLIDARIO RESPECTO DEL GARANTE REAL. LA INAPROPIADA DENOMINACIÓN DE RESPONSABLE “SOLIDARIO”. IMPRECISIONES EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS GARANTÍAS PERSONALES DEL CRÉDITO TRIBUTARIO. FALTA DE FIJACIÓN DEL DAÑO CON CULPA COMO REQUISITO PARA LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD. INCONCRECIÓN EN CUANTO AL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESTACIONES ACCESORIAS. LA CONFUSIÓN RESPONSABLE-GARANTE Y RESPONSABLE-INFRACTOR. LA AFECCIÓN REAL DE BIENES AL PAGO DE TRIBUTOS COMO ERRÓNEO SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. LA SUCESIÓN EN LA TITULARIDAD DE EXPLOTACIONES ECONÓMICAS COMO ACERTADO SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD.— IV. ASISTEMÁTICA Y DESATENCIÓN EN EL TRATAMIENTO DE LAS GARANTÍAS REALES DEL CRÉDITO TRIBUTARIO. NECESARIA DIFERENCIACIÓN ENTRE BIENES DENTRO Y FUERA DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR. LA DESCOORDINACIÓN CON LA LEGISLACIÓN CONCURSAL. LAS INCERTIDUMBRES EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO A SEGUIR POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA EN CASO DE CONCURSO.—V. DEFECTOS DE REDACCIÓN Y OPERATIVIDAD EN EL ARTÍCULO 77 L.G.T.-2003. LA CONJUNCIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL Y LA POTESTAD EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. PRE-

LACIÓN RELATIVA DE ÁMBITO OSCURO, NO ESCLARECIDO POR LAS REFORMAS RECIENTES, DEL DERECHO DE PRELACIÓN GENERAL O PRIVILEGIO GENERAL SOBRE BIENES MUEBLES E INMUEBLES DEL ARTÍCULO 71 L.G.T.-1963. EL POLÉMICO PAPEL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. EL DILUIDO CARÁCTER REAL DE ESTA GARANTÍA: NO CONFIERE AL CRÉDITO EL CARÁCTER DE ESPECIALMENTE PRIVILEGIADO EN CASO DE CONCURSO, QUE SÍ TENDRÍA DE HABERSE PRACTICADO EMBARGO EJECUTIVO POR LA HACIENDA PÚBLICA CON ANTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.—VI. LA HIPOTECA LEGAL TÁCITA, ¿“SUPERADA” POR LA AFECCIÓN DE BIENES AL PAGO DEL I.B.I.? DEL PRIVILEGIO O PRELACIÓN ESPECIAL SOBRE BIENES MUEBLES E INMUEBLES DEL ARTÍCULO 73 L.G.T.-1963 Y 78 L.G.T.-2003, AL ARTÍCULO 76 L.H.L.-1988 Y 64 T.R.L.H.L.-2004. EL CRÉDITO ESPECIALMENTE PRIVILEGIADO EN CASO DE CONCURSO DE MANERA INDUBITADA.—VII. AFECCIÓN GENERAL Y AFECCIONES ESPECIALES EN EL ARTÍCULO 79 L.G.T.-2003. DERECHOS REALES DE NATURALEZA HIPOTECARIA, TÁCITOS Y EXPRESOS. TIBIEZA LEGISLATIVA PERENNE EN LA CONFIGURACIÓN DEL POSEEDOR DE BIENES AFECTOS POR LEY AL PAGO DE LA DEUDA, EL GARANTE REAL. CRÉDITO ESPECIALMENTE PRIVILEGIADO EN CASO DE CONCURSO, CON ANOTACIÓN O SIN ELLA. EL NUNCA BIEN ACLARADO JUEGO DE LA ANOTACIÓN MARGINAL EN EL REGISTRO: SU INCIDENCIA EN LA NATURALEZA Y EFICACIA DE ESTAS GARANTÍAS.—VIII. GARANTÍAS REALES VOLUNTARIAS PARA EL CASO DE APLAZAMIENTO O SUSPENSIÓN, ALTERNATIVAS AL HIPERREFERIDO AVAL. LA INEXISTENCIA DE ESPECIALIDADES EN LAS DENOMINADAS HIPOTECAS ESPECIALES. EL INDUDABLE CARÁCTER PRIVILEGIADO DEL CRÉDITO ASÍ GARANTIZADO EN CASO DE CONCURSO.—IX. LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES, SUSTITUTIVAS O COADYUVANTES DE LAS GARANTÍAS REALES. EL DERECHO DE RETENCIÓN, AUXILIAR DE OTRAS GARANTÍAS REALES, DENTRO Y FUERA DEL CONCURSO. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PROCEDIMENTALES AL SERVICIO DE LA EJECUCIÓN DEL CRÉDITO JUNTAMENTE CON LAS GARANTÍAS REALES: 1. El derecho de retención, auxiliar de otras garantías reales dentro y fuera del concurso; 2. Otras medidas cautelares procedimentales, al servicio de la ejecución del crédito juntamente con las garantías reales.—EPÍLOGOS: A. Hacia una mejor ordenación de la ejecución del crédito tributario y de sus garantías reales. Interpretación sistemática y reformas necesarias en los artículos 168 L.G.T. y 74 R.G.R. para resolver problemas pendientes; B. Aclaraciones sobre la incidencia de la declaración de concurso en la ejecución de los créditos tributarios con garantía real: Las Administraciones Tributarias como acreedoras no tan privilegiadas en la nueva Legislación concursal. La prevalencia de los mandatos de la Ley 22/2003 sobre los mandatos de la L.G.T.-2003 en caso de conflicto, una vez declarado el concurso. La parálisis de las ejecuciones singulares y la competencia del Juez del concurso, que no de la Administración Tributaria, para autorizar su iniciación o continuación, también en el supuesto de créditos tributarios asegurados con garantía real. La distinción entre bienes afectos y no afectos al ejercicio de la actividad.

I. OBJETO DEL TRABAJO: ANÁLISIS DE PROBLEMAS DE COORDINACIÓN TRAS LA L.G.T.-2003 Y R.G.R.-2005 EN MATERIA DE EFICACIA Y EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES. LAS GARANTÍAS REALES COMO RESPUESTA A LA INSUFICIENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL, DE LA POTESTAD EJECUTIVA Y DE LA PRELACIÓN PARA EL COBRO EN LA TUTELA DEL CRÉDITO TRIBUTARIO ¹

Como es sabido, las garantías en sentido amplio abarcan todas las medidas que, de alguna manera, refuerzan la efectividad del crédito tributario. Así, todas las potestades, privilegios o derechos que, sin ser esenciales al propio crédito, son otorgados por la Ley a la Administración Tributaria con el fin de facilitar y asegurar la satisfacción del interés del acreedor, son denominadas, en el más amplio de los sentidos, garantías del crédito, en nuestro caso, tributario. Es conocida la apreciación en este sentido de buena parte de los autores, para quienes, si bien se miran las cosas, todas las instituciones del Derecho Tributario son garantistas ². El Derecho Tributario está plagado de institutos que, en el sentido amplio apuntado, podrían considerarse garantías del crédito: El interés de demora reforzado y ajeno al interés de demora ordinario del que tantas veces ha hecho uso la legislación; los recargos por ingresos fuera de plazo, que agravan aún más el resarcimiento por el retraso propio del interés de demora; el ejercicio de la potestad sancionadora solo puede

¹ Agradezco a los organizadores del *Seminario sobre Garantías del crédito e Historia de la Propiedad* organizado por la Universidad de Salamanca y el Colegio de Registradores de la Propiedad, del 31 de mayo al 2 de junio de 2006, en el aula Unamuno de nuestro Estudio, al que tuve el honor de ser invitado como ponente, la oportunidad que me han brindado de compartir reflexiones con ilustres civilistas, mercantilistas, procesalistas e historiadores, sobre un tema al que me he acercado de diversas maneras en otros momentos, quedando siempre, como ahora, sólo parcialmente satisfecho. Trataré de ahondar en el planteamiento entonces realizado, consciente de que estamos en un pozo inagotable de problemas, que la L.G.T.-2003 y el R.G.R.-2005, amén de la legislación concursal, obligan a abordar. Pese a la existencia de estupendos estudios monográficos publicados en estos últimos años, ya aparecen problemas nuevos, junto a los tradicionales sólo parcialmente resueltos, a los que enfrentarse.

² Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, M.: *Ordenamiento Tributario Español I*, Civitas, Madrid, 1985; en sentido semejante FERREIRO LAPATZA, J.J.: *Curso de Derecho Financiero Español*, 26.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2006; y GONZÁLEZ GARCÍA, E.-LEJEUNE VALCARCEL, E.: *Derecho Tributario*, I, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 2001. Pero en sentido estricto no se habla de garantía más que cuando se sujeta un nuevo patrimonio al cumplimiento de una obligación, bien sea el de un nuevo deudor, bien sea una cosa quien quiera que la detente. Especialmente estricto si cabe es el concepto de garantía en este último caso: una cosa está sujeta al cumplimiento de una obligación. El legislador utiliza a tal fin instituciones que guardan grandes similitudes aunque no sean idénticas: Hipotecas o afecciones, legales o voluntarias, tácitas o expresas, que participan de un denominador común: la cosa queda trabada, cual si estuviera embargada, para que el acreedor cobre con el producto de su enajenación si la deuda no se paga voluntariamente por el deudor.

explicarse en buena parte de los casos bajo el prisma del aseguramiento de la recaudación; los privilegios de la ejecutividad y ejecutoriedad del crédito tributario, al servicio de la pronta y eficaz recaudación, incluso por la vía de apremio, de los débitos no ingresados voluntariamente; la profusa regulación de los deberes formales, crecientes en materia de información, al servicio del conocimiento de la existencia y la cuantía de deudas y deudores; en fin, todos los procedimientos administrativos tributarios, inquisitivos y de oficio, en la medida en que se alejan de los principios garantistas del administrado en el procedimiento administrativo común para proteger mejor la satisfacción del crédito tributario.

Sin perder de vista este concepto amplio, utilizaremos uno más restringido de garantía para centrar el objeto de nuestro análisis, que trata de detectar y resolver problemas de coordinación en la ejecución de las diversas garantías, cuya superposición y solapamiento confunde con frecuencia a los operadores jurídicos acerca de la operatividad de cada una de ellas, pero su estudio monográfico no nos corresponde realizar ahora. Y ello partiendo de la base de que la Hacienda Pública no se fía de las numerosas garantías que la legislación común establece en favor de los acreedores de todo tipo y condición (Legislación Hipotecaria y Código Civil fundamentalmente). Como señalara hace ya años un tratadista señero del tema³, la Hacienda necesita

³ Así, Federico BAS Y RIVAS *-Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960; acertado planteamiento general en BAYONA DE PEROGORDO, J.J.-SOLER ROCH, M.T.: *Derecho Financiero*, II, Librería Compas, Alicante, 1989. No es nítida la distinción entre la garantía propiamente dicha y el privilegio, material, procedimental o procesal. A mi entender, el privilegio es una figura más amplia, identificable allí donde el acreedor goza de una posición mejor que la que es propia del derecho común. Dentro del ancho campo de los privilegios, sobresale, por su conexión con las garantías reales, la potestad de ejecución de las Administraciones Públicas, y con ellas de la Administración Tributaria, que le permite apremiar, embargar y enajenar los bienes del deudor incumplidor en un procedimiento ejecutivo enteramente administrativo, que se inicia y sustancia, en la generalidad de los casos, sin intervención judicial. Si a ello añadimos, y no olvidamos, que ese deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones, también tributarias, con todos sus bienes presentes y futuros, ex artículo 1911 C.C., se comprenderá que el crédito tributario está bastante bien asegurado mientras el deudor es solvente y tenga bienes en su patrimonio. Pero cuando falla su solvencia y/o salen sus bienes de su patrimonio, no basta, evidentemente, con la responsabilidad patrimonial universal unida a la potestad ejecutiva administrativa para asegurar que Hacienda, las haciendas estatal, autonómicas o locales, cobren sus créditos tributarios. Ahí entra en juego, primero, otro privilegio, el de cobrar preferentemente a otros acreedores, cuando concurren varios a ejecutar singularmente el patrimonio del deudor, y éste no tenga solvencia para todos —artículo 77 L.G.T.-2003—. Y después, las garantías reales, encaminadas todas a sujetar bienes al cumplimiento de obligaciones, sean cuales sean los poseedores de los mismos, visto que pueden desaparecer del patrimonio del deudor, también para que el acreedor tributario cobre antes que ningún otro. Ni que decir tiene que el entramado de protecciones del crédito se completa con una buena gama de garantías personales, ex lege y ex contractu, amén de procedimentales, que sin llegar a permitir la reipersecutoriedad, la facilitan en alguna medida como iremos viendo más adelante.

garantías... pero todas le parecen pocas. Así, en un sentido estricto serían garantías aquellas medidas que añaden al crédito tributario algo que *per se* no tiene, un plus de seguridad para el acreedor, un nuevo patrimonio que perseguir. Se crea así una relación jurídica subordinada, accesoria, autónoma de la relación jurídica principal, y *ex lege*⁴. No cabe hablar de garantía cuando no hay autonomía. O dicho de otra manera, cuando los bienes están en el patrimonio del deudor, las medidas que se adoptan para trabarlos y asegurar el cobro no son fruto, en rigor, del ejercicio de ninguna garantía en sentido técnico. Son, a mi entender, aplicación de la responsabilidad patrimonial universal que todo deudor, también el tributario, tiene frente a su acreedor ex artículo 1911 C.C. —cuestión ésta que parecen olvidar con alguna frecuencia legisladores, reglamentadores, comentaristas y aplicadores de los tributos—: El embargo ejecutivo de bienes del deudor es fruto de una potestad inherente al crédito tributario, del privilegio de la ejecutividad y ejecutoriedad que disfruta la Administración Tributaria acreedora, que surte los efectos de una garantía real, aunque en rigor no lo sea y pueda solaparse con ella⁵. La Administración Tributaria apremia, embarga, enajena y cobra en un procedimiento ejecutivo administrativo porque el crédito tributario es un crédito de derecho público, asistido por el privilegio de la ejecutividad y de la ejecutoriedad, no porque disfrute el acreedor en ese caso de una garantía real en sentido técnico, aunque pueda existir superpuesta, mientras los bienes se encuentran en el patrimonio del deudor. Y máxime protegido como está el crédito tributario

⁴ Cfr. RODRÍGUEZ BEREJO, A.: “Las garantías del crédito tributario”, en *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 301981; y CALVO ORTEGA, R.: *Curso de Derecho Financiero*, I, Civitas, Madrid, 2004. Apenas se discuten ya en la doctrina estos caracteres de una garantía tributaria para serlo técnicamente. Únicamente difiere la intensidad que se predica de unos y otros. No hay garantía en ausencia de una obligación principal a garantizar, siquiera sea en ciernes. La garantía puede nacer preventivamente antes que la obligación principal, pero no existe si ésta desaparece. Ello no obstante, conforma una obligación distinta de la garantizada, con su propio presupuesto de hecho, contenido, función y sujeto, que pueden coincidir o no con el de la obligación principal garantizada. La garantía, aunque pueda constituirse voluntariamente, ex contractu, ha de estar prevista por la ley, que disciplinará su régimen jurídico. A mi juicio, no toda preferencia o prelación para el cobro implica garantía real. Pero difícilmente se encontrará una garantía real que no conlleve preferencia para el cobro. Además, ésta para serlo, ha de permitir la persecución de la cosa hasta su enajenación, aunque no toda la doctrina es conforme con esta idea, pues para algunos autores basta que permita su neutralización.

⁵ Que el embargo ejecutivo traba bienes con análoga eficacia a la que es propia de las garantías reales, es indiscutido en la doctrina procesal y civil, que hace suya la tributaria. Cfr. SOPENA GIL, J.: *El embargo de dinero por deudas tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, en seguimiento de las posiciones de CARNELUTTI, F.: *Instituciones del proceso civil*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, acerca del embargo, como conjunto de actividades cuya esencia consiste en afectar bienes concretos del patrimonio del deudor a una concreta ejecución frente a él despachada. Acto procesal o procedimental consistente de la determinación de los bienes que quedan trabados, que han de ser objeto de realización forzosa al objeto de dar cumplimiento coactivo a la obligación insatisfecha voluntariamente.

con el privilegio del cobro preferente frente a cualquier otro acreedor que concurra a ejecutar los mismos bienes del deudor, en los términos que veremos más adelante ⁶.

El espacio operativo auténtico de las garantías reales comienza, pues, cuando los bienes salen del patrimonio del deudor o se tornan insuficientes para atender al pago de todas sus obligaciones. Ahí es cuando entran en juego, en su caso, las distintas medidas que el ordenamiento jurídico ofrece a la Hacienda Pública para trabar bienes. El embargo ejecutivo es inoperante sobre bienes que no sean del deudor. Como veremos enseguida, el adquirente de bienes embargados antes de su adquisición ha de pechar con el embargo; pero el adquirente de bienes no embargados no pecha con el embargo posterior a su adquisición. Cuando los bienes salen del patrimonio del deudor o éste se vuelve insolvente, siquiera sea parcialmente, a la Administración Tributaria ya no le bastan ni la responsabilidad patrimonial universal, ni la potestad de ejecutar administrativamente, ni el derecho al cobro preferente en una hipotética ejecución. De no estar garantizado el crédito personal o realmente, el cobro será dificultoso en ausencia de bienes del deudor. De ahí que nuestra Ley General Tributaria haya ofrecido siempre una regulación de las garantías del crédito tributario basada en la desconfianza en la responsabilidad patrimonial universal, en la desconfianza en sus propias potestades administrativas ejecutivas y en la desconfianza en su propio derecho de prelación para el cobro, que no es, como veremos, ilimitado. Instituciones todas que privilegian al acreedor tributario para el cobro y que son francamente operativas mientras el deudor tiene bienes suficientes que perseguir...

La regulación que ha ofrecido nuestra Ley General Tributaria de 1963 en los artículos 71 a 76 —sección 5.ª del capítulo V, Título II— pecaba de añeja e inoperante. Como se ha explicado en la doctrina ⁷ “ni todas las garantías

⁶ GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales*, Aranzadi, Pamplona, 2000, explica con acierto que el privilegio de cobro preferente ex artículo 77 L.G.T.-2003 no es una garantía personal ni procedimental, es una cualidad del crédito tributario por mor de la cual el acreedor tiene derecho a cobrar antes que otros. Sólo opera en el seno de un procedimiento o proceso recaudatorio, en el que se plantee concurrencia de acreedores, como veremos más adelante. Este privilegio no amplía el ámbito objetivo de la responsabilidad patrimonial universal, pero lo refuerza. No sujeta bienes, pero permite el cobro preferente sobre ellos. Los bienes los traba el embargo o la garantía real. Pero el crédito tributario goza de preferencia para el cobro desde que se encuentra en descubierto, como veremos más adelante, vendido y no satisfecho.

⁷ Cfr. SIMÓN ACOSTA, E.: “La hipoteca legal tácita en garantía de deudas tributarias”, en *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, homenaje al profesor Sainz de Bujanda, II, IEF, Madrid, 1991. A la vista de estos preceptos cabría pensar que la economía española sigue siendo eminentemente agrícolá, vista la preocupación por la riqueza inmobiliaria, sus productos directos, ciertos o presuntos, su transmisión...Ni que decir tiene que la riqueza inmobiliaria sigue ocupando un lugar preferente en la atención de cualquier acreedor, también de las

están reguladas en los artículos 71 a 76 L.G.T. ni todas las potestades o derechos regulados por estos artículos son verdaderas garantías del cobro de la deuda tributaria”. Era de esperar, pues, que la nueva L.G.T.-2003 y el nuevo R.G.R.-2005 acometieran una reforma en profundidad de esta materia, que dotara de actualización y eficacia a las diversas garantías en sentido amplio y estricto, que la protección del crédito demanda en un sistema tributario del siglo XXI y de un país desarrollado, y no eminentemente agrícola, y que mejorara los problemas de coordinación detectados entre ellas. A verificar si ha sido así dedicaremos las páginas que siguen, no sin antes advertir de entrada que no tratamos de analizar exhaustivamente todas y cada una de las garantías sino de cotejar el acierto/desacuerdo de la L.G.T.-2003 en sus acciones y omisiones al abordar el tratamiento de esta materia, la de las garantías por excelencia que lo son las garantías reales. Ello no obstante, y sin ánimo de exhaustividad, dedicaremos atención a las relaciones que éstas guardan con las garantías personales y procedimentales, para cerrar el círculo de nuestra investigación. Todo ello desde el prisma de la eficacia y operatividad de las mismas a la hora de su ejecución, dentro y fuera del concurso, cuestión ésta en la juega un papel relevantísimo el desarrollo reglamentario que opera el R.G.R.-2005 y la nueva Ley 22/2003, Concursal. La ejecución de las garantías reales conecta ineludiblemente con la eficacia de las garantías personales así como de las medidas cautelares y procedimentales, por lo que las referencias a éstas se ceñirán a los problemas de eficacia y coordinación entre las mismas. El tratamiento irá presidido por el deseo de arrojar luz sobre los problemas que el nuevo marco normativo ha dejado sin resolver así como sobre los nuevos que van apareciendo.

Administraciones Tributarias. Riqueza que hoy día no se centraliza, desde luego, en el ámbito rural-agrario, salvo cuando es objeto de recalificaciones... También en la sociedad urbana, industrial y de servicios la riqueza inmobiliaria es objeto fácil de la constitución de garantías, de origen legal y nacimiento *ex lege* o *ex voluntate*, como alternativas o refuerzos, que no excepciones, a la responsabilidad patrimonial universal; y que no significan, correctamente entendidas, injerencias anómalas en el derecho de propiedad: la riqueza inmobiliaria es objeto natural de gravámenes desde el punto de vista estático y dinámico, gravámenes que las Administraciones Tributarias deben hacer efectivos sea quien sea el poseedor de los bienes. Cambios en la posesión no pueden acarrear ausencias de tributación, luego no comparto las críticas a la naturaleza supuestamente exorbitante de las garantías reales, de las que se hace eco ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *Las garantías reales*, Thompson-Civitas, Madrid, 2006: su injerencia en el derecho de propiedad es tan natural como la del tributo que se asienta en la riqueza inmobiliaria. Muy crítico con los defectos de sistemática, regulación de fondo y de procedimiento que ofrece nuestra venerable L.G.T., aún reformada, en este punto se muestra CASAS AGUDO, D.: “Algunas consideraciones sobre las garantías del crédito tributario a la luz de la nueva L.G.T.”, *Impuestos* n.º 5/2006, páginas 11-40. Ponderación en FALCÓN Y TELLA, R.: “Las garantías del crédito tributario: perspectivas de reforma”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública* n.º 215/1991. A nuestro juicio, se ha dejado pasar una oportunidad idónea para clarificar y armonizar el juego de las garantías reales del crédito tributario, dentro y fuera del concurso, y su relación con otras garantías personales y procedimentales.

II. LA MEJORA EN LA SISTEMATIZACIÓN DE PRESTACIONES Y SUJETOS DE LAS OBLIGACIONES Y DEBERES TRIBUTARIOS. LAGUNAS EN EL CATÁLOGO: GARANTÍAS Y GARANTES. LA AUSENCIA DEL GARANTE REAL. EL DIFÍCIL CONCEPTO DE RELACIÓN JURÍDICA COMPLEJA. INSUFICIENCIA DE LAS REFORMAS RESPECTO DEL CONTRIBUYENTE, EL SUCESOR Y EL DEUDOR SOLIDARIO

No cabe duda de que la sistematización de prestaciones y sujetos que se aborda en los artículos 17 a 29 y 35 a 43 L.G.T.-2003 mejora extraordinariamente la escuálida regulación que de esta materia se contenía en la L.G.T.-1963. Ello no obstante, el catálogo de unas y de otros sigue presentando alguna laguna, precisamente en el sector que ahora nos ocupa, las garantías. Están ausentes de la relación de prestaciones y sujetos las obligaciones a título de garantía y los sujetos de las mismas, particularmente cuando la relación jurídica que se constituye tiene carácter real, esto es, de auténtica y primigenia garantía. Cierto es que el legislador no las ignora, pero sigue confinándolas a un espacio al margen del que le es propio, como si nada tuvieran que ver con esa relación jurídica compleja de imprecisos contornos que se ha atrevido a definir en el artículo 17. A nuestro juicio, se hubiera ganado en seguridad jurídica, y en seguridad del crédito tributario, aclarando que los garantes también son sujetos de las prestaciones tributarias e inherentes a la aplicación de los tributos, que pueden serlo de obligaciones a cuenta, de garantías personales, y de garantías reales, al modo que hemos explicado en otro lugar⁸. El

⁸ Cfr. *La sujeción a los diversos deberes y obligaciones tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1998. El catálogo de prestaciones y sujetos que se incorpora a la L.G.T.-2003 sigue con fidelidad variable a algunas de las construcciones doctrinales elaboradas en los últimos años sobre la materia. Pueden cotejarse con nuestra muestra: 1.- La prestación tributaria material o principal; 2.- Las prestaciones cautelares: a.- La anticipación de ingresos; b.- Las garantías personales; c.- Las garantías reales; 3.- Las prestaciones accesorias; 4.- Las prestaciones formales; 5.- Las prestaciones entre administrados, cada una de ellas con sus sujetos pasivos: Particularmente sugestivo resulta el estudio del profesor CALVO ORTEGA, R.. *Las actividades de colaboración de los privados con la Administración Tributaria: en torno a un nuevo ordenamiento*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2006, que aísla de los obligados tributarios a los que llama Colaboradores de la Hacienda Pública, en concepto de sustitución, retención, repercusión e información. Explica que estamos ante prestaciones personales autónomas, que no son consecuencia del deber de contribuir, motivadas por la necesidad de mejorar la gestión, que demandan un régimen jurídico diferente al de la obligación tributaria y el contribuyente, basado en los principios de legalidad, subsidiaridad y proporcionalidad. Véase asimismo ESEVERRI MARTÍNEZ, E.: "Las posiciones subjetivas derivadas de la aplicación del tributo", *Estudios de Derecho y Hacienda en homenaje a Don César Albiñana García Quintana*, II, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987; HURTADO GONZÁLEZ, J.F.: "La recepción del concepto de 'obligado tributario' en la nueva L.G.T.", *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 122/2004; Id:

legislador no se ha atrevido a incorporar esta categoría en el elenco, quizá porque no la ha encontrado lo suficientemente clara, vistos los variados perfiles que las figuras garantistas presentan, y que iremos viendo a lo largo del trabajo. En los listados de obligaciones tributarias figuran las obligaciones a cuenta, que aparecen identificadas en la subsección 2.^a, de la sección 2.^a —las obligaciones tributarias— del capítulo primero del título segundo. Pero no aparecen allí las obligaciones a título de garantía personal ni real. En los listados de obligados tributarios aparecen los obligados a realizar ingresos a cuenta, recogidos fielmente en la sección primera del capítulo 2.^o Pero así como los responsables figuran en la sección 3.^a de ese mismo capítulo, no aparecen sin embargo por allí los garantes reales, tan obligados como aquéllos a responder, si bien solo con la cosa, en caso de impago del crédito tributario⁹.

“La nueva regulación de las situaciones jurídicas de los ciudadanos en la Ley 58/03, de 17 de diciembre, General Tributaria”, *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, I, Lex Nova, Valladolid, 2005; LÓPEZ MARTÍNEZ, J.: “Nuevo marco intersubjetivo. Análisis desde una perspectiva jurídico dogmática”, *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1997; SOLER ROCH, M.T.: “Notas sobre la configuración de las obligaciones y deberes tributarios con especial referencia al impuesto sobre la renta de las personas físicas”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 25/1980; y VILLARÍN LAGOS, M.: “Las obligaciones de la relación jurídico tributaria a cargo de los particulares”, *Información Fiscal* n.º 69/2005.

⁹ En definitiva, garantes personales, *ex lege* y *ex voluntate*, y garantes reales, también *ex lege* y *ex voluntate*, poseedores originarios o adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda —embargados, hipotecados, pignorados, depositados—, conforman categorías jurídico-subjetivas ausentes de la relación del artículo 35 L.G.T.-2003. Con ciertas pretensiones sistematizadoras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1999 —Ar. 8.639—, se adentra a declarar que “con el fin de garantizar, asegurar, reforzar, en suma conseguir que las obligaciones tributarias sean cumplidas, nuestro Derecho Tributario regula diversas instituciones que se pueden sistematizar del siguiente modo: a) Utilización de sujetos pasivos peculiares, que no existen en el Derecho privado, como son los sujetos sustitutos, con retención o sin ella, y los sujetos retenedores... b) Declaración legal de sujetos responsables solidarios o subsidiarios... c) Incorporación de diversas garantías... La justificación de estas entidades es la de vigorizar el crédito tributario, utilizando a tal efecto instituciones traídas del Derecho de obligaciones general...”. Pero de ahí no pasa en su afán sistematizador la jurisprudencia, sobre la que pesan notables vacilaciones a la hora de enfrentarse a los garantes reales. Cfr. S.S.T.S. de 9 de abril de 2003 —Ar. 3994—, 2 de octubre de 1997 —*Impuestos* n.º 5/1998— y 12 de julio de 1996 —Ar. 9081—, comentadas por CASAS AGUDO, D.: “Acercas del régimen jurídico del tercer adquirente de bienes afectos en la nueva L.G.T.”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 127/2005. Tampoco la doctrina civil ha ido muy lejos a la hora de configurar la situación jurídica subjetiva del garante real más que con pinceladas negativas: no es deudor, no es obligado frente al acreedor, no forma parte de la relación jurídica. Se trata, a nuestro juicio, de una categoría de garantía autónoma, con dos sujetos, el acreedor de la relación jurídica principal y el poseedor del bien que está gravado con un derecho real de garantía. Aquél disfruta de los poderes de reipersecutoriedad, inmediatidad y absolutividad —*erga omnes*—; éste, del deber de soportar la ejecución o pagar la deuda. Como explican Díez-Picazo, L.-Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil, Derecho de cosas...*, cit, páginas 47-49, los derechos reales, que no son *numerus clausus* en nuestro ordenamiento jurídico, sí lo son para los derechos reales de garantía: hace falta ley para crearlos pues excepcionan la *par conditio creditorum*. Existen allí donde hay sujeción *ex lege* de una cosa al cumplimiento de una obligación.

No es baladí la ubicación de un sujeto o de una prestación en un lugar o en otro. Tiene relevancia jurídica la correcta ubicación de uno u otra aquí o allá, esclarece u oscurece el papel de la figura en la práctica el catalogarla de uno u otro modo, o el no hacerlo de ninguna manera. De haberse ubicado al poseedor de bienes afectos como garante real que lo es, sujeto pasivo de una suerte de obligación de garantía real, de una prestación de soportar la ejecución de la cosa o bien realizar un pago de cuantía equivalente al de la prestación tributaria material o principal¹⁰, se habría evitado su lamentable confusión con el responsable subsidiario, a la que luego haremos referencia. También podrían haberse evitado cientos de pleitos, mal planteados todos, en torno a la necesidad de declarar fallido al deudor principal para poder derivar la acción a un garante real, que sólo responde con la cosa, con el bien afecto del que es poseedor, sin que ello le convierta en responsable, ni siquiera subsidiario. De ahí que, pese a su esfuerzo sistematizador, sea criticable por insuficiente el proceder del legislador del 2003, que ha dejado muchas lagunas por completar y, en cambio, se ha embarcado en la definición de un concepto abstruso y de escasa utilidad, el de relación jurídica compleja, con el que cree que tapa todos los huecos que denunciarnos y que no se ha atrevido a tapar antes debidamente. Tampoco se atiende por las normas tributarias el derecho de restitución del garante real. Se acuerda la L.G.T.-2003 de que lo tienen el sustituto y el responsable, y aún el comunitario y el deudor solidario en ocasiones, pero nada dicen ni del avalista *ex contractu*, ni del garante real *ex lege* o *ex contractu*, confiados en su resarcimiento a las disposiciones y procedimientos propios del derecho civil: doctrina del enriquecimiento injusto que postula que, sea el que sea quien haya pagado la deuda, termine soportándola en su pecunio el que la debía y

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Derecho de cosas...*, cit, páginas 32 y siguientes, han relativizado notablemente la distinción derechos reales-derechos obligacionales, sobre la base de que el poder directo e inmediato que se ejerce sobre la cosa tampoco caracteriza por completo la figura del derecho real. Entienden que en el fondo son criterios de política jurídica los que determinan que ciertas situaciones tengan o no eficacia erga omnes. Por ello, PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales. Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1989, página 4, defiende que una gran parte del contenido de las facultades y deberes que acompañan a los derechos reales “no puede seguir otro rumbo y otra dirección que la que es propia de una relación jurídica obligatoria”. Tampoco la doctrina tributaria ha ayudado demasiado a la ubicación correcta de este sujeto que lo es de una prestación inherente a la aplicación de los tributos. Pese a la proliferación de estudios sobre sujetos, prestaciones y garantías a que asistimos en los últimos años, sigue sin encajarse al garante real en el lugar que le corresponde: el de un sujeto de una prestación cautelar, obligado a soportar la ejecución de la cosa o bien a dar dinero por la cuantía de la obligación garantizada. La mayoría de los autores aciertan al negarle la condición de responsable, pero yerran, nublados por la insuficiencia de la letra de los preceptos, al negarle la condición de sujeto tributario. ¿Será que las cosas pueden ser sujetos de deberes y obligaciones, sin personas que las acompañen? Poco hemos avanzado desde que Hipólito ROSSY: *Procedimientos recaudatorios*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1972, intuyera la categoría del tercero fiscal, que no termina de rematarse.

no otro cualquiera... lo que conecta totalmente con nuestro principio de capacidad económica ¹¹.

Respecto a la virtualidad del concepto de relación jurídica compleja, es algo que excede del objeto de nuestro trabajo, pero no podemos dejar de sostener nuestro posicionamiento crítico respecto del confuso planteamiento del artículo 17 L.G.T.-2003: no existe, en rigor, una única relación jurídica originada por la aplicación de los tributos, sino tantas relaciones jurídicas como presupuestos de hecho se realicen, cada una de ellas con sus sujetos, contenidos y funciones; no existe una relación jurídica compleja de la que deriven derechos y obligaciones sino si acaso todo lo contrario: un sinfín de derechos y de obligaciones, un conjunto notable de relaciones jurídicas que nacen cada una de su presupuesto de hecho, y al conjunto de las cuales, si se desea, se puede denominar académicamente relación jurídica compleja. Pero esta denominación nada de claridad aporta al mundo tributario, esta supuesta relación jurídica compleja no preexiste a ninguna de las relaciones jurídicas concretas, luego nada puede derivar de ella, como erróneamente dice el precepto. Además, a nuestro juicio ni siquiera didácticamente tiene utilidad este macroconcepto de relación jurídica compleja, que por pretencioso y escasamente operativo bien pudiera haberse ahorrado el legislador. Para decir que el tributo no se agota en el hecho imponible, sino que existe un amplio conjunto de deberes y de obligaciones, y de sujetos obligados a cumplirlos, es innecesario resucitar el enterrado concepto de relación jurídica tan compleja como imprecisa ¹².

El legislador sigue manteniendo, a nuestro juicio con acierto, la discutida categoría de *contribuyente*, como sujeto pasivo obligado primero y principal de la obligación tributaria material. Echamos de menos, sin embargo, que, consecuentemente con su posición de centralidad insuprimible en el mundo de los sujetos pasivos, no haya aprovechado el legislador para precisar que,

¹¹ Para las acciones de restitución por parte de aquellos a quienes se derivó la acción recaudatoria, cfr. DELGADO GARCÍA, A.M.: *La derivación de responsabilidades en la recaudación de los tributos*, Marcial Pons, Madrid, 2000, páginas 298-307.

¹² El legislador de la L.G.T.-2003 ha recuperado torpemente la construcción menos brillante del maestro italiano Aquile Donato GIANNINI, que puede consultarse en sus *Instituciones de Derecho Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1957. Acertada explicación actualizada de la constelación de deberes y de obligaciones que componen la aplicación de los tributos en FERREIRO LAPATZA, J.J.: "Los sujetos pasivos de la obligación tributaria", *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 72/1991, y *Curso de Derecho Financiero Español*, 25.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2006. Sobre la obligación tributaria material o principal sigue siendo esclarecedor el estudio de VICENTE-ARCHE DOMINGO, F.: "Configuración jurídica de la obligación tributaria", *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública* n.º 25/1957; y sobre las demás obligaciones y deberes, sigue siendo válido el estudio ya clásico y ya citado de M.ª Teresa SOLER ROCH.

cuando la obligación deba ser satisfecha *prima facie* por otros sujetos, y éstos no hagan frente al pago de la misma, la Administración tiene el derecho de derivar la acción hacia el contribuyente, primer y principal obligado al pago, y titular de la capacidad económica, que no puede desentenderse del tributo porque existan a su lado o junto a él otros sujetos acompañándole. El contribuyente es insuprimible e irremplazable. Una cosa es que le acompañen, desplacen y precedan sustitutos y otra, completamente anómala, que le eliminen de la relación jurídica. No basta con establecer el derecho de reembolso del sustituto para cuando ésta satisface la prestación. Es preciso prever también que el sustituto no pague, articulando en la ley la derivación al contribuyente, primer y principal sujeto obligado ¹³.

Ha mejorado también sensiblemente con la L.G.T.-2003 el tratamiento a los *sucesores* del contribuyente, persona física o jurídica que desaparece, ocupando su misma posición en la relación jurídica que permanece idéntica, otro sujeto. La sucesión, tanto en las relaciones jurídicas materiales como en los procedimientos de aplicación de los tributos, deben disciplinarse enteramente por la ley, resultando todavía algo tímidas las mejoras introducidas por la L.G.T.-2003, respecto a las demandas doctrinales previas ¹⁴. No es ya sucesor, nunca lo fue, el adquirente intervivos de negocio que continúa en el ejercicio de la actividad y que por fin ha sido ubicado donde siempre debió estar, en el ámbito de los responsables y no de los sucesores, como veremos enseguida ¹⁵.

¹³ Esta laguna deja desprotegido el crédito tributario ante las interpretaciones literalistas que algunos operadores jurídicos realizan con frecuencia, entendiendo que allí donde existe el sustituto, se borra al contribuyente del escenario, incongruencia ésta conceptual que sólo a veces se atreve a corregir la jurisprudencia, tal y como hemos denunciado en *La sujeción...*, cit. Ni la L.G.T. ni el R.G.R. prevén expresamente la derivación al contribuyente cuando el sustituto, primer llamado al pago, no satisfaga la deuda. Sí ha llamado la atención sobre la necesaria derivación del retenedor al contribuyente CALVO ORTEGA, R.: *Las actividades de colaboración...*, cit, páginas 186-9. A nuestro juicio, el contribuyente nunca deja de serlo, por muchas figuras subjetivas que le acompañen. Es una consecuencia más del principio de indisponibilidad del crédito y de las situaciones jurídicas subjetivas, del principio de legalidad en suma, que, como explica ARIAS ABELLÁN, M.D.: “La indisponibilidad de la obligación tributaria: un análisis del artículo 36 L.G.T.”, en *Comentarios a la L.G.T. y líneas para su reforma. Homenaje a Don Fernando Sañz de Bujanda*, I.I.E.F., Madrid, 1991, limita notablemente la autonomía de la voluntad y las potestades administrativas de dirigirse a uno y otro sujeto. El procedimiento frente a responsables y sucesores ocupa ahora el Título IV del R.G.R.-2005, artículos 124 a 126 para los responsables y artículo 127 para los sucesores, notablemente más casuísticos y minuciosos que sus predecesores, cuyo comentario nos desviaría del objeto de atención de este trabajo.

¹⁴ Cfr. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M.: *La sucesión en la deuda tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 1993, donde detecta las insuficiencias legales, que persisten, en cuanto a la sucesión en las prestaciones distintas de la material o principal y en los procedimientos; la insuficiente distinción entre la sucesión a título universal y a título particular y las nunca bien marcadas peculiaridades respecto de la regulación de la sucesión civil.

¹⁵ Cfr. ARIAS ABELLÁN, D.M.: “El estatuto jurídico del responsable del tributo en el derecho español”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 42/1984, páginas 179-208, donde conforma la categoría del responsable como fiador legal tributario, que ha de responder del

A la *solidaridad de deudores* se refiere ahora la L.G.T. en términos más amplios, para referirla a todas las prestaciones y no solo a la obligación tributaria material o principal. Esta pretensión del precepto parece resultarle excesiva a los propios redactores del mismo, que a renglón seguido trasladan al deudor solidario conocido la carga de identificar a los demás, con su domicilio y cuota de participación, para facilitar a la Administración el cumplimiento de su deber de notificar a todos. Auguramos un futuro conflictivo a este artículo 35.6 en la práctica¹⁶.

También la regulación de la *anticipación de ingresos* ha experimentado una mejora de sistemática en la L.G.T.-2003, a la que dedica dos preceptos, uno para definirla como obligación a cuenta —artículo 23— y otro para identificar a sus sujetos como obligados tributarios —artículo 37—. Tratándose como se trata de la mejor garantía del sistema tributario, en términos de eficiencia recaudatoria, la L.G.T.-2003 no altera en modo alguno su configuración, respetando como está establecida en las leyes de los impuestos sobre la renta, y reconociendo su papel al servicio del aseguramiento del crédito tributario, cautelar en el mejor de los sentidos¹⁷.

total de la deuda, en caso de solidaridad, y solo de la cuota en caso de subsidiaridad. Volveremos sobre esto más adelante. Mejora también la sistemática de la sucesión por extinción de personas jurídicas, con liquidación o sin ella, de sociedades que limitan o no la responsabilidad de los socios, fundaciones y entidades sin personalidad jurídica. Al legislador de la L.G.T.-2003 le ha pillado con el pie cambiado, sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 111/2006, de 5 de abril, que obliga a notificar a todos los adquirentes de una herencia todas las actuaciones que en vía de gestión se produzcan, salvo que hayan conferido poder expreso a un representante, que podrá serlo el presentador del documento. Éste, sin embargo, deja de ser apoderado *ex lege* por la indefensión que puede causar a los interesados a quienes no les llega noticia de las notificaciones por él recibidas. Esta declaración de inconstitucionalidad puede tener repercusión sobre las previsiones de representación legal del artículo 45.3 L.G.T. La sentencia citada va a tener efectos severos sobre la eficacia de las actuaciones de comprobación inspectora en el impuesto sobre sucesiones y donaciones. A las Administraciones tributarias les cuesta localizar, identificar y liquidar por separado a todos y cada uno de los intervinientes en una herencia, que se verán beneficiados por la lentitud con que se desarrollan las prolijas actuaciones administrativas de comprobación, que incurren con frecuencia en prescripción. Veáanse CERVERA TORREJÓN, F.: *La inspección de los tributos. Garantías y procedimiento*, I.E.F., Madrid, 1976; y NÚÑEZ PÉREZ, G.: “La actividad administrativa de comprobación tributaria”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 53/1987.

¹⁶ Cfr. FANTOZZI, A.: *La solidarietà nel diritto tributario*, U.T.E.T., Torino, 1968; y FALCÓN Y TELLA, R.: “La solidaridad tributaria”, *Crónica Tributaria* n.º 50/1984. No ha quedado nada claro el alcance de esta solidaridad ex artículo 35.6 L.G.T.-2003. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M.: *La sucesión...*, cit, aclaró que la solidaridad, cuando se refiere a los sucesores, no les convierte en responsables. MERINO JARA, I.: “La responsabilidad tributaria en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre”, *Información Fiscal* n.º 74/2006, cree que existe cuando afecta a varios responsables realizadores del mismo presupuesto de hecho de la responsabilidad.

¹⁷ Cfr. BERLIRI, A.: *Principios de Derecho Tributario*, II, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1971; y LEJEUNE VALCÁRCCEL, E.: *La anticipación de ingresos en el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Edersa, Madrid, 1983, que la conforma como categoría autónoma, imposible de encajar en ninguna otra figura de garantía.

III. LAS RELACIONES ENTRE GARANTÍAS PERSONALES Y REALES. LA PRECEDENCIA DEL AVALISTA Y DEL RESPONSABLE SOLIDARIO RESPECTO DEL GARANTE REAL. LA INAPROPIADA DENOMINACIÓN DE RESPONSABLE “SOLIDARIO”. IMPRECISIONES EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS GARANTÍAS PERSONALES DEL CRÉDITO TRIBUTARIO. FALTA DE FIJACIÓN DEL DAÑO CON CULPA COMO REQUISITO PARA LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD. INCONCRECIÓN EN CUANTO AL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESTACIONES ACCESORIAS. LA CONFUSIÓN RESPONSABLE-GARANTE Y RESPONSABLE-INFRACTOR. LA AFECCIÓN REAL DE BIENES AL PAGO DE TRIBUTOS COMO ERRÓNEO SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. LA SUCESIÓN EN LA TITULARIDAD DE EXPLOTACIONES ECONÓMICAS COMO ACERTADO SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD

En cuanto a las *garantías personales* del crédito tributario, no hubiera estado de más que el legislador del 2003 hubiera comenzado por distinguir las que nacen *ex contractu* de las que nacen *ex lege*¹⁸. Respecto de las primeras, el aval se ratifica como la garantía por excelencia, la más querida por las Administraciones tributarias, la más utilizada en la práctica. Siendo como es la clave para los aplazamientos, fraccionamientos y suspensiones, en un acierto también que se hayan introducido en la ley los criterios para la dispensa de garantía, aunque el legislador haya pecado, como no, de cicatería en el listado¹⁹. Ahora bien, a nuestro juicio el legislador, teledirigido por la

¹⁸ Cfr. HERRERO MADARIAGA, J.: “El responsable tributario”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 26/1980, como garante personal *ex lege* integrante de la relación jurídico-tributaria en sentido amplio. En sentido semejante, GALÁN RUIZ, J.: *La responsabilidad tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 2005; y GUERRA REGUERA, M.: *Garantías personales del crédito tributario*, Comares, Granada, 1997.

¹⁹ Un esfuerzo por sistematizarlos realizamos en su día en *La suspensión de las liquidaciones tributarias en la reposición y en la vía económico-administrativa*, Tecnos, Madrid, 1994. A los previstos en los artículos 82 y 224 L.G.T.-2003, que se ciñen prácticamente a que el deudor carezca de bienes y la ejecución le depare perjuicios irreparables, deberían añadirse otros supuestos dispuestos por la normativa reguladora de los procedimientos ejecutivos y revisores: inexistencia de la deuda, o inexigibilidad de la misma o su falta de determinación, inejecutabilidad, concurrencia de tercerías y error de hecho, amén de los previstos para los aplazamientos sin garantía. El artículo 73.2 R.G.R.-2005 prevé que cuando concurren estas causas de suspensión del procedimiento de apremio, y “la apreciación de las circunstancias no sea competencia del órgano de recaudación que haya recibido la solicitud de suspensión, éste podrá suspender las actuaciones y dará traslado al órgano competente. Este último informará al órgano de recaudación que estuviera tramitando el procedimiento de apremio sobre la concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas. La

Administración Tributaria, legisladora en la sombra, se obsesiona con esta garantía, que indudablemente es la más cómoda de constituir y la más fácil de ejecutar en la práctica. Pero ello no debiera ser óbice para su carácter facultativo. Es al sujeto pasivo al que corresponde *prima facie* ofrecer la garantía, ofrecimiento éste para el que no debiera estar tan mediatizado por la Administración Tributaria acreedora. El ordenamiento jurídico debería permitir un mayor grado de libertad al sujeto pasivo para escoger qué garantía ofrecer, y no encauzarle tan imperativamente hacia el aval, que tiene un coste importante, cuando otras garantías pueden ser tan idóneas como ésta y significar menos trastornos para el contribuyente en el caso concreto —por ejemplo, prendas, fiadores personales solidarios no bancarios, ampliación de hipoteca ya constituida sobre vivienda—. Con todo, es claro que la práctica conducirá en la mayoría de los casos hacia el aval. Por eso mismo no hace falta imponerlo normativamente.

La garantía personal *ex lege* se viene denominando en el derecho tributario español con el plurívoco nombre de “responsabilidad”. Para que la ley imponga un obligado a título de “responsable” del pago del tributo ha de mediar algún título justificativo de tal atribución. Por imposición legal solo puede ser “responsable” del pago del tributo el titular de la capacidad económica o bien aquél que, mediando culpa, haya contribuido a causar un perjuicio, o al menos un peligro, a la Hacienda Pública, determinante del impago del tributo. El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad impide al legislador seleccionar “responsables” a su antojo. Así las cosas, no hubiera estado de más que la L.G.T.-2003 nos recordara el artículo 1902 C.C., de alguna manera, como presupuesto común de las atribuciones de responsabilidad: el daño con culpa. Y el artículo 1911 C.C., como configurador de la otra característica clave de la garantía personal: la universalidad. Del cumplimiento de sus obligaciones responde el garante personal con *todos* sus bienes presentes y futuros ²⁰.

resolución que se adopte se notificará al interesado comunicándole, en su caso, la continuación del procedimiento de apremio”. Estamos, pues, ante una suspensión cautelar o preventiva, valga la redundancia, hasta que se aclare si concurren o no las circunstancias determinantes de la suspensión “definitiva”.

²⁰ Cfr. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: *Responsabilidades patrimoniales tributarias*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951. Nota relevante ésta por la confusión en la que luego incurre el legislador de la L.G.T.-2003 entre afección real y responsabilidad subsidiaria, que comentaremos enseguida. ARIAS ABELLÁN, M.D.: “El régimen jurídico del responsable en la nueva L.G.T.”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 123/2004, ha evidenciado que con la L.G.T.-2003 el responsable puede serlo junto a cualquier deudor principal de los previstos en el artículo 35.2. Entiende que se ha suprimido la solidaridad en el caso de concurrencia de varios responsables en el mismo presupuesto de hecho —artículo 35.6 nada claro— y que el responsable no responde en ningún caso de sanciones ni deberes formales, salvo que la ley lo establezca expresamente, pero sí de recargos legales, así como de los intereses y recargos

No ha corregido el legislador del 2003 el inadecuado, a mi juicio, adjetivo de *solidario* con que bautiza a algunos responsables. Éstos, por definición, son garantes, deudores de segundo plano, nunca deudores principales, contribuyentes, ni siquiera sustitutos. Luego el vocablo ‘solidario’ no les caracteriza de ninguna manera. Su posición es siempre subsidiaria respecto del deudor o deudores principales, más o menos subsidiaria pero siempre subsidiaria, siempre detrás de y en defecto del deudor principal. La denominación de solidarios es una fuente de confusiones en la práctica administrativa y aún en el desarrollo reglamentario de los preceptos legales²¹. Quizá sea esa denominación la causante de la precedencia necesaria del responsable solidario y del avalista respecto del resto de los garantes, a la hora de derivar la acción recaudatoria en caso de impago por al deudor principal —artículo 111 R.G.R.-1990, artículo 74 R.G.R.-2005—. Si el garante real ofrece visos de atender el pago con facilidad presumible, no vemos la necesidad de ejecutar un aval, ni de perseguir a un responsable, mal llamado solidario, con un procedimiento de derivación que fracasa, por su complejidad y por la prisa sobrevenida en tramitarlo, en buena parte de las ocasiones. Un simple requerimiento de pago al garante real puede ahorrar el procedimiento de ejecución del aval y el de derivación de la acción al responsable, pues aquél no está dispuesto a perder la cosa por una deuda de cuantía muy inferior a su valor²².

Respecto a la polémica atribución de responsabilidad a los contratistas y subcontratistas por las deudas en concepto de retenciones e I.V.A. que se

resarcitorios que él provoque. Critica la oscuridad de la norma a este respecto, sobre el que volveremos más adelante.

²¹ Lúcido al respecto SAÍNZ DE BUJANDA, F.: “La responsabilidad tributaria en régimen de solidaridad”, *Hacienda y Derecho*, VI, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973. Para HERRERO MADARIAGA, J.: *El responsable...*, cit, la configuración de la responsabilidad en régimen de solidaridad es motivo de confusiones, como ya advirtiera GIANNINI. Nos hemos referido a esta cuestión en “El procedimiento de declaración de la responsabilidad tributaria: una crítica”, *Impuestos* n.º 22/1995. Los artículos 174 y 175 L.G.T.-2003 dan cobertura al actual artículo 124 R.G.R.-2005, todos reguladores en los mismos términos que sus precededores, con los mismos errores que denunciamos en su día, del procedimiento de derivación de la responsabilidad tributaria.

²² Volveremos sobre esta cuestión en el epílogo A. ARIAS ABELLÁN, M.D.: *El régimen jurídico del responsable...*, cit, sostiene que la derivación al responsable exige acto administrativo previo en todo caso, exigencia ésta que parece que le cuesta cumplir al legislador, tendente a veces a dispensarla en supuestos concretos. A su juicio, este acto de derivación se inserta en los procedimientos liquidatorios, no en los recaudatorios, por lo que el plazo para tramitar la derivación sería el general de 6 meses, del artículo 104.1 L.G.T.-2003, y no el indefinido de los procedimientos recaudatorios. Llama la atención sobre las consecuencias que ello tiene en materia de prescripción. Sobre estas polémicas cuestiones, estudio monográfico en DELGADO GARCÍA, A.M.: *La derivación de responsabilidades en la recaudación de los tributos*, Marcial Pons, Madrid, 2000, e interesantes consideraciones en SÁNCHEZ GALIANA, J.A.: “El responsable (artículos 37 a 39)”, *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991.

generan en el ejercicio de la actividad en la que contratan y subcontratan, entiendo que se trata de un supuesto nada esotérico de *culpa in vigilando*, por el que se le impone a quien responde del buen fin de una obra un deber de vigilancia sobre las personas con las que contrata, a los efectos de evitar la piratería fiscal de éstas...No entiendo el grosor de la polémica producida en su día, y ya en gran medida apagada, lo que demuestra su artificiosidad —la de la polémica—. El alcance del precepto tampoco es que sea tan ancho como para generar tantas protestas: cada cual se libera de la responsabilidad que se instrumenta presentando un certificado de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones formales del último año, porque más allá no se extiende el susodicho certificado —artículo 126 R.G.R.-2005—, luego no se entienden muy bien las aceradas críticas que el precepto suscitó en las primeras semanas de su vigencia y aún antes de nacer...²³.

Tampoco ha quedado muy claro en la nueva L.G.T. y en el nuevo R.G.R. el régimen de responsabilidad para con las *prestaciones accesorias* —intereses y recargos resarcitorios y de apremio—. Una vez eliminadas las sanciones del ámbito de la deuda tributaria, e intentado que se impongan en un procedimiento separado y distinto, resta, sin embargo por concretar con claridad si el responsable responde o no de los intereses y recargos causados por otro deudor principal²⁴. A nuestro juicio, no deben establecerse supuestos de responsabilidad personal y *ex lege* para prestaciones accesorias de la material o principal, tales como intereses de demora, recargos de diverso cuño por ingresos tardíos, recargos de apremio, amén de las sanciones. La naturaleza resarcitoria de un daño que tienen todas estas prestaciones, frecuentemente adornadas con tintes sancionatorios —cuando no consistentes *per se* en auténticas sanciones— pugna con su exigibilidad posible a persona distinta de aquella causante del daño que se pretende resarcir —artículo 1902 C.C.—.

²³ Cfr. MERINO JARA, I.: *La responsabilidad tributaria...*, cit, entiende que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva por actos lícitos; MARTÍN QUERALT, J.-LOZANO SERRANO, C.-CASADO OLLERO, G.-TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 17.^a edición, Tecnos, Madrid, 2006, señalan que “el propio precepto limita la responsabilidad al importe de los pagos realizados sin haber exigido la correspondiente certificación, lo que induce a pensar que dicho importe se erige en una garantía real de las repercusiones y retenciones que hubiera debido practicar el contratista o subcontratista, extendiéndola al tercero pagador, en lugar de la responsabilidad universal de éste propia de la figura del responsable tributario”. A nuestro juicio, el hecho de que la responsabilidad esté limitada a una cifra

²⁴ Cfr. HERRERO MADARIAGA, J.: *El responsable tributario...*, cit, páginas 218-220, entiende que se incluyen en la responsabilidad los recargos resarcitorios y de apremio sólo si los han provocado los responsables, mientras que los intereses cabría imputárselos por aplicación del artículo 1.827.2 C.C. En sentido semejante, MERINO JARA, I.: *La responsabilidad tributaria...*, cit, incluye los intereses, ve difícil los recargos resarcitorios y excluye los recargos ejecutivos; Así mismo GALÁN RUIZ, J.: *La responsabilidad tributaria...*, excluye intereses y recargos resarcitorios y ejecutivos, así como deberes formales.

La doctrina ha visto clara la cuestión, con práctica unanimidad, por lo que respecta a las sanciones, cuya exigencia al responsable se rechaza en virtud del principio de personalidad de la pena-sanción. Pero no se ha formulado un paralelo, y a nuestro juicio necesario, “principio de personalidad del daño”, que impida resarcirlo a quien no lo ha causado, esto es, que impida extender la responsabilidad a las prestaciones resarcitorias que comentamos ²⁵. Distinta sería la solución que propugnamos, sin embargo, si la garantía personal se constituye voluntariamente, pues fiador y afianzado son muy libres de incluir o no en el contenido del contrato las prestaciones accesorias a la principal —artículo 1.827 C.C.—. Y tratándose de una garantía real, también habría que distinguir entre las constituidas *ex lege* —para las que la ley sería la definidora expresa del ámbito de la garantía, con prestaciones accesorias o sin ellas— y para las constituidas *ex contractu*, en las que el contenido del contrato es el determinante de la inclusión o no en el ámbito de las garantías de las prestaciones accesorias. Volveremos más adelante sobre este espinoso y nunca bien resuelto asunto ²⁶.

Más confusa si cabe, todavía, resulta la identificación del responsable-garante con el *responsable-infractor* con la que numerosos operadores juegan en la práctica y que la L.G.T.-2003 no ha contribuido a esclarecer. Es evidente que al responsable-garante no se le pueden derivar y exigir sanciones por hechos ilícitos cometidos por el deudor principal. Pero es evidente también a nuestro juicio que cuando el garante, sin dejar de serlo, es además infractor, por haber cometido personalmente alguno de los hechos tipificados como infracción, “responde” de las sanciones, que le son exigibles no ya por garante sino por infractor. El hecho de ser garante no le libera de la condición de infractor, como algunos sorprendentemente pretenden, postulando la no

²⁵ En este sentido, DE LA HUCHA CELADOR, F.: “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad tributaria en el R.G.R. de 1990-II. La responsabilidad subsidiaria”, *Crónica Tributaria* n.º 63/1992. El artículo 37.3 L.G.T., en la redacción que le proporcionó la Ley 25/1995, de 20 de julio, excluyó del ámbito de la responsabilidad tanto a las sanciones como al recargo de apremio, que sólo será ya exigible al responsable si previamente se le hubiera concedido al mismo un período voluntario de ingreso en el cual no hubiera satisfecho la deuda. Respecto al procedimiento para declarar la responsabilidad tributaria, vid. COMBARROS VILLANUEVA, V.E.: “La responsabilidad tributaria, solidaria y subsidiaria, en el procedimiento de recaudación”, *Civitas-Revista Española de Derecho financiero* n.º 23/1979. Entendemos, pues, que las prestaciones accesorias son exigibles a garantes personales *ex lege*, si las provocaron, y *ex contractu*, si las pactaron expresamente como objeto de su garantía. Nunca las sanciones a quien no haya participado en el ilícito, luego sí cabe sancionar al responsable-infractor que sí ha participado en la conducta infractora, sea como inductor —cooperador necesario— cómplice, o colaborador —encubridor, receptor—.

²⁶ Las indefiniciones y vacilaciones legales se trasladan a la doctrina y a la jurisprudencia. Dan cuenta de ellas, entre otros, MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S.: *Los responsables tributarios*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1994, y SÁNCHEZ GALIANA, J.A.: *El responsable...*, cit.

exigencia de sanciones a los responsables en ningún caso. No incurre en esta confusión, a Dios gracias, la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 85/2006, de 27 de marzo, que delimita con precisión y claridad lo que bien podía haber delimitado, para mayor seguridad jurídica, el legislador de la nueva L.G.T.²⁷.

Es un acierto que, como veremos enseguida, se haya traído al ámbito de la responsabilidad el supuesto de la adquisición intervivos de explotaciones económicas, incorrectamente ubicado en la L.G.T.-1963 dentro de los supuestos de sucesión²⁸. Es adecuada también, en líneas generales, la regulación que se realiza del certificado de deudas pendientes. Pero no se comprende muy bien como, el hecho de no pedir el certificado, sea determinante de la inclusión en la responsabilidad de las sanciones pendientes. Se trata de una excepción injustificable al régimen de responsabilidad y una confusión más, otra más, entre responsables-garantes y responsables-infractores. Éstos

²⁷ Cfr. PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario*, 16.ª edición, Civitas, Madrid, 2006; HERRERO MADARIAGA, J.: *El responsable tributario...*, cit, página 198 y GALÁN RUIZ, J: *La responsabilidad tributaria...*, cit, páginas 81 y 85. Dentro de los supuestos del artículo 42.1.a. entendemos que los causantes o colabores en la comisión de infracciones, amén de ser responsables-garantes son responsables-infractores. Luego responden de la deuda y de la sanción. La regulación conjunta de ambas situaciones en el mismo precepto induce a confusión en los autores. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, F.J.: *El procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

²⁸ Existen una profusa doctrina administrativa y jurisprudencial acerca de los requisitos para el juego de esta garantía conforme al antiguo artículo 72 L.G.T.-1963, de la que se ha hecho eco desigualmente el nuevo artículo 42.1.c. L.G.T.-2003 y de la que nos hemos ocupado en otro lugar (*La sujeción...*, cit): es necesario que exista un título jurídico determinante de la transmisión y que se continúe con el ejercicio de la actividad; no basta con la transmisión del edificio ni de un bien del activo por relevante que éste sea, sino que es preciso el paso de la dirección y gestión de un negocio de una persona a otra; no basta la mera subrogación arrendaticia y menos aún si el contrato de arrendamiento se resolvió por incumplimiento del arrendatario; sí opera la garantía aunque la transmisión se haya producido por subasta judicial; no está claro ahora, si opera cuando se adquiere no del deudor sino de terceros adquirentes: el segundo adquirente (C) es responsable de las deudas originadas durante la titularidad del primer adquirente (B), pero no es claro si responde de las deudas originadas por el primer titular (A), pues el segundo adquirente (C) no adquiere de éste (A), y cada adquirente parece que debería responder de las deudas derivadas del “ejercicio” de la actividad por el anterior titular, no de las deudas derivadas de la “titularidad” de éste, entre las que se encuentran las responsabilidades adquiridas por él procedentes del ejercicio de la actividad por anteriores titulares; el tenor literal del nuevo precepto abona, sin embargo, la interpretación de que responde el adquirente de las deudas y *responsabilidades* derivadas del ejercicio y de la titularidad, de todas; hay sucesión en la empresa cuando se transmite “un complejo organizado y en funcionamiento de bienes y servicios tendentes al desarrollo de una misma actividad, dándose, además, identidad en la ubicación, plantilla, clientes y elementos personales, gestores y organizativos en ambas entidades”, y se extiende la responsabilidad a todos los conceptos de la deuda tributaria, ex artículo 58 LGT, cuestión ésta que ya hemos visto, dista mucho de ser pacífica; la existencia de una hipoteca mobiliaria garantizando la deuda tributaria de una empresa no supone en caso de impago que dicha garantía deba ser ejecutada previamente a la declaración de responsabilidad solidaria por sucesión en la explotación de la empresa. Sobre este particular vid. *Infra* epílogo A.

últimos podrán serlo si realizan los presupuestos de hecho tipificados como infracción, entre los cuales, que se sepa, no figura el de no pedir en un determinado momento un certificado... Ofrece dudas de constitucionalidad esta, por excesiva, desafortunada cautela²⁹.

Persisten dentro del ámbito de la responsabilidad subsidiaria las mismas conductas imputables a los administradores culposos que recogía la L.G.T.-1963. Como algunas de ellas pueden ser determinantes de sanciones, se echa en falta claridad en la mixtificación que se sigue realizando, otra vez, entre responsables-garantes y responsables-infractores. Bien podía haberlo advertido el legislador del 2003 para clarificar esta materia, que parece estar avocada permanentemente a la confusión. A mi juicio, los administradores de hecho y de derecho de personas jurídicas infractoras que participan con culpa en la comisión de las infracciones son responsables-infractores, sin perjuicio de su condición de responsables-garantes³⁰.

Pero donde realmente la confusión se ha hecho reina es en el régimen del *adquirente de bienes afectos por ley al pago de la deuda*. Este garante, real donde los haya, se ha convertido, por arte de birlibirloque, en un garante personal, responsable subsidiario del pago del tributo³¹. O mejor dicho, en un

²⁹ Cfr. el clásico estudio del profesor CALVO ORTEGA, R.: "Responsabilidad tributaria por actos ilícitos", *Hacienda Pública Española* n.º 5/1970; y los más recientes de MAURICIO SUBIRANA, S.: "La responsabilidad por adquisición de explotaciones económicas en la nueva L.G.T.", *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, I, Lex Nova, Valladolid, 2005; y RUIBAL PEREIRA, L.M.: "La nueva regulación de la sucesión en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas como supuesto de responsabilidades tributarias", *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, I, Lex Nova, Valladolid, 2005. Cfr. Las críticas de GONZÁLEZ SANCHEZ, M.: *La sucesión...*, cit, páginas 130-3, a la regulación anterior del certificado, no muy mejorada por la actual L.G.T.

³⁰ Sobre las dificultades que plantea la exigencia de responsabilidad a los administradores, y como se trata algunos de torearlas en la práctica, veáanse los recientes trabajos de ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.: "La exigibilidad de las obligaciones tributarias de las sociedades anónimas inactivas a los administradores de las mismas a través de los procedimientos mercantiles: viabilidad, presupuestos y diferenciación con el procedimiento tributario", *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, I, Lex Nova, Valladolid, 2005; y "El recurso a los procedimientos mercantiles como vía para el cobro de las deudas tributarias: análisis del problema en relación a la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas que han cesado en sus actividades", *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 126/2005. De cómo no está delimitada suficientemente la frontera con los comportamientos ilícitos es muestra RUIZ HIDALGO, C.: "Algunas notas sobre la responsabilidad tributaria en las actuaciones que dilatan o dificulten el embargo o la ejecución de los bienes del obligado tributario", *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, I, Lex Nova, Valladolid, 2005.

³¹ Fuera de nuestro ámbito de estudio, la L.G.T.-2003, es llamativa la introducción de una denominada responsabilidad solidaria para los cotitulares de bienes inmuebles en el artículo 64.2 del T.R.L.H.L. Según este precepto, responden solidariamente de la cuota de este impuesto, y en proporción a sus respectivas participaciones, los copartícipes o cotitulares de las entidades a que se refiere el artículo 35.4 L.G.T.-2003 si figuran inscritos como tales en el Catastro. De no figurar

híbrido incalificable de garante real y responsable subsidiario. Alguna desgraciada Sentencia del Tribunal Supremo, aferrada al erróneo dictado del derogado R.G.R.-1968, tiene gran parte de la culpa, por responder miméticamente a los planteamientos de alguna demanda interesadamente mal planteada. Volveremos más adelante sobre este particular, no sin dejar ya señalado que este adquirente responde con la cosa, luego es un garante real, y no personal³². No debiera habersele nunca calificado de responsable subsidiario, pues el responsable en un garante personal, que responde no con la cosa sino con todo su patrimonio, con todos sus bienes presentes y futuros. Si lo que se quería era colocarle como último de los garantes en los procedimientos ejecutivos, cuestión completamente innecesaria en la que no vamos a entrar ahora, bastaba haberlo dicho así, sin necesidad de incurrir en una calificación confusa que puede acarrear nuevos problemas en la práctica³³.

inscritos, la responsabilidad se exigirá por partes iguales en todo caso, termina diciendo el precepto. Hace ya años que PÉREZ ROYO (*Derecho Financiero y Tributario...*, cit) explicó estos supuestos de responsabilidad de comunidades de bienes —artículo 39 L.G.T.-1963, artículo 42.1.b. L.G.T.-2003— como un supuesto de subjetividad de la comunidad frente a la Administración, responsabilidad solidaria de cada comunero para con la comunidad y responsabilidad mancomunada de los comuneros entre sí. Cfr. GONZÁLEZ MILLÁN, E.: “La responsabilidad solidaria en el I.B.I.”, *Carta Tributaria* n.º 19/2005 (“monografías”); MARTÍNEZ GARCÍA-MONCÓ, A.: *El impuesto sobre los bienes inmuebles y los valores catastrales*, Lex Nova, Valladolid, 1993, páginas 104-5, explica que los entes del artículo 33 L.G.T.-1963 son tradicionales sujetos pasivos de los impuestos sobre la riqueza inmobiliaria —artículos 242.2 y 265.1 del antiguo Texto Refundido de Régimen Local regulador de las contribuciones territoriales rústica y urbana) y ello es consecuencia lógica de tratarse de una imposición real sobre los bienes inmuebles y no personal. Además, también son habituales las comunidades de propietarios, hasta que se realiza la división horizontal, y las comunidades de promotores para construcción de vivienda propia, todos los cuales son cotitulares a los que se aplica el artículo 39 L.G.T.-1963.

³² Cfr. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M.: *La sucesión...*, cit, página 143; HERRERO MADARIAGA, J.: *El responsable...*, cit, página 196; y DELGADO GONZÁLEZ, A.M.: “Aspectos problemáticos de la afección de bienes al pago de las deudas”, *Revista de Contabilidad y Tributación del Centro de Estudios Financieros* n.º 213/2000. Vaya por delante que, como iremos viendo a lo largo del trabajo, el adquirente de bienes embargados administrativamente es un adquirente de bienes afectos. Como explican Díez-Picazo, L.-Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho Civil, Derecho de cosas...*, cit, páginas 289-291, las anotaciones de embargo son asientos de vigencia temporal limitada, con efectos menos amplios que los de las inscripciones. Su objeto son derechos y situaciones jurídicas no directamente inscribibles, bien por no constituir verdaderos y genuinos derechos reales o bien porque son situaciones transitorias. Puede decirse que son preinscripciones que publican la existencia de un derecho en vías de inscripción pero todavía no inscrito...o medios de publicidad de situaciones de trascendencia real inmobiliaria, que por razones de política legislativa y de mecánica registral no acceden al Registro por la vía de la inscripción, o por último, asientos que dotan a determinados créditos de garantías y de preferencia frente a otros... la anotación preventiva de embargo produce una afección de los terceros adquirentes o titulares de derechos reales sobre el bien embargado siempre que sus títulos tengan fecha posterior a la anotación. En cambio quedan inunes si sus títulos son de fecha anterior aunque inscriban con posterioridad a la anotación...El deudor embargado puede vender el bien trabado, pero el adquirente adquiere con el embargo y puede llegar a perder su propiedad. Es, en otras palabras, una situación análoga a la del que adquiere un bien hipotecado...

³³ Comentado que fue el problema en el *Seminario sobre Garantías del crédito e Historia de la Propiedad* celebrado en la Universidad de Salamanca del 31 de mayo al 2 de junio de 2006, y

Sí que ha sido acertada la supresión de la sección de las garantías reales de la sucesión en la titularidad de explotaciones económicas del antiguo artículo 72 L.G.T.-1963³⁴. Esta garantía era aplicable para el cobro de todos los tributos devengados por razón del ejercicio de la explotación económica cuya titularidad se transmitía. Se contemplaba, pues, para el caso de transmisión de negocio, sin distinguir a tales efectos entre la sucesión *mortis causa* y la sucesión *inter vivos*. Acertadamente, la nueva L.G.T.-2003 ha eliminado de esta sección esta garantía y ha llevado la misma a los ámbitos que le son propios: artículo 39.1 para la sucesión *mortis causa* y artículo 42.1.c. para la transmisión *inter vivos*, supuesto éste, como venía postulando la doctrina, de responsabilidad, que el legislador ha optado por configurar como solidaria³⁵.

La muerte del contribuyente, anterior titular de la explotación, determina la subrogación *ex lege*, en su posición jurídico-tributaria, de quienes le sucedan en la titularidad de sus bienes, derechos y obligaciones. El sucesor es un sujeto pasivo de la prestación tributaria material o principal, puesto que ocupa la posición jurídica del contribuyente al fallecimiento de éste. Como ha señalado la doctrina, el sucesor sustituye al contribuyente fallecido en su capacidad económica, en su patrimonio y en sus relaciones jurídico-patrimo-

al que tuve el honor de ser invitado como ponente, ilustres civilistas no salían de su asombro acerca de este pertinaz error legislativo de calificación, ya debatido en su día por CALVO ORTEGA, R.: "Responsabilidad tributaria subsidiaria", *Hacienda Pública Española* n.º 10/1971; y RODRÍGUEZ BEREJIO, A.: "Comentario al artículo 41 L.G.T.", en *Comentarios a las leyes tributarias y financieras*, I, Edersa, Madrid, 1983. Para la declaración de fallido por crédito incobrable, véase en el nuevo R.G.R.-2005 los artículos 61 a 63.

³⁴ Establecía el artículo 72 L.G.T.-1963: "1. Las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas, Sociedades y Entidades jurídicas serán exigibles a quienes les sucedan por cualquier concepto en la respectiva titularidad, sin perjuicio de lo que para la herencia aceptada a beneficio de inventario establece el Código Civil". "2. El que pretenda adquirir dicha titularidad, y previa la conformidad del titular actual, tendrá derecho a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de la explotación y actividades a que se refiere el apartado anterior. En caso de que la certificación se expidiera con contenido negativo o no se facilitara en el plazo de dos meses quedará aquél exento de la responsabilidad establecida en este artículo". Como explicara GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M.: *La sucesión...*, cit, páginas 120 y siguientes, no hay sucesión, sino garantía real, cuando lo que se transmite es solo un bien afecto; y tampoco hay sucesión en la transmisión *intervivos* de la empresa sino responsabilidad, pues el transmitente sigue siendo contribuyente por las deudas originadas durante su titularidad.

³⁵ Nadie discute ya que cuando la sucesión es *mortis causa*, el nuevo titular es un contribuyente al igual que lo era el fallecido. No es, pues, un supuesto de garantía personal del crédito tributario. Cfr. CHICO DE LA CÁMARA, P.: "La responsabilidad solidaria del adquirente de una explotación económica", en *Sujetos pasivos y responsables tributarios*, IEF-Marcial Pons, Madrid, 1997, Es un supuesto de pura, simple y lógica subrogación del heredero en la titularidad de los derechos y obligaciones del causante. Tal subrogación no opera en el caso del legatario (salvo que toda la herencia esté repartida en legados), ni si el heredero aceptara la herencia a beneficio de inventario, rechazando la asunción de deudas que excedieren del valor de la adquisición hereditaria.

niales. Las deudas tributarias forman parte, al igual que los restantes débitos, del pasivo del caudal hereditario y se transmiten a quienes sucedan al causante en la titularidad de su patrimonio ³⁶.

Por el contrario, si la transmisión de la explotación se produce por un negocio jurídico *inter vivos*, el nuevo titular es un responsable, un garante personal de las obligaciones tributarias del causante. El anterior titular sigue siendo el deudor principal a título de contribuyente. Como ha señalado la doctrina, el contribuyente no desaparece aunque transmita la titularidad jurídica de explotaciones económicas. El contribuyente es, y sigue siendo, el titular originario, mientras que el nuevo titular-adquirente del negocio se constituye en responsable, es decir, garante personal de las deudas tributarias pendientes, derivadas del ejercicio de la actividad ³⁷. La reforma de la L.G.T. ha enterrado del todo la polémica acerca del carácter de esta responsabilidad, solidaria o subsidiaria, polémica subsistente bajo la vigencia de la L.G.T.-1963, que declaraba la subsidiaridad como regla general —artículo 37.3— a la que se oponía la redacción del precepto reglamentario ³⁸. No se ha aclarado tanto, sin embargo, el alcance de la responsabilidad, pues junto a la declaración de que ésta se extiende a la totalidad de la deuda, sanciones ahora ya excluidas, se añade que los intereses y recargos se exigirán al responsable transcurrido el período voluntario de pago... luego no queda claro que ocurre con los devengados antes, a cargo del deudor principal, según hemos explicado anteriormente. Sí parece indubitado que quedan dentro del ámbito de la responsabilidad las prestaciones a cuenta.

³⁶ Cfr. PÉREZ ROYO, F.: “La sucesión en la deuda por el Impuesto de Sociedades ante el artículo 72 de la Ley General Tributaria”, *Crónica Tributaria* n.º 3/1972; y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M.: *La sucesión en la deuda tributaria*, cit, páginas 120 y siguientes. Como señala la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de junio de 1996 (*Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* 1.061), la Administración debe continuar el procedimiento de cobro con los herederos del deudor sin más requisitos que la constancia del fallecimiento, extendiéndose la responsabilidad al patrimonio de los herederos, salvo que hubiesen aceptado la herencia a beneficio de inventario o solicitado certificación de cargas; está legitimada la actuación en nombre de la herencia yacente, de cualquiera de los miembros o partícipes que integran la entidad.

³⁷ RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “La sucesión en las relaciones tributarias”, en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 57/1965; “Comentario al artículo 72 LGT”, en *Comentarios a las leyes tributarias y financieras*, I, Edersa, Madrid, 1983; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M.: *La sucesión en la deuda tributaria*, cit; y APARICIO PÉREZ, A.: “Las garantías del crédito tributario”, *Manual General de Derecho Financiero*, II, Comares, Granada, 1999.

³⁸ Ecos de la polémica ya superada en PABÓN DE ACUÑA, J.M.: “Las responsabilidades tributarias del sucesor en la titularidad de la empresa”, en *Estudios de Derecho Tributario*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979; y BARBERENA BELZUNCE, I.: “La responsabilidad tributaria del adquirente de explotaciones económicas y el nuevo Reglamento General de Recaudación”, *Impuestos*, Tomo II, 1992. La responsabilidad de este adquirente de negocio era subsidiaria porque frente a la previsión *legal* en ese sentido del artículo 37.2 L.G.T.-1963 nada podía hacer la previsión *reglamentaria* del artículo 13.3 R.G.R.-1990, que terminó siendo invalidado por el T.S.

IV. ASISTEMÁTICA Y DESATENCIÓN EN EL TRATAMIENTO DE LAS GARANTÍAS REALES DEL CRÉDITO TRIBUTARIO. NECESARIA DIFERENCIACIÓN ENTRE BIENES DENTRO Y FUERA DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR. LA DESCOORDINACIÓN CON LA LEGISLACIÓN CONCURSAL. LAS INCERTIDUMBRES EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO A SEGUIR POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA EN CASO DE CONCURSO

Realmente sorprende la poca atención que la L.G.T.-2003 depara a una materia a priori importante, en la teoría y en la práctica: la protección del crédito tributario mediante garantías reales, *ex lege* y *ex contractu*, poco menos que abandonadas a su suerte, con un tratamiento repetitivo al de la L.G.T.-1963. ¿Será que nada ha cambiado en estos 40 años? ¿O será que el legislador piensa que esta materia es propia de la legislación civil? ¿O más bien que está tan técnica y correctamente regulada que apenas admite un matiz? No nos parece convincente ninguna de las explicaciones que a modo interrogativo formulamos, máxime conociendo como conocemos la litigiosidad nada despreciable que en la práctica genera la operatividad de estas garantías. Mas bien pensamos que la dificultad técnica de este sector del ordenamiento, tan imbricado con las leyes concursales en trance de reforma a la vez que la L.G.T., ha inclinado a los autores materiales de ésta a no tocar prácticamente nada estos preceptos, que con leves retoques permanecen cambiados solo de numeración, eso sí, pero apenas de contenido. Lo que se da de bruces, como iremos viendo enseguida, en ocasiones, con las previsiones de la legislación concursal (Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)³⁹.

³⁹ Los comentarios que van apareciendo acerca de la eficacia de las garantías reales del crédito tributario en caso de concurso no son muy concordantes. Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.-RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, A.: “El crédito tributario en la ley concursal”, *Tribuna Fiscal* n.º 175/2005; y MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J.M.: “Aspectos tributarios de la nueva Ley Concursal”, *Quincena Fiscal* n.º 6/2005. Habría que comenzar por fijar cuales son las garantías reales del crédito tributario, qué créditos tributarios están asegurados por garantía real. A nuestro juicio lo son todos aquéllos para cuyo aseguramiento están sujetas cosas, afectas, trabadas, hipotecadas, embargadas. DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Derecho de cosas...*, cit, páginas 291 y siguientes, dan cuenta de la tradicional doctrina civil en virtud de la cual el anotante de embargo, por el hecho de la anotación, adquiere un derecho de preferencia para el cobro...frente a acreedores de fecha posterior a la anotación, pero no en relación con los que tengan créditos de fecha anterior —artículo 44 L.H. y jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo, que queda matizada tras la reforma del artículo 132 L.G.T. por Ley 25/1995, que ratifica el artículo 170.2 L.G.T.-2003: el crédito tributario es preferente sin necesidad de anotación, pues como bien explican los autores citados, la anotación de embargo ni es obligatoria ni es constitutiva del embargo mismo—. Tampoco priva al deudor embargado de la disponibilidad del bien, pero el posterior adquirente del bien, tercer poseedor, ha de soportar los efectos

Como adelantábamos antes, mientras en el patrimonio del deudor hay bienes suficientes para atender al pago de sus deudas, la Administración Tributaria tiene asegurado su cobro con la responsabilidad patrimonial universal del deudor —artículo 1.911 C.C.—, unida a la potestad administrativa de ejecución —artículos 168 y siguientes L.G.T.-2003— y al derecho de prelación general para el cobro —artículo 77 L.G.T.-2003—. Estas tres instituciones conforman un cuadro de garantías en sentido amplio francamente eficaz y severo, cuadro que sin embargo hace aguas en situaciones de insolvencia y/o cuando los derechos sobre los bienes han sido transmitidos con anterioridad al embargo administrativo de los mismos: si el bien o derecho ha salido del patrimonio del deudor antes del embargo administrativo, el adquirente, cuya adquisición no necesite de inscripción en el Registro, no puede pechar como regla general con el embargo. Luego Hacienda ni embarga eficazmente ni cobra preferentemente ni materializa sobre el deudor su derecho a que éste responda con todos sus bienes presentes y futuros⁴⁰.

Mientras los bienes se encuentran en el patrimonio del deudor, o dicho de otra manera, mientras en el patrimonio del deudor hay bienes suficientes para atender al pago de sus deudas, las garantías reales que puedan constituirse sobre los mismos se solapan con la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Se afectan bienes concretos al pago de deudas singulares que ya están afectados *ex lege* y con carácter general al pago de cualesquiera deudas.

del embargo. Para dar mayor publicidad y eficacia a los embargos administrativos la doctrina ha planteado que accedan al Registro mediante nota marginal, que es un asiento que sirve para dar fe de una mutación jurídica, publica un hecho, negocio o declaración productor de un cambio en la situación jurídica de un bien, a instancia de parte. También cumplen estos asientos una función equivalente a otros, para simplificar una inscripción, anotación o cancelación con la misma eficacia que el asiento al que sustituyen —Ob. y loc. cit. página 300—.

⁴⁰ En caso de embargo administrativo sobre un bien de adquirente no inscrito —acreedor “de dominio” o pignoraticio—, éste ganaría su tercería de dominio o mejor derecho y liberaría el bien de la traba. No hace falta recordar que estas tres no son las únicas medidas de aseguramiento del crédito tributario, pero sí creemos que, junto con las retenciones en los impuestos sobre la renta, son las de mayor operatividad diaria. El embargo administrativo y el cobro preferente sólo ceden ante acreedores protegidos, en los términos nada pacíficos que veremos luego y que podemos resumir de momento así: el adquirente de dominio o de derecho real que no necesite de inscripción constitutiva —prenda— anterior al embargo administrativo, anotado o no, goza de una adquisición pacífica y no perturbable por el embargo administrativo. De la misma manera, el titular de derecho real de inscripción constitutiva —hipoteca— inscrito en el Registro con anterioridad a la fecha del embargo administrativo, anotado o no, también goza de una posición no perturbable por éste, gozando de preferencia para ejecutar y para cobrar. Luego el derecho de la Hacienda, aparentemente tan protegido por el trípode responsabilidad patrimonial universal—potestad administrativa de apremio—derecho de prelación para el cobro, cede ante acreedores que están aún más protegidos que la Hacienda Pública, por razones de seguridad jurídica, cuando los bienes o derechos reales sobre los mismos se han “movido” del patrimonio del deudor antes del embargo administrativo. Abundante jurisprudencia sobre el particular en ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *La hipoteca legal privilegiada de la Ley General Tributaria: aproximación jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

Cuando se ejecuta una garantía real constituida sobre bienes del deudor lo que se está ejecutando es el patrimonio del deudor: la garantía real y la responsabilidad patrimonial universal se solapan. La garantía real adquiere auténtica virtualidad y autonomía cuando los bienes salen del patrimonio del deudor, no cuando siguen dentro, pues en este caso sólo un refuerzo añade a la responsabilidad patrimonial universal⁴¹.

Cuando los bienes salen del patrimonio del deudor es cuando realmente son operativas las garantías reales constituidas antes de tal salida, *ex lege* o *ex voluntate*. El antiguo artículo 41 L.G.T.-1963, mal ubicado dentro de la responsabilidad, preveía tal salida declarando que los bienes afectos al pago de tributos lo están aún cuando pasen a manos de otro poseedor. En los mismos términos se pronuncia el artículo 79.1 L.G.T.-2003, mejor ubicado ahora dentro del ámbito de las garantías reales. La doctrina ha interpretado esta afección legal como un precepto de reenvío —los bienes afectos por ley al pago de tributos— lo que requiere que la afección venga establecida por algún mandato legal expreso. A nuestro juicio, son bienes afectos por ley al pago de tributos aquéllos que han sido embargados ejecutivamente antes de su salida del patrimonio del deudor —artículo 1.911 C.C. en conjunción con el artículo 170 L.G.T.-2003—, así como todos aquellos hipotecados o pignorados en garantía del cumplimiento de una obligación tributaria, garantía *ex lege* o *ex contractu*, constituida antes de la salida de los bienes del patrimonio del deudor⁴². De esta manera, los artículos 41 L.G.T.-1963 y 79.1 L.G.T.-

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Derecho de cosas...*, cit, página 424, señalan con acierto que la garantía real se añade a la responsabilidad patrimonial universal, de tal manera que los bienes quedan “separados”. Respecto de la polémica acerca de si los derechos reales son o no *numerus clausus* en nuestro ordenamiento, entienden que no, pero juegan contundentemente las limitaciones que la relevante doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado impone para que lo sean los actos o negocios jurídicos, en el sentido de que reúnan todos los requisitos, no contravengan el orden público, contengan una perfecta descripción del objeto gravado y del derecho que sobre él se constituye, se documenten en escritura pública y necesiten de una específica tutela jurídica —páginas 47-9—. Conforman el contenido del derecho real que lo sea las siguientes facultades —páginas 50-2—: de realización directa del interés, de exclusión, de oposición de la titularidad real a terceros, de persecución, de disposición y de preferencia o prioridad, para lo que es clave el juego del Registro, por la publicidad y seguridad jurídica que establece. Recuerdan que la Ley hipotecaria admite la inscripción de los derechos reales típicos y de los atípicos sin concretar los requisitos para que lo sean —página 235—, confiriendo un importante poder de calificación al Registrador acerca de qué cláusulas tienen trascendencia real y son, por ello, inscribibles. La inscripción es, en nuestro ordenamiento jurídico y como regla general, voluntaria. La constitución, modificación, transmisión o extinción de un derecho real se opera fuera del Registro, en la vida civil. El Registro sólo hace constar o publica aquello que ya ha ocurrido fuera de los libros registrales. De ahí que la inscripción por principio sea declarativa. Excepcionalmente es constitutiva para la hipoteca —artículos 1.875 C.C. y 145 L.H.— u obligatoria pero no constitutiva para los bienes del Estado —páginas 269-271—.

⁴² Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León n.º 671/2000, de 5 de abril: Los bienes del deudor embargados por la Administración tributaria son bienes afectos al

2003, previenen salidas y movimientos patrimoniales en perjuicio de los derechos de la Hacienda Pública estatal, autonómica y local, maniobras patrimoniales que serán ineficaces tratándose de bienes afectos por ley al pago de tributos.

Cuando los bienes salen del patrimonio del deudor, pero estaban embargados, hipotecados o pignoralos con anterioridad a esa salida, la hacienda pública goza de análoga garantía real: la cosa responde, cualquiera que sea su poseedor. El legislador no es muy uniforme en la denominación de esta situación jurídico real en la que se encuentran los bienes, llamándola en ocasiones afección, en otras hipoteca, legal o voluntaria, tácita o expresa, y en otras embargo real o administrativo, situaciones todas que obedecen a un denominador común: la traba de la cosa, que responde del cumplimiento de la obligación tributaria garantizada cualquiera que sea su poseedor. Tampoco es muy coherente el legislador en el tratamiento registral de estas situaciones de sujeción real, quizá consciente de que los principios hipotecarios admiten mal las hipotecas y afecciones legales, máxime cuando son tácitas y no requieren de su acceso al Registro. Estas afecciones e hipotecas conviven mal con las ordinarias expresas, y el legislador duda entre, o se olvida de, configurar la afección tributaria o hipoteca legal con anotación o sin anotación en el Registro, lo que produce después lógicos problemas en la práctica⁴³. Así

pago del tributo. El adquirente posterior en compraventa judicial que ejecuta préstamos hipotecarios es un tercer poseedor de bienes afectos obligado a soportar la ejecución/pagar la deuda. DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Derecho de cosas...*, páginas 430 y siguientes, diferencian a este poseedor de bienes afectos del fiador real, que es el que asegura una deuda ajena con bienes propios, ex artículos 443 y 1.857 C.C. No cabe considerar, sin embargo, afectos por ley al pago de tributos a los bienes embargados sólo preventivamente, ni a los bienes objeto de retención, pues ni uno ni otro derecho permiten la ejecución de tales bienes, no permiten la enajenación y cobro con el producto de la venta. El embargo preventivo solo anuncia la existencia, inminente o en curso, de un procedimiento ejecutivo, con lo que enerva la posible existencia de terceros de buena fe, ignorantes del apremio en marcha o inminente. La retención de bienes o de mercancías tampoco autoriza a enajenarlas, sólo a detentarlas, a diferencia del acreedor pignoraticio, que además de detentarlas puede enajenarlas si la deuda no se paga. Si acaso la retención de pagos podría equiparse a una real afección, visto el objeto líquido de la misma, que la aproxima a la prenda irregular. Cfr. ORÓN MORATAL, G.: "Recaudación: embargo de bienes (artículos 131, 132 y 133 L.G.T.)", *Comentarios a la L.G.T. y líneas para su reforma. Homenaje a Don Fernando Sañz de Bujanda*, II, I.E.F., Madrid, 1991; SANMARTÍN FERRER, R.: "La concurrencia de procedimientos y de embargos en el nuevo Reglamento y las tercerías de mejor derecho a favor del Estado", *Tribuna Fiscal* n.º 37/1993.

⁴³ Como explican DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Derecho de cosas...*, cit, páginas 438 y siguientes, la hipoteca sujeta bienes directa e inmediatamente al cumplimiento de la obligación garantizada —artículos 1.876 C.C. y 104 L.H.—, *afecta bienes*: el adquirente, al que se suele llamar tercer poseedor, adquiere con la afección o carga de soportar el ejercicio del derecho de realización del valor. Las hipotecas o afecciones necesitan de publicidad y concreción para desplegar sus mayores efectos protectores del acreedor, por la naturaleza de los bienes inmuebles, de imposible desaparición y por el rigor de los procedimientos ejecutivos. De ahí que consideren a las hipotecas o afecciones tácitas las mayores enemigas del

nos encontramos con que, además de los bienes embargados, o pignorados en garantía del cumplimiento de una obligación, existen hasta 4 modalidades de garantía real de idéntica naturaleza, con leves diferencias entre ellas, 4 derechos reales de naturaleza hipotecaria, auténticas hipotecas legales: la hipoteca legal tácita del artículo 78 L.G.T.-2003, la hipoteca expresa constituida voluntariamente y con arreglo a las prescripciones civiles para garantizar deudas aplazadas o suspendidas, la afección de bienes al pago del I.B.I. de la Ley de Haciendas Locales, y la afección de bienes al pago de los tributos que gravan su transmisión onerosa o lucrativa, tradicional en la legislación reguladora de éstos e incorporada hace años ya a la L.G.T. —antes artículo 74, ahora artículo 79—, que admite inscripción registral de efectos variados, como veremos. 4 hipotecas de naturaleza semejante, cuya eficacia es de intensidad variable por la tibieza legislativa en la determinación de los requisitos y supuestos en los que operan, que no por la diferente naturaleza de cada una de ellas. A nuestro juicio, el legislador de la L.G.T.-2003 ha sido también negligente en esta tarea de ordenar, esclarecer y dotar de eficacia homogénea a figuras que son idénticas en su naturaleza y finalidad. Persisten las mismas incertidumbres al respecto que con anterioridad a la L.G.T.-2003, y se generarán, lógicamente, los mismos litigios⁴⁴.

sistema —artículos 168.6 y 194 L.H., artículo 271 R.H., artículo 73 L.G.T.-1963— por su falta de publicidad registral y por la preferencia que incorporan frente a cualquier otro acreedor. El acreedor hipotecario tiene preferencia para cobrar con el producto de la realización del inmueble sobre cualquier otro acreedor ex artículos 1.923.3 y 1.927 C.C. Pero el derecho registral ordena la prioridad entre acreedores hipotecarios atendiendo a la fecha de la inscripción registral —artículos 24 y 25 L.H.: rango—. El poseedor de finca hipotecada, si es el deudor originario, tiene una responsabilidad personal ilimitada y una responsabilidad real o hipotecaria. Cuando transmite el bien se disocian ambas y aparece un nuevo sujeto, el denominado tercer poseedor, adquirente de bienes hipotecados, que no asume la deuda como propia. Ha de ser requerido al pago al despacharse la ejecución —páginas 475-8—.

⁴⁴ Litigios que vienen dados por el desacuerdo acerca del grado de protección que incorpora la garantía en cada caso. Así, mientras que a la hipoteca legal tácita se le reconoce como regla general un carácter superprivilegiado, por el que sólo cede ante determinados créditos salariales hiperprotegidos, no se acepta con el mismo consenso que la más moderna afección legal al pago del I.B.I. tenga idéntica virtualidad, frente a terceros protegidos por la fe pública registral. De la misma manera, se niega a la afección de bienes al pago de los tributos que gravan su transmisión su carácter erga omnes si no está inscrita, pero se le reconoce si se inscribió a tiempo. Disparidades todas que a mi juicio bien podría haber salvado el legislador de la L.G.T.-2003 estableciendo sin complejos que estas figuras son lo que son: hipotecas legales tácitas eficaces contra cualquiera, sin necesidad de inscripción. Los bienes han de quedar afectos al pago de los tributos cualquiera que sea su poseedor, pues de otra manera la garantía se diluye y las haciendas, mayormente locales y autonómicas, se perjudican. No creemos que los adquirentes sufran especialmente por ellos. Forman ya parte de la cultura jurídica popular estas afecciones, los notarios informan de ellas, y los adquirentes saben que cuando adquieren puede haber tributos reales pendientes de pago. No lo ha aclarado así el legislador, no sabemos si por desidia, por desconocimiento por ambas cosas a la vez o por ninguna de las dos. Cfr. en la doctrina CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Leyes hipotecarias. Concordancias, notas y jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1992; CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Pamplona,

La legislación concursal afecta de lleno a esta materia. Según la nueva ley concursal, de aplicación preferente sobre la L.G.T. una vez declarado el concurso, ex disposición adicional octava L.G.T.-2003, los créditos tributarios se clasifican en *especialmente privilegiados* —artículo 90 L.C.: sólo los garantizados con garantía real, de ahí la importancia de precisar claramente cual es ésta—, *generalmente privilegiados* —artículo 91 L.C.: las retenciones y el 50% del importe de los créditos en concepto de obligación tributaria material o principal—, *ordinarios* el 50% restante y *subordinados* —artículo 92 L.C.: los anotados tardíamente, los intereses de demora, recargos y sanciones—. Esta clasificación resulta inapelable una vez declarado el concurso y máxime para el caso de que éste termine con la liquidación de la empresa, por lo que a la Administración Tributaria parece que le caben tres tipos de reacciones: 1.^a Dictar, pese a la declaración de concurso, la providencia de apremio cuando sea menester y esperar a que el juez autorice o no la ejecución del bien de que se trate, según lo entienda prescindible o imprescindible; es decir, intentar la ejecución separada y al margen del concurso, derecho éste tradicional de la Hacienda Pública, muy restringido ahora con la nueva ley concursal ⁴⁵;

1999; y CHICO Y ORTIZ, J.M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, Marcial Pons, Madrid, 1994. Y en la jurisprudencia el abundante muestreo de ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *La hipoteca legal privilegiada...*, cit, donde recoge resoluciones muy significativas sobre estas cuestiones: el adquirente del dominio anterior al embargo no pecha con éste —S.T.S. de 29 de noviembre de 1962, Ar. 4.749—; la anotación de embargo no perjudica a adquirentes anteriores a ella, aún no inscritos —S.S.T.S. de 26 de febrero de 1980, Ar. 534— y 24 de marzo de 1983 —Ar. 1.614—; la anotación de embargo confiere a la Hacienda Pública prelación sobre los bienes del deudor pero no sobre aquéllos que ya no le pertenecían por haber dispuesto de los mismos, con anterioridad, y excepción hecha de la hipoteca legal tácita del artículo 73 L.G.T.-1963. El embargo no perjudica al adquirente anterior al mismo, aún no inscrito —S.T.S. de 23 de diciembre de 1983, Ar. 6.998—; la anotación de embargo confiere la inmediatez que es propia de los derechos reales, aunque no se asimila totalmente a la hipoteca —S.T.S. de 25 de septiembre de 1985, Ar. 4.408—; el embargo de la Hacienda Pública cede ante el embargo de otro acreedor anotado antes, pese al dictado del artículo 71 L.G.T.-1963, merced a la remisión que entonces realizaba el artículo 132 L.G.T. al 1.923 C.C. y 44 L.H —S.S.T.S. de 3 de mayo de 1988, Ar. 3.874, y 26 de marzo de 1991, Ar. 2.449—, que vaciaban en gran medida el artículo 71 L.G.T.-1963, de conformidad con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: El Estado tiene que anotar para ganar la preferencia, salvo en los supuestos de hipoteca legal tácita —Resoluciones D.G.R.N. de 20 de enero de 1960 y 22 de noviembre de 1974—. En contra, S.T.S.J. La Rioja de 21 de julio de 1997, J.T.A. 1.145 que asume los planteamientos de la Hacienda Pública acerca de la existencia del privilegio general de sus créditos, ex artículo 71 L.G.T.-1963, sin necesidad de anotación, por tratarse de un privilegio de grado, no de fecha.

⁴⁵ Han quedado demasiado ancladas en la legislación concursal ya derogada, respecto del ejercicio posible del derecho de ejecución separada, las argumentadas posiciones sostenidas a lo largo de sus obras por VARONA ALABERN, J.E.: *El crédito tributario en la quiebra*, Lex Nova, Valladolid, 2000 y ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *Las garantías reales*, cit. La lectura conjunta de los artículos 55 L.C. y 164 L.G.T. autoriza a dictar providencia de apremio aún con el auto del concurso ya dictado... pero no más. El apremio no puede continuar hasta que el juez lo autorice, lo que tendrá lugar si los bienes perseguidos no son bienes “afectos”, necesarios para la continuidad de la actividad empresarial. Y ello aunque se trate de créditos asegurados con garantía real. La providencia de apremio no traba bienes, ni tampoco la providencia de embargo, pese a los errores

2.^a Personarse en el concurso y firmar el convenio de acreedores, merced al cual se produce una suerte de condonación de los créditos tributarios en los términos que se pacten y que apruebe el juez, lo que evita la liquidación de la empresa y mitiga el juego de la clasificación anteexpuesta (artículos 123 y 136 L.C.)⁴⁶; 3.^a No firmar el convenio e intentar cobrar sus créditos uno a uno, forzando la liquidación de la sociedad, y haciendo valer sus privilegios, supuesto éste en que entraría en juego en todo su vigor la clasificación recién citada que la ley concursal establece (artículo 156 L.C.)⁴⁷. Según vamos

de algunos autores y operadores en la materia —Cfr. BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales...*, cit, página 80—. Es la diligencia de embargo la que única que traba. En caso de que ésta se haya dictado antes que la declaración de concurso, ¿pueden enajenarse los bienes en procedimiento de apremio separado? A nuestro juicio, la parálisis que la declaración de concurso significa se atenúa en este caso, en el que el juez, soberano como siempre, ha de ponderar si los bienes son necesarios para la continuidad de la empresa, para lo que puede decretar la espera de un año, propia de la ejecución de garantías reales, de análoga naturaleza a la traba por embargo. Si los bienes no son necesarios o si la subasta estaba ya anunciada, se impone su enajenación inmediata. Volveremos más adelante sobre estas cuestiones.

⁴⁶ MATA SIERRA, M.T.: “Las quitas del crédito tributario en el procedimiento concursal”, *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, I, Lex Nova, Valladolid, 2005 cree que la firma del convenio con quita incorpora una auténtica condonación. A su juicio, el derecho de abstención evita las vinculaciones del convenio pero nada resuelve si se va a la liquidación de la empresa. Recuerda que el nuevo artículo 164.4 L.G.T.-2003, en sintonía con la legislación concursal, autoriza que Hacienda concierte condiciones singulares de pago con el deudor que no pueden ser más favorables que las recogidas en el convenio general. Llama la atención sobre la aplicación de los topes del artículo 100 L.C. a los créditos tributarios: no quitas superiores al 50% de los créditos ordinarios ni esperas superiores a 5 años, aunque excepcionalmente quepan mayores... de todo lo cual deduce que se ha flexibilizado extraordinariamente la posición de la Hacienda Pública en los concursos, respecto de la legislación anterior, siendo posible incluso acordar la compensación de créditos del deudor. Lamenta, no obstante, que el principio de legalidad siga quebrado por mor de las instrucciones contenidas en pseudo normas carentes del rango adecuado —Circular de 25 de junio de 1990, Instrucción de 27 de marzo de 1995—: ha de ser la ley la que autorice las condonaciones, sus motivos, las cuantías, los requisitos...en atención al principio de continuidad de la empresa que podría permitir incluso, a su juicio, que Hacienda cobrara la última, sin privilegio alguno, en cuyo caso podríamos entrar en el terreno resbaladizo de la ayuda ilegal por competencia desleal. Entiende, por ello, que nunca deben concederse quitas del 100%, y que, en cualquier caso, debe de mediar especial atención a la viabilidad de la empresa, y a la diligencia o negligencia continuada del deudor.

⁴⁷ ORDIZ FUERTES, M.C.: “La clasificación del crédito tributario en caso de liquidación concursal”, *Tribuna Fiscal* n.º 185/2006, páginas 12-23, sostiene que las reformas tributarias y concursales del 2003 no tienen el alcance que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia viene declarando. A su juicio, siguen siendo numerosas las excepciones a la *par conditio creditorum* después de las reformas, como lo prueba la existencia de créditos subordinados y privilegiados regados por todo el ordenamiento jurídico, entre los que destacan los de la Hacienda Pública. No duda de que el objetivo de la legislación concursal sea la continuidad de la empresa. Pero por eso mismo plantea que si el concurso conduce a la liquidación de la empresa y no a su continuidad, no hay por qué sacrificar los privilegios de la Hacienda Pública, establecidos en aras al interés público que representa, para lo que propone una estrategia procesal y argumenta a favor de la prevalencia del crédito tributario con base en el tenor literal del artículo 77.2 L.G.T.-2003, según el cual, sólo en caso de convenio prevalece la ley concursal sobre la ley general tributaria. Ergo en caso de liquidación, prevalece la ley general tributaria y el crédito tributario sería privilegiado

explicando en este trabajo, a nuestro juicio sólo son créditos con privilegio especial incluibles en la primera categoría de protección de la ley concursal, tanto las hipotecas o prendas expresos constituidas a favor de Hacienda con arreglo a las prescripciones civiles como la hipoteca legal tácita del artículo 78 L.G.T.-2003, así como la afección legal del artículo 64 T.R.L.H.L. y las afecciones de bienes ex artículos 79 y 170 L.G.T.-2003 —embargo ejecutivo—. Son créditos asegurados con bienes afectos al pago del tributo, ex artículo 89.2 L.C., aunque el artículo 90 L.C. olvide incluir en la lista al embargo ejecutivo, de análoga eficacia real. El carácter real de la garantía se diluye demasiado, como iremos viendo, en las previstas en los artículos 77 (prelación general), 80 (derecho de retención) y 81 (medidas cautelares, embargo preventivo), pues solo despliegan eficacia real, reipersecutoriedad y posible enajenación, en combinación con otras, pero no por sí mismas. Repárese en que, a falta de convenio, primero se pagan los créditos contra la masa, sólo después los créditos con privilegio especial, a continuación y con el remanente, los créditos con privilegio general, después los ordinarios y por último los subordinados (artículos 154, 155 y 156 L.C.). La posición, pues, de Hacienda si se resiste a firmar el convenio, queda notablemente debilitada. Declarado el concurso, la prelación de créditos la marca la ley concursal (Disposición Final 1.^a L.C. que modifica el artículo 1921 C.C.). De ahí que la nueva legislación “invite” a Hacienda a firmar el convenio, superando las históricas rigideces inherentes a la transacción (Disposición Final 10.^a L.C. que modifica el artículo 39 L.G.P., artículo 164.4 L.G.T.-2003).

Todo ello si no se pierde de vista que la legislación concursal ha hecho del principio de supervivencia de la empresa la clave de su entera regulación, cuestión ésta que a veces olvidan los operadores que se enfrentan a los preceptos reguladores de las garantías reales: el legislador del 2003 quiere que la

ex artículo 77.1 L.G.T.-2003. Apoya esta interpretación en que la Hacienda Pública siempre ha huido del procedimiento concursal, antes porque era arcaico e inapropiado, y ahora porque las pretensiones de unificación de la Ley Concursal han resultado baldías a su entender. La Disposición Final 11.^a L.C. modificó los artículos 71, 72.3 y 129.3. y 4 L.G.T.-1963, para cohonestarlos con los artículos 91.4 y 55 L.C. Así, se hizo decir al artículo 71.2 L.G.T.-1963 reformado que “en caso de concurso...” prevalecerá la ley concursal. Pero el artículo 77.2 L.G.T.-2003 ha terminado por decir “en caso de convenio...”, lo que significa que queda fuera en caso de liquidación. La Disposición Final 11.^a L.C. nunca llegó a entrar en vigor, a su juicio, pues debió hacerlo el 1 de septiembre de 2004, y los artículos que pretendía reformar fueron derogados antes, por L.G.T.-2003, con efectos 1 de julio de 2004. La ley concursal, en fin, tampoco habría derogado preceptos de la L.G.T.-2003 porque ésta, aunque se tramita después, entra en vigor antes... y no cabe hablar de derogación tácita... según la alambicada interpretación de esta fidelísima Abogada del Estado y de las Administraciones Tributarias. Su pretensión es insostenible por las razones que se exponen en el texto. Y su estrategia procesal consistente en plantear incidente concursal —artículo 192.1 L.C.— para hacer valer el privilegio del crédito tributario al 100% ex artículo 77.1 L.G.T.-2003, equivocada. No existe ninguna contrarreforma concursal.

empresa continúe, y este deseo prevalece, a nuestro juicio, sobre el también legítimo de que la Hacienda cobre. Luego la representación de las Administraciones Tributarias ha de ponderar la situación de cada deudor sobre la base de estos nuevos criterios concursales, que no han calado todavía suficientemente en el ánimo de algunos operadores y comentaristas. La Disposición Adicional Octava L.G.T.-2003 es contundente: “Lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”. La prevalencia de la ley concursal es absoluta, sin que quepa distinguir entre concursos con convenio y concursos con liquidación, resultado, que, por otra parte, no es fácil adivinar a priori. Los Juzgados de lo Mercantil están siguiendo este criterio, haciendo caso omiso de enmiendas del Senado productoras de preceptos de redacción obtusa, como el artículo 77.2 L.G.T.-2003. Si se hubiera querido excepcionar de algún modo la aplicación de la coetánea legislación concursal, se habría establecido expresa y no tácitamente⁴⁸.

Estas son las soluciones que, a nuestro juicio, permite una interpretación lógica de las normas concurrentes —L.G.T. y L.C.—. Pero distan mucho de ser claras y unívocamente admitidas entre los operadores. Ha faltado en nuestros legisladores tributarios y concursales del 2003 precisión y coordinación, lo que va a generar —está generando ya— un sinfín de problemas en la práctica a la hora de articular debidamente la protección del crédito tributario en situaciones concursales y preconcursales⁴⁹.

⁴⁸ PÉREZ DE VEGA, L.: “Algunas consideraciones sobre la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución”, *Carta Tributaria* n.º 13/2005 (“monografías”) resalta que con arreglo al nuevo artículo 164.1 L.G.T.-2003, las Administraciones Tributarias tienen preferencia procedimental para ejecutar si la fecha de la providencia de apremio es anterior a la del auto declarativo del concurso. Ello permitiría mantener el derecho de ejecución separada, si bien con las limitaciones del artículo 55 L.C., para los apremios anteriores al concurso. También los créditos asegurados con garantía real gozarían de análoga extraconcursalidad y derecho de ejecución separada. A su juicio, la reforma prima la diligencia de Hacienda a la hora de apremiar, para poder ejecutar por su cuenta y al margen del concurso, diligencia, que, a mi juicio, siempre estará bajo vigilancia y tutela judicial, pues declarado el concurso compete al juez y solo al juez autorizar si continúan o no apremios ya iniciados, sobre bienes necesarios o no para la continuidad de la empresa. Aunque la fecha de la providencia de apremio sea anterior a la del auto declarativo del concurso, no cabe olvidar que el artículo 55 L.C. paraliza el apremio ya iniciado, diga lo que diga el artículo 164.1.b. L.G.T.-2003 sobre preferencias, parálisis que juega también en el caso de créditos asegurados con garantías reales, caso en el que el Juez puede decretar la espera de un año, a fin de procurar que se apruebe el convenio o, si pasa un año sin abrirse la fase de liquidación, o antes si lo estima oportuno, autorizar la continuación de la ejecución. Volveremos más adelante sobre este particular.

⁴⁹ Veáanse las contrapuestas opiniones que sobre el alcance de la reforma sostienen PITA GRANDAL, A.M.: “Algunas consideraciones sobre los créditos tributarios en la nueva ley concursal”, *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, I, Lex Nova, Valladolid, 2005; y SÁNCHEZ PINO, A.J.: “La personación y otras actuaciones de la Hacienda Pública en el procedimiento del concurso de acreedores”, *Temas tributarios de actualidad*

V. DEFECTOS DE REDACCIÓN Y OPERATIVIDAD EN EL ARTÍCULO 77 L.G.T.-2003. LA CONJUNCIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL Y LA POTESTAD EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. PRELACIÓN RELATIVA DE ÁMBITO OSCURO, NO ESCLARECIDO POR LAS REFORMAS RECIENTES, DEL DERECHO DE PRELACIÓN GENERAL O PRIVILEGIO GENERAL SOBRE BIENES MUEBLES E INMUEBLES DEL ARTÍCULO 71 L.G.T.-1963. EL POLÉMICO PAPEL DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. EL DILUIDO CARÁCTER REAL DE ESTA GARANTÍA: NO CONFIERE AL CRÉDITO EL CARÁCTER DE ESPECIALMENTE PRIVILEGIADO EN CASO DE CONCURSO, QUE SÍ TENDRÍA DE HABERSE PRACTICADO EMBARGO EJECUTIVO POR LA HACIENDA PÚBLICA CON ANTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Un claro ejemplo de la descoordinación que denunciamos entre la Ley General Tributaria y la Ley Concursal lo constituye el nuevo artículo 77 L.G.T.-2003, fiel trasunto del viejo artículo 71 L.G.T.-1963. Establece este precepto: “1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca o otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta Ley. 2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta,

n.º 33-34, A.E.A.F.-2005. La intelección del artículo 55 L.C., en conjunción con el artículo 164.2 L.G.T.-2003, nos lleva a entender que declarado el concurso no pueden ya iniciarse ejecuciones singulares ni seguirse apremios iniciados antes... podrán continuarse aquéllos en los que ya se hubiera dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso y siempre que los bienes objeto de ejecución no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial... lo cual deberá ser autorizado por el juez. Las actuaciones en tramitación quedarán en suspenso hasta que medie esta autorización. El artículo 164.2 L.G.T.-2003 autoriza a dictar, aún con el concurso ya declarado, providencia de apremio, liquidando el recargo y notificarla, esperando a lo que diga el juez... lo que permitiría a la Administración ejecuciones no perturbadoras del concurso, siempre con permiso del juez, y sustrayéndose al severo orden del concurso. Para BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales...*, cit, páginas 16 y 34, la reforma concursal trata de mantener un equilibrio entre la insensibilidad de las garantías reales a toda situación concursal, los intereses de todos y cada uno de los acreedores y el interés general a que la empresa se salve.

quedarán sometidos a los establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”⁵⁰.

Difícilmente se encontrará un precepto con una redacción más deficiente a la de éste, que estaba necesitado como ninguno de una reforma de su tenor literal, que la L.G.T.-2003 ha mantenido tal cual, incomprensiblemente. La penosa y arcaica redacción de este artículo, que se mantiene viva entre nosotros, puede hacer pensar a quien se fíe de su tenor literal que cuando el crédito de un acreedor esté inscrito en el Registro con anterioridad al de Hacienda, vence a éste; y puede hacer pensar también que el criterio para que venza uno u otro es el de la constancia en el Registro. Bueno pues, ni una ni otra aseveración son pacíficas, según han tenido a bien explicitar doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que si en algo han discrepado a la hora de interpretar este precepto sistemáticamente, en su contexto, dentro del ordenamiento jurídico del que forma parte, es en el papel de la anotación en el Registro. Pero ni el “acreedor de dominio” (es decir, el propietario no poseedor) o prenda (acreedor pignoraticio, poseedor de la cosa dada en prenda), con derecho anterior al de Hacienda y no inscrito, porque ninguna falta hace inscribirlo, parece que puedan verse perjudicados por esta preferencia⁵¹. Bien pudiera

⁵⁰ RUIZ BURSÓN, J.: “Estudio del privilegio general de la Hacienda Pública tras las reformas de la Ley Concursal y de la L.G.T.”, *Revista Técnica Tributaria* n.º 72/2006, ha destacado la pervivencia de este añejo privilegio en la L.G.T.-2003, sobre la base de su frecuente uso. Destaca que la concurrencia de acreedores, uno a uno o en colectivo, declarada o no mediante concurso, obliga a establecer preferencias para el cobro. Pero lamenta que sigan siendo varias, y no concordantes, las listas de preferencias aplicables por mor de la dispersión legislativa reinante, con la que no han terminado las reformas de 2003 en la L.G.T. y L.C. Como explica GOMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia del crédito tributario...*, cit, páginas 47 y siguientes, el crédito tributario vencido y no satisfecho, que motiva el embargo anotado es preferente, se cobra antes, que los créditos no garantizados por derecho real constituido antes de la anotación en el Registro del embargo de Hacienda. Es decir, que goza de prelación frente a los créditos ordinarios, sean de la fecha que sean, estén anotados los embargos que generan o no lo estén, así como frente a los garantizados por derecho real constituido después de la anotación del embargo tributario en el Registro. Esta es, a nuestro juicio, la interpretación más razonable del precepto, dentro de un maraña legislativa notable, en la que caben, como no otras interpretaciones. Pero no podemos detenernos en ellas porque no constituyen el objeto de nuestro trabajo, centrado en la ejecución de garantías reales, que, como veremos, no incorpora este precepto.

⁵¹ La doctrina es unánime al criticar la expresión “acreedor de dominio”, y es bastante concordante, a día de hoy y después de muchos vaivenes jurisprudenciales, en que la preferencia para el cobro a favor del crédito tributario cede ante varios acreedores, tan privilegiados o más que Hacienda por otras normas de nuestro ordenamiento jurídico. Así, el crédito tributario cede ante el crédito salarial superprivilegiado de los artículos 32.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores; es inoperante ante el propietario del bien, aunque no estuviera inscrito como tal, adquirente del bien antes del embargo, que lo liberará de la traba ejercitando la tercería de dominio; es inoperante ante los titulares de derechos reales de goce y disfrute, derechos que lo son de terceros ajenos al embargo, que no necesitan de inscripción y que no pueden ser embargados por que no son de la titularidad del deudor embargado; cede ante los acreedores pignoraticios anteriores al embargo, que tampoco necesitan de inscripción, pues en la prenda el desplazamiento posesorio sustituye a la

haberse aprovechado la reforma para despejar esta eterna polémica, que se seguirá planteando en los mismos términos que hasta la fecha, merced a la negligencia del legislador de la L.G.T.-2003⁵².

El segundo defecto de redacción de este precepto es novedoso y proviene de la inclusión en el artículo de un apartado 2, que no traza nítidamente las relaciones L.G.T.-L.C. Nos referimos a ambas cuestiones seguidamente.

A nuestro juicio, la prelación a que se refiere este artículo 77.1 L.G.T.-2003 significa preferencia para el cobro de que goza un acreedor frente a otros acreedores, todos ante un deudor ejecutado⁵³. Es una garantía pensada

inscripción; cede ante los acreedores hipotecarios de hipoteca inscrita, constituida, con anterioridad a la fecha de la anotación de embargo. Cfr. MUÑOZ MERINO, A.: *Privilegios del crédito tributario...*, cit, páginas 122-135; y VARONA ALABERN, J.E.: *El crédito tributario en la quiebra...*, cit, páginas 133 y siguientes.

⁵² Sí corrigió el legislador en la reforma L.G.T.-1995 el criterio que sostenían el T.S. y el R.G.R.-1990, en virtud del cual el crédito de Hacienda también cedía frente a los acreedores ordinarios anteriores a la fecha del embargo de hacienda, aún no inscritos, por el juego del anterior 132 L.G.T. 1963, que en reenvío a los artículos 44 L.H. y 1.923.4 C.C., otorgaban a Hacienda preferencia frente a acreedores ordinarios que lo fueran posteriores a la anotación por Hacienda del embargo en el Registro. Desde la L.G.T.-1995, el crédito de Hacienda es sin duda preferente a todos los acreedores ordinarios, con anotación o sin ella, sean de la fecha que sean, pues la nueva redacción del artículo 134 hizo inviable la remisión a los preceptos civiles antes citados, y torna de dudosa legalidad al artículo 34 R.G.R.-1990: el privilegio de Hacienda es de grado, no de fecha, el embargo lo publica, no lo constituye, lo anuncia pero no altera la prelación que la ley establece. También es operativo el crédito preferente de Hacienda frente a acreedores pignoraticios posteriores en la constitución de su prenda a la fecha de la anotación de embargo, por Hacienda y a acreedores hipotecarios posteriores en la inscripción de su hipoteca a la fecha de la anotación de embargo por Hacienda. Pero las vacilaciones doctrinales y jurisprudenciales respecto de estos órdenes de preferencias son notables. RUIZ BURSÓN, J.: *Estudio del privilegio general...*, cit, recuerda con acierto que la publicidad registral ofrece seguridad jurídica y ello lleva a proteger al titular de derecho inscrito que lo adquiere sin que en el Registro conste carga, traba, afección, embargo o hipoteca alguna, sea a favor de Hacienda o de cualquier otro acreedor, según el clásico *prior in tempore potior iure*, lema del cuerpo de Registradores de la Propiedad, que solo se exceptiona con las hipotecas o afecciones legales tácitas que veremos luego. Pero este artículo 77 L.G.T.-2003, al igual que su predecesor artículo 71 L.G.T.-1963, no incorpora una afección legal genérica de todos los bienes del deudor ni una hipoteca legal general y solidaria, tal y como explica GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia del crédito tributario...*, cit, páginas 50-2.

⁵³ Como bien explica MUÑOZ MERINO, A.: *Privilegios del crédito tributario...*, cit, páginas 95-96, el derecho de prelación carece de sentido cuando no se llega a la ejecución del crédito así como cuando un solo acreedor ejecuta al deudor. Es operativo cuando son varios los acreedores ejecutantes. A nuestro juicio, tras la Ley 22/2003, el juego de este artículo queda reservado, por mor de la legislación concursal, al caso de concurrencia de ejecuciones singulares de varios acreedores, sin que se haya declarado el concurso, pues una vez declarado el concurso, las prelacións son las que establece la ley del concurso. La preferencia procedimental para ejecutar la marca el artículo 164 L.G.T.-2003: cuando concurre el procedimiento de apremio con otras ejecuciones singulares no concursales, tendrá preferencia el procedimiento en el que se haya decretado el embargo más antiguo —el artículo 77.1 R.G.R.-2005 fija como referencia la fecha de la diligencia—; cuando concurre el procedimiento de apremio con la ejecución concursal, prevalece la ley concursal en los términos que ya hemos explicado en el epígrafe preferente. Ejecuta el que tiene la preferencia procedimental, que tendrá que repartir el líquido obtenido en la subasta de conformidad

para el caso de que concurren varios acreedores a cobrar a un deudor que no satisfaga sus deudas, entre ellas la tributaria, en período voluntario dando pie a la vía de apremio, con embargo de sus bienes y venta en pública subasta, para con el líquido obtenido proceder a satisfacer todas sus deudas. La prelación de crédito tributario juega su papel en este momento, en el que varios acreedores ejecutantes singulares cada uno de su crédito, quieren cobrar y se duda de la existencia de líquido obtenido suficiente para cubrir todos los créditos. ¿Quién cobra primero de ese líquido obtenido mediante subasta? La Hacienda estatal, autonómica y local (artículo 2 L.O.F.C.A. y artículo 2 L.H.L.) goza de preferencia para el cobro de sus créditos liquidados o autoliquidados vencidos y no satisfechos transcurrido el período voluntario de pago, pero será operativa esa preferencia “en cuanto concorra con acreedores que *no* lo sean de dominio, prenda, hipoteca, o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el Registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública...”⁵⁴.

El precepto establece un privilegio relativo y no absoluto, una preferencia para el cobro ni siquiera exclusiva ni totalmente excluyente. La Hacienda Pública vence a unos acreedores pero cede ante otros acreedores, en hipótesis de preferencias sobre las que se han hartado a discutir la doctrina y la jurisprudencia, que no siempre han deslindado suficientemente que la anota-

con el criterio del artículo 77.1 L.G.T.-2003. ¿Y cuál es éste? ¿Cuándo nace la preferencia? Los autores y los tribunales barajan hasta 4 criterios de preferencia temporal, 4 posibles fechas a las que referirse, momentos homogéneos que determinen la prioridad para el cobro: 1.- el criterio del devengo o nacimiento del derecho de crédito de que se trate; 2.- el criterio del vencimiento, momento en que el crédito está vencido y no satisfecho, en descubierto acreditado documentalmente; 3.- el criterio de la traba efectiva del bien, fecha de la diligencia o mandamiento de embargo; 4.- el criterio de la anotación del embargo en el Registro, fecha de ésta. Cfr. VARONA ALABERN, J.E.: *El crédito tributario en la quiebra...*, cit, páginas 41-76.

⁵⁴ Está completamente apagada la polémica acerca de si el privilegio beneficia solo a créditos de la Hacienda Pública estatal o también de la autonómica y local. A 2006, no se sostiene otra posibilidad que la aplicación en su caso del privilegio a todos los créditos tributarios, sean quien sea el acreedor, vistos los preceptos citados en el texto. Pero sigue siendo necesario esclarecer que este precepto no incorpora ninguna garantía real, a nuestro juicio. Incorpora una mera prelación para el cobro, destaca el carácter privilegiado del crédito tributario, que se cobra antes que otros en caso de concurrencia no colectiva o concursal de acreedores, pero no sujeta bienes al cumplimiento de la obligación. Se trata, pues, de un privilegio procedimental relativo y no absoluto, de liviano carácter real. Sea cual sea la hipótesis de preferencias que se adopte, nada pacífica por mor de la legislación civil e hipotecaria, lo que está claro es que el precepto no sujeta bienes, establece preferencias para el cobro, y no absolutas sino relativas. El bien habrá sido trabado, si acaso, en aplicación de la potestad ejecutiva —artículo 170 L.G.T.-2003— no por aplicación de este artículo 77 L.G.T.-2003. Éste necesita de aquél: para que haya derecho al cobro preferente hace falta que un acreedor haya trabado y otro pretenda cobrar antes que él. Luego el artículo 77 L.G.T.-2003, por sí sólo, no instrumenta una garantía real, simplemente ayuda a que ésta sea efectiva. Es el embargo ejecutivo el que sujeta el bien, en su caso, al cumplimiento de la obligación. Cfr. ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *Las garantías reales...*, cit, páginas 45-56 y 85-88.

ción de embargo es conveniente para que Hacienda haga valer su preferencia en la generalidad de los casos; pero tal anotación no le concede ni la preferencia procedimental para ejecutar ni la preferencia material para cobrar, aspectos todos que confunden a los operadores jurídicos merced a la penosa redacción del precepto. A nuestro juicio, anotando el embargo Hacienda anuncia su pretensión de cobro a otros posibles acreedores ejecutantes con los que puede entrar en concurrencia, anuncia a esos acreedores la existencia de un embargo administrativo que concurre con la pretensión de cobro de ellos, y ejercita así, pretende ejercitar, su derecho preferente de cobrar antes que nadie. Ahora bien, la preferencia procedimental para ejecutar primero no se la otorga la fecha de la anotación del embargo en el Registro sino la fecha de la diligencia de embargo —artículo 164 L.G.T.-2003—. Y la preferencia material para el cobro tampoco se altera por anotar antes o después, ni por embargar primero, sino por gozar de un título ejecutivo de fecha anterior, sea la providencia de apremio que certifica el descubierto, sea la sentencia judicial ejecutiva, sea la inscripción de la hipoteca. Éste es el sentido que procede extraer, a mi entender, de una interpretación armónica de la legislación tributaria, la civil y la hipotecaria⁵⁵.

Buena parte de las confusiones que produce este precepto, a nuestro entender, vienen dadas por su desafortunada ubicación sistemática, en el seno de las garantías del crédito tributario. El artículo 77 estaría mejor colocado en sede de recaudación ejecutiva, a renglón seguido del embargo y junto a las tercerías. Nótese que el embargo ejecutivo (artículo 170 L.G.T.-2003) y la prelación para el cobro (artículo 77 L.G.T.-2003) operan en momentos sucesivos. Aquél precede a éste en la generalidad de los casos. Éste necesita de aquél. No hay prelación donde no hay ejecución previa y concurrente. Luego la prelación es operativa y adquiere su sentido a partir de un embargo previamente practicado con carácter ejecutivo por un acreedor. El derecho de prelación debería de regularse a continuación de, y como una característica de,

⁵⁵ A nuestro juicio, es la certificación de descubierto, hoy plasmada en la providencia de apremio, el título ejecutivo que determina la existencia de un crédito tributario vencido y no satisfecho, crédito preferente en los términos del artículo 77.1 L.G.T.-2003. El artículo 170.2 L.G.T.-2003 ratifica la reforma que la L.G.T.-1995 realizó a los artículos 132 y 134 L.G.T.-1963, para terminar con el reenvío a los artículos 44 L.H. y 1923 C.C.: “La anotación preventiva de embargo no altera la prelación para el cobro de los créditos tributarios que establece el artículo 77 L.G.T.-2003 siempre que se ejercite la tercería de mejor derecho”. Como ya hemos explicado anteriormente, antes de la reforma de 1995 la jurisprudencia del Tribunal Supremo sólo concedía al crédito tributario preferencia frente a acreedores ordinarios si Hacienda anotaba el embargo en el Registro antes que ellos el suyo. Interpretación que erradica el legislador tributario de 1995, dando al traste con aplicaciones de normas civiles dictadas en tiempos lejanos, nada coherentes con los tiempos en que se han dictado otras posteriores tributarias, como explican MUÑOZ MERINO, A.: *Privilegios del crédito tributario...*, cit, páginas 103-112; y RUIZ BURSÓN, J.: *Estudio del privilegio general...*, ob. y loc. cit.

el crédito tributario ejecutivo y ejecutorio, apremiado y que da lugar a un embargo. También debe Hacienda desde luego, ejercitar la tercería cuando es otro acreedor ejecutante el que se le ha adelantado embargando en un procedimiento ejecutivo singular ⁵⁶.

La reforma del precepto bien podría haberse aprovechado para resolver las eternas dudas planteadas por la doctrina y la jurisprudencia respecto de su predecesor artículo 71 L.G.T.-1963, en torno a quien vence el crédito tributario preferente ⁵⁷. Ocurre, a nuestro juicio, que legislador tributario no se ha atrevido a entrar en un terreno pantanoso, el de los privilegios de los créditos de toda clase y condición, a sabiendas de la maraña legislativa que los envuelve ⁵⁸, y así sigue también sin quedar claro el papel de la anotación de em-

⁵⁶ No puede olvidarse que el titular de un derecho anterior a la anotación de embargo no tiene que soportar éste. Podrá ejercer con éxito su tercería, de dominio o de mejor derecho, en defensa de su derecho real adquirido antes de que naciera la preferencia del crédito de Hacienda, pero no inscrito. En resumen, si el derecho es de inscripción facultativa, declarativa (por ejemplo, el dominio, la prenda) éste tercero gana cuando su derecho nació antes que el derecho de preferencia de Hacienda, aunque no haya inscrito antes que Hacienda; pero si el derecho es de inscripción constitutiva (por ejemplo, la hipoteca) la prioridad la marca la fecha de inscripción de la hipoteca, que vencerá a Hacienda si ésta no anotó antes su embargo. Cfr. PÉREZ DE VEGA, L.: *Algunas consideraciones sobre la concurrencia...*, cit. El nuevo R.G.R.-2005 regula con exhaustividad los embargos en los artículos 75 a 93, con especial atención a las anotaciones "preventivas" de embargo en los artículos 84 a 88. Tales anotaciones, a nuestro juicio, no tienen nada de preventivas cuando se practican en el momento oportuno del procedimiento ejecutivo. Pero la inercia histórico-terminológica de la legislación hipotecaria conduce a esta denominación. Especialmente singular resulta el artículo 84, porque prevé que se vaya a anotar un embargo sobre un bien que no ha accedido al registro por no haber pagado el tributo...Al reglamentador le traiciona el solve et repete y cree que solo previo pago se puede inscribir, para lo cual dice que en estos casos se tramite y conceda un aplazamiento que permite la inscripción del bien con la notas de pago aplazado pendiente y "preventiva" de embargo. Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *El aplazamiento en el pago de los tributos*, Lex Nova, Valladolid, 1996.

⁵⁷ Para ORDIZ FUERTES, M.C.: "La clasificación del crédito tributario en caso de liquidación concursal", *Tribuna Fiscal* n.º 185/2006, la línea interpretativa tradicional del Tribunal Supremo que ya hemos comentado críticamente más arriba desconoce que este precepto incorpora tanto un privilegio general, análogo al del crédito salarial del artículo 32 E.T., como, cuando se anota en el Registro el embargo, un privilegio especial sobre el inmueble. El privilegio es de grado, no de fecha, existe aunque no se haya practicado y anotado el embargo, posición que respalda el Dictamen del Consejo de Estado de 23 de enero de 1992, y que el Tribunal Supremo ha aceptado solo tras la reforma que en 1995 se realizó de los artículos 132 y 134, inciso final, L.G.T. A nuestro juicio, el privilegio que comentamos es inoperante sin previo embargo administrativo o tercería de Hacienda planteada ante otro ejecutante singular que ya ha embargado. El artículo 77 L.G.T.-2003 no incorpora ningún privilegio especial sobre ningún inmueble. Es el embargo administrativo ejecutivo ex artículo 170 L.G.T.-2003 el que traba bienes, en su caso, el que los sujeta al cumplimiento de la obligación tributaria. Y es la tercería de Hacienda la que trata, en su caso, de liberarlos de los efectos de una traba ajena.

⁵⁸ PÉREZ DE VEGA, L.: *Algunas consideraciones sobre la concurrencia...*, cit, ha subrayado con acierto las disonancias entre la legislación tributaria, civil y concursal, señalando que es la fecha de la diligencia de embargo la que marca ahora la preferencia procedimental de la Administración Tributaria en caso de concurrencia con ejecutantes singulares. No lo es la fecha de su notificación, ni la fecha de las providencias de apremio o embargo ni la fecha de la anotación del

bargo⁵⁹. Pero lo que sí debe esclarecerse, a nuestro juicio, entre los operadores jurídicos, es que este privilegio, *per se*, adolece de carácter real, *erga omnes*, no sólo porque que cede muchas veces ante muchos acreedores, sino por que no sujeta bienes concretos, no lo olvidemos, bienes que, si están trabados, lo están por el embargo, no por la acción de este prelación para el cobro. Así las cosas, lo que sí está claro es que su eficacia real queda muy diluida también con la nueva redacción. Estamos ante un privilegio de corte procedimental, no ante garantía real⁶⁰.

Si compleja es la operatividad del apartado 1 de este artículo 77, pensado para jugar en casos de concurrencia del crédito tributario con acreedores singulares ejecutantes, más confusión va a traer la redacción del apartado 2 del mismo artículo 77, destinado a jugar cuando la concurrencia del crédito tributario a ejecutar lo es con un procedimiento concursal, es decir, con la generalidad de los acreedores del deudor. Y ello porque la redacción final de este precepto siembra la duda acerca de si es operativo solo para el caso de que el concurso finalice con convenio o también para el caso de que el concurso termine con la liquidación. A favor de la primera solución juega el desafortunado tenor literal del precepto, al que ya se han aferrado, como a un clavo ardiendo, los defensores a ultranza de los privilegios administrativos, que pretenden que apenas nada ha cambiado con la aprobación de las reformas de la legislación concursal. En contra de esta posición, y a favor de la premi-

embargo en el Registro. Ahora bien, la diligencia de embargo no incorpora preferencia material. Si concurre un tercerista de mejor derecho, ganará su tercería. Pero si no lo hay, el cobro se materializará por el orden registral de las anotaciones de embargo, como dice el artículo 170.2 L.G.T.-2003. Exhaustiva regulación de la llamada anotación preventiva de embargo ahora en los artículos 84 a 88 R.G.R.-2005. Para el ejercicio de la tercería por Hacienda son claves ahora los artículos 64 y 122 R.G.R.-2005. Y para la tercería contra Hacienda, los artículos 77 y 117 a 121 R.G.R.-2005. El artículo 64.2 R.G.R.-2005 recuerda a Hacienda que, además de anotar sus créditos en el registro, puede ejercer otras acciones legales en defensa de su derecho (si detecta anomalías tales como operaciones en fraude de acreedores cuya rescisión puede instar con acciones penales o civiles). La anotación por Hacienda de su derecho mejora indudablemente su posición: enervará acciones perjudiciales para su crédito posteriores a la anotación; ganará, según el T.S., la protección del artículo 1923.4 C.C. respecto a créditos posteriores a la anotación; y publicará el embargo convirtiendo así su preferencia general en especial y concreta sobre el bien. No cabe duda de que los tradicionales dictados de los artículos 1923.1 y 1924.1 C.C. han quedado seriamente tocados con las reformas de la L.G.T. y L.C. Cfr. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia del crédito tributario...*, cit, páginas 50-52.

⁵⁹ Las hipótesis de concurrencia son tantas que exceden de cualquier intento de sistematización que pudiéramos realizar en este trabajo, que no tiene ello por objeto. Cfr. los esforzados y valiosos ensayos de MUÑOZ MERINO, VARONA ALABERN, GÓMEZ CABRERA y ARRANZ DE ANDRÉS, en las obras reiteradamente citadas.

⁶⁰ Se inclinan por el carácter procedimental MUÑOZ MERINO, A.: *Privilegios del crédito tributario...*, ob.cit; y ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *La hipoteca legal privilegiada...*, cit, y *Las garantías reales...*, cit, páginas 448-458. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit, entiendo que ni siquiera tiene carácter procedimental. Se trata de una cualidad del crédito tributario.

nencia de la legislación concursal en todo caso de concurso declarado, juega una interpretación no apresurada ni literalista del dictado de este artículo 77.2 que en trámite parlamentario de enmienda en el Senado adquirió una redacción no concordante ni con el espíritu ni con la letra de las coetáneas reformas normativas en materia concursal, pero tampoco con el dictado de la Disposición Adicional 8.^a de la propia L.G.T.-2003, no enmendada en el Senado y que sigue diciendo que, con convenio y sin convenio, en caso de concurso manda la ley concursal. Pretender resucitar la prelación de los créditos tributarios ex artículo 77.1 L.G.T.-2003 en caso de concurso que termine con liquidación, nos parece una misión imposible, y así lo están declarando los juzgados de lo mercantil concededores exclusivos y excluyentes de la cuestión ⁶¹.

Realmente el legislador ha estado torpe y confuso al sembrar la duda sobre la operatividad de los privilegios del crédito tributario en caso de concurso. Según el novedoso apartado 2 del artículo 77, parece que el derecho de prelación contemplado en el apartado 1 del mismo solo queda fuera de juego en caso de convenio concursal. Y si el concurso se ventila sin convenio, es decir, con liquidación, ¿juega o no juega este privilegio? ¿Queda circunscrito solo a los casos en que no se declara el concurso o también a los casos en que el concurso termina con la liquidación, sin convenio? ¿Y a aquéllos en los que ha mediado convenio pero Hacienda se ha abstenido de firmarlo? Según la Disposición Final 8.^a L.G.T.-2003, en caso de concurso prevalece la Ley Concursal sobre la Ley General Tributaria, declaración ésta que no cuadra con la redacción del artículo 77.2 L.G.T. Pero a nuestro juicio, en caso de concurso, con convenio o sin convenio, no hay duda de que prevalecen las disposiciones de la Ley Concursal. Juega entonces el artículo 91 L.C.: los créditos fiscales son generalmente privilegiados, sólo por el 50% de su

⁶¹ Hemos argumentado a favor de esta solución en el epígrafe precedente d al que nos remitimos. RUIZ BURSÓN, J.: *Estudio del privilegio general...*, cit, opina que la nueva redacción del artículo 77.2 L.G.T.-2003 remarca la preferencia de la legislación concursal solo en caso de convenio porque en caso de liquidación es tan obvio que manda la ley concursal, que resultaría necio recordarlo. La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 7 de abril de 2006 —*Información Fiscal* n.º 77/2006— recoge espléndidamente los argumentos a favor de la solución que propugnamos, ya vertidos en las resoluciones judiciales que cita, y que niegan la existencia de ninguna contrarreforma ni nada que se le parezca, que permita eludir el carácter de ley especial que tiene la ley concursal, que no admite más privilegios que los que ella misma contempla —artículo 89.2 L.C.—. En el mismo sentido, GONZÁLEZ-CARBALLO ALMODÓVAR, A.: “Las garantías del crédito tributario”, en la obra colectiva *Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria* (homenaje a D. Pdero Luis Serrera Contreras), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, para quien estas dos líneas del artículo 77.2 L.G.T. no pueden enervar la aplicación de la ley concursal entera. Entiende que se trata de un despiste legislativo, de un error que producirá una litigiosidad innecesaria. Es la disposición adicional segunda la que recoge excepciones a la ley concursal, y allí no constan especialidades tributarias que rompan la unidad de disciplina legal, material y procedimental, que establece la legislación concursal, a interpretar con criterios sistémicos, teleológicos y principialistas.

importe, y ordinarios por el resto, y ello tendrá que tenerlo en cuenta la Abogacía del Estado a la hora de optar por firmar el convenio o ejercitar el derecho de abstención. Una vez declarado el concurso, y culmine éste con la liquidación de la empresa o con un convenio, los créditos tributarios, antes beneficiados por este privilegio general del artículo 77.1 L.G.T.-2003, reciben la calificación de generalmente privilegiados, y lo serán sólo por el 50% de su importe —artículo 91 L.C.— quedando por el resto como créditos ordinarios ⁶².

Ahora bien, tratándose de créditos asegurados por bienes concretos embargados ejecutivamente por la Hacienda Pública, estaríamos a nuestro juicio ante créditos asegurados con bienes afectos, privilegiados especiales ex artículo 89.2 L.C. Si la Administración Tributaria había embargado antes del concurso, tendríamos un bien sujeto al cumplimiento de una obligación, trabado, cual hipotecado, asegurando un crédito con eficacia real. El crédito así garantizado disfruta del privilegio especial y, en su caso, del derecho de ejecución separada porque, como hemos venido explicando en epígrafes anteriores, está asegurado con eficacia real: se trata de un bien afecto al pago de un tributo ex artículo 79.1 L.G.T.-2003, afección de naturaleza hipotecaria que le ha deparado el embargo ejecutivo practicado sobre un bien del deudor ex artículos 170 L.G.T.-2003 y 1.911 C.C. ⁶³.

⁶² Declarado el concurso, todos los acreedores quedan integrados en la masa pasiva, ex artículo 49 L.C. La apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, ex artículo 146 L.C. Se suspende el devengo de intereses, salvo en los créditos asegurados con garantía real, hasta donde llegue la garantía, ex artículo 59 L.C. Los créditos por intereses son subordinados, les afecta el convenio que puede rebajar el tipo de interés aplicable. La evolución de estas previsiones respecto a la legislación anterior puede verse en ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *Las garantías reales...*, cit, páginas 470-6; BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales...*, cit, páginas 44 a 68; GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit, páginas 130 y siguientes; MARTÍN TIMÓN, M.: “Embargos y tercerías de la Hacienda Pública”, *Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978; y SIERRA BRAVO, R.: “Comentarios a los artículos 37 y 38 R.G.R.”, en *Comentarios a las leyes tributarias y financieras*, tomo XVI, Edersa, Madrid, 1983.

⁶³ Vid. Supra epígrafes a, b, c, y d. Nótese que, a nuestro entender, el crédito tributario asegurado por embargo administrativo ejecutivo participa de una doble posibilidad de ejecución separada, siempre con permiso judicial y no tratándose bienes necesarios para la continuidad de la empresa: la que deriva de su condición de crédito asegurado con garantía real ex artículo 89.2 L.C. y la que deriva de su condición de crédito sobre el que ha recaído no sólo apremio sino incluso embargo anterior al concurso, que es de ejecución preferente según el artículo 164.1.b. L.G.T.-2003, todo ello con las matizaciones que incorpora el artículo 55 L.C. ya comentadas. Para BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales...*, cit, páginas 19-40 y 44-49, se puede considerar que son equivalentes, a efectos de concurso, los créditos con garantía real y los créditos con privilegio especial proyectado sobre bienes afectos. La insensibilidad de la garantía real se atenúa en caso de concurso.

VI. LA HIPOTECA LEGAL TÁCITA, ¿“SUPERADA”
POR LA AFECCIÓN DE BIENES AL PAGO DEL I.B.I.?
DEL PRIVILEGIO O PRELACIÓN ESPECIAL SOBRE BIENES
MUEBLES E INMUEBLES DEL ARTÍCULO 73 L.G.T.-1963
Y 78 L.G.T.-2003, AL ARTÍCULO 76 L.H.L.-1988
Y 64 T.R.L.H.L.-2004. EL CRÉDITO ESPECIALMENTE
PRIVILEGIADO EN CASO DE CONCURSO
DE MANERA INDUBITADA

El artículo 78 L.G.T.-2003, bajo el rótulo Hipoteca legal tácita, establece: “En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público, o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior”. Realmente sorprende que la redacción del precepto se mantenga en términos tan arcaicos y referidos a tributos inexistentes en pleno siglo XXI. La pereza legislativa ha podido esta vez con el *animus reformandi*. Bajo una notable fraseología se regula en este precepto una sola garantía eficaz para el cobro de la deuda tributaria correspondiente a un solo tributo: el Impuesto sobre Bienes Inmuebles⁶⁴. Cuando los bienes salen del patrimonio del deudor, lo primero que le interesa asegurar al legislador es el cobro del impuesto patrimonial que grava la titularidad del bien. En un sistema de garantías reales, es lógico que ocupe una posición señera esta garantía. Los bienes inmuebles están sujetos al pago del impuesto real que grava la riqueza patrimonial de una manera estática, y lo están cualquiera que sea su poseedor. Goza de una tradición secular apreciable, según ha detectado la doctrina⁶⁵.

⁶⁴ Las contribuciones territoriales rústica y urbana sí gravaban los productos de los bienes ciertos o presuntos, pero su único heredero en el sistema, el impuesto sobre bienes inmuebles, es un impuesto patrimonial. Cfr. FALCÓN Y TELLA, R.: “Hipoteca legal tácita”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Civitas, Madrid, 1995; MANTERO SÁENZ, A.: “La hipoteca legal tácita”, *Crónica Tributaria* n.º 35/1981.

⁶⁵ ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *Las garantías reales...*, cit, páginas 96-104, ha indagado en sus orígenes no ya romanos sino griegos, de donde pasa a las Partidas, a la legislación hipotecaria (artículos 168 y 194 L.H., artículo 271 R.H.), al Código Civil (artículo 1.923) y a la Ley General Tributaria, concluyendo su itinerario, de momento y con ligeros ajustes, en la Ley de Haciendas Locales, como vemos enseguida. La garantía opera finca por finca, bien por bien, y en epígrafes anteriores hemos dado cuenta de los recelos que suscita en la doctrina civilista, por su carácter secreto y excepcional respecto de cualquier otra hipoteca: carga pública al margen de los principios hipotecarios que repugna a la doctrina *iusprivatista* y confunde a los comentaristas. Véase GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “Contra el privilegio general del artículo 71 de la Ley General Tributaria”, *Tribuna Fiscal* n.º 94-95/1998 (I) y n.º 101/1999 (II); y SIMÓN ACOSTA, E.-CHECA GONZÁLEZ, C.-GONZÁLEZ GARCÍA, E.-LOZANO SERRANO, C.: “¿Existe la hipoteca legal

La redacción del precepto no es precisamente un modelo de claridad, razón por la que se ha podido entender que esta garantía era aplicable también en otros impuestos patrimoniales, tales como el impuesto sobre el patrimonio, el impuesto sobre bienes inmuebles de las entidades no residentes, el impuesto sobre circulación de vehículos o el viejo impuesto sobre solares⁶⁶. En la L.G.T.-1963 el artículo 73 decía prácticamente lo mismo que este precepto. Antiguamente podía tener sentido la regulación de esta garantía en leyes de carácter general, dada la importancia que en otro tiempo tuvieron las contribuciones rústica y urbana dentro del sistema tributario, tributos éstos de los que trae causa la figura⁶⁷. A nuestro juicio, hoy por hoy la garantía que comentamos está de más en la Ley General Tributaria. Bastaría con su previsión en la Ley de Haciendas Locales, reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Pero ocurre que a esta ley se ha incorporado otra garantía similar, la afección de bienes al pago del I.B.I., cuya operatividad rebasa en cierto sentido la de ésta, pues alcanza a todas las deudas no prescritas, la del año en curso y 4 más, como veremos más adelante, razón por la

tácita del artículo 73 L.G.T.? Una interpretación heterodoxa”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* n.º 15/1998.

⁶⁶ Veáanse las dudas a este respecto que ha mostrado la doctrina en ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *La hipoteca legal...*, cit., que se inclina por incluir dentro del ámbito de aplicación de esta garantía al impuesto sobre los bienes inmuebles de las entidades no residentes y al impuesto sobre circulación de vehículos, bienes ambos inscribibles en registros públicos. Pero mientras del primero cabe dudar de su carácter realmente periódico y fiscal, y no esporádico al servicio de una función extrafiscal coyuntural, del segundo cabe dudar de que el registro de vehículos sea de los que está pensando el legislador, registro de bienes inscribibles con publicidad registral, no meramente administrativo. A nuestro juicio, ni la redacción del precepto, ni su historia, ni, menos si cabe, su aplicación jurisprudencial mayoritaria, abonan interpretaciones extensivas. Descabellada ha sido la posición de alguna sentencia que citan CASADO OLLERO, G.-FALCÓN Y TELLA, R.-LOZANO SERRANO, C.-SIMÓN ACOSTA, E.: *Cuestiones...*, cit., donde comentan, no obstante, que las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1980 (*Aranzadi*, 534), 31 de diciembre de 1982 (*Aranzadi*, 7.987) y 24 de marzo de 1983 (*Aranzadi*, 1.614), circunscriben a las contribuciones territoriales las deudas tributarias garantizadas por el artículo 73 L.G.T.-1963. Pero la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1974 (*Aranzadi*, 2.639) incluyó en esta garantía la licencia fiscal del impuesto industrial, el impuesto sobre sociedades, y el de transmisiones patrimoniales, errónea y torpemente. Y alguna otra se ha planteado incluir aquí al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos y aún a las tasas, tributos éstos cuyos hechos imposables no tienen nada que ver con los descritos en los preceptos reguladores de estas garantías. La afección o hipoteca de bienes al pago de otros tributos puede venir establecida, no obstante, por otras leyes singulares. Así, estuvo establecida para el viejo impuesto municipal de plusvalías por el artículo 98 T.R. R.D. 3.250/1976, de 30 de diciembre, luego artículo 361 R.D. Legislativo 781/1986, afección del inmueble al pago de la plusvalía durante dos años desde la inscripción del adquirente, con nota marginal de afección registral —cfr. S.S.T.S. de 2 de octubre de 1997, *Ar.* 7.743, de 12 de diciembre de 1988, *Ar.* 9.827—, y 20 de noviembre de 2000, recogidas por ARRANZ en su estudio jurisprudencial.

⁶⁷ Cfr. SIMÓN ACOSTA, E.: *La hipoteca legal tácita...*, cit. MARTÍNEZ GARCÍA-MONCÓ, A.: *El Impuesto sobre Bienes Inmuebles y los valores catastrales*, Lex Nova, Valladolid, 1993; y DE MIGUEL CANUTO, E.: *La afección en el I.B.I.*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

cual esta garantía de la L.G.T. ha quedado de alguna manera doblemente superada por los tiempos⁶⁸.

Uno de los problemas que plantea esta nueva garantía real, afección de bienes al pago del I.B.I. de naturaleza hipotecaria que instrumenta hoy el artículo 64 T.R.L.H.L., es determinar si cede o no ante el tercero protegido por la fe pública registral. Como el legislador no la denomina hipoteca legal, como a su predecesora, sino afección, doctrina y jurisprudencia se inclinan por considerarla una garantía real de eficacia similar, pero con esta no despreciable excepción, que carece de sentido a nuestro juicio. Las afecciones legales tácitas, se denominen hipotecas o no, tienen la misma naturaleza, y ésta que contemplamos del I.B.I. goza de conocimiento y tradición en la cultura jurídica popular de manera que no sorprende a ningún adquirente de ningún inmueble. Todo el mundo sabe que los inmuebles pagan la contribución anualmente, y que si está pendiente de pago “vendrá con apremio” antes o después. Los notarios informan de su existencia. Proteger a un hipotético 3.º indefenso es completamente innecesario. Las deudas no prescritas hay que pagarlas, lapso de tiempo superior al de su predecesora, cubierto ahora lógicamente por la garantía⁶⁹.

A nuestro juicio, tanto en el supuesto del artículo 73 L.G.T.-2003 como en el del artículo 76 L.H.L.-1988, hoy artículo 64 T.R.L.H.L.-2004, estamos ante un garantía real *erga omnes*, correctamente calificable como hipoteca legal tácita, pues no necesita de inscripción registral, que sujeta un bien al

⁶⁸ La jurisprudencia vacila a la hora de encontrar una explicación razonable, que no existe, a la convivencia pacífica de estas dos garantías de análoga naturaleza. El legislador debió suprimir la primera al implantar la segunda, puesto que pretende superarla y absorberla en la práctica. Sólo defectos de técnica legislativa, de negligencia y falta de coordinación entre las distintas covachuelas que fabrican las leyes, explica la coexistencia, desde 1988, de estas dos garantías de análoga naturaleza hipotecaria. La mayoría de la jurisprudencia se ha percatado perfectamente de que la afección al I.B.I. ha pretendido ampliar el ámbito temporal de aplicación de la tradicional hipoteca legal tácita —cfr. S.T.S. 18 de diciembre de 1998—, pero ello no deja de ser de fuente de pleitos y de interpretaciones dispares, acerca de si la una restringe o amplía a la otra, o son autónomas completamente. Muestrario jurisprudencial en ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *La hipoteca legal...*, cit.

⁶⁹ Cfr. Sólo hay un crédito en el ordenamiento jurídico más protegido que el de la hipoteca legal tácita del I.B.I., según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: el crédito salarial del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores. Al ejecutar éste, deben cancelarse todas las demás hipotecas, pues todas se consideran cargas posteriores, con notificación a sus titulares para que ejerzan las acciones que procedan en defensa de su derecho, como intervenir en la subasta o pagar a los ejecutantes y subrogarse. Los remanentes de la subasta, si los hubiere, han de depositarse a disposición de cualesquiera titulares de derecho distintos del acreedor preferente, antes de cancelar sus anotaciones, repartiéndose el sobrante según el orden de inscripciones y anotaciones registrales, con la única salvedad de la prioridad del crédito salarial que comentamos y de esta hipoteca legal tácita del I.B.I. Véanse las Resoluciones de 29 de abril de 1988, 15 de enero de 1999 y 8 de febrero de 1999, entre otras citadas por ARRANZ DE ANDRÉS en su estudio jurisprudencial sobre *La hipoteca legal...*, cit.

cumplimiento de una obligación y además confiere un derecho de preferencia absoluto para el cobro del crédito tributario en concepto de I.B.I.. Es operativa dentro y fuera del concurso de acreedores, y termine éste con convenio o con liquidación. Esta garantía, en su versión de la L.G.T., es la más eficaz dentro de las de su género, despliega toda su eficacia cuando no se haya declarado un concurso o cuando declarado éste, culmine con la liquidación de la empresa. La Administración Tributaria local es muy libre de intentar ejecutarla por separado, al margen del convenio, o de sumarse á este exigiendo que se respete en su integridad, pues según el artículo 90 L.C., se trata de un crédito privilegiado especial por el 100% de su importe ⁷⁰.

En la versión de la L.G.T., la Hacienda Pública, que lo es en este tributo la Administración Local, goza de preferencia sobre cualquier acreedor aunque éste haya inscrito sus derechos. A diferencia de lo que ocurre en los supuestos del artículo 77.1 L.G.T.-2003, ahora la Hacienda Pública no cede ante nadie en su preferencia, material para cobrar y procedimental para ejecutar. Vence al acreedor hipotecario e inscrito. Vence al tercero protegido por la fe pública registral del artículo 34 L.H. Es una hipoteca legal (*ex lege*) y tácita (no necesita inscripción) ⁷¹. A nuestro juicio, también en la versión de la L.H.L. la operatividad de la afección es erga omnes. Si se hubiera querido dejar a salvo al tercero protegido por la fe pública registral, se hubiera dicho expresamente, como se dijo en el artículo 74.1 L.G.T.-1963 y se dice en el artículo 79.2 L.G.T.-2003. No mentándose excepciones, y gozando esta afección de naturaleza hipotecaria, su eficacia debe ser universal, pero doc-

⁷⁰ Como veremos más adelante, la ejecución de garantías reales una vez declarado el concurso, y ésta lo es de pura cepa, requiere esperar un año, para que se firme el convenio o se abra la fase de liquidación, ex artículos 56 y 57 L.C. Sea dentro o fuera del concurso, la ejecución de esta hipoteca no necesita de anotación de embargo, aunque pueda ser conveniente por razones de mayor publicidad y seguridad jurídica. El bien está trabado ex lege y con eficacia erga omnes, luego no hace falta trabarlo de nuevo registralmente. Ello no obstante, puede anunciarse mediante nota marginal, más acorde a la naturaleza de la situación que la llamada anotación preventiva de embargo. Cfr. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit. El nuevo artículo 67.1 R.G.R.-2005, aunque esté pensando en los impuestos que gravan transmisiones, puede sustentar que de todas las afecciones se tome nota marginal en el Registro, al señalar en su segundo párrafo que “la nota marginal de afección será solicitada expresamente y de oficio por el órgano competente, a menos que la liquidación se consigne en el documento que haya de acceder al Registro; en tal caso, la nota de afección se extenderá directamente por este último sin necesidad de solicitud al efecto”.

⁷¹ Cfr. RODRÍGUEZ BEREJO, A.: *Las garantías...*, cit.. El artículo 35.3 R.G.R.-1990 advertía, no obstante, que puede ser inscrita esta hipoteca, sin que la omisión de la inscripción altere la preferencia, previsión que, por innecesaria, no recoge el nuevo R.G.R. 2005. Como bien dice una y otra vez la jurisprudencia, se trata de una obligación legal inmune a las omisiones del Registro, con la publicidad que le otorga el artículo 9.3 de la Constitución. En muchas ocasiones se la ha calificado de superprivilegio, de superhipoteca que desborda a las hipotecas —la más rotunda en este sentido es la S.T.S.J. Valencia de 4 de julio de 1998, *J.T.A.* 1.149—.

trina y jurisprudencia se resisten a aceptarlo por su falta de previsión legal expresa ⁷².

Esta hipoteca legal tácita siempre ha tenido una limitación temporal importante, pues los preceptos han limitado su eficacia al “cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercite la acción administrativa y al año anterior” —artículo 73 L.G.T.-1963— o “al año natural en que se exija el pago y al año anterior” —artículo 78 L.G.T.-2003. La preferencia abarca, pues, en la versión de la L.G.T., el cobro de la deuda tributaria correspondiente al año en curso y el inmediato anterior, dado el carácter periódico del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, de devengo el 1 de enero. Es, pues, una prelación fortísima pero limitada a dos créditos tributarios normalmente discretos en su cuantía, criticada por alguna doctrina por su desproporción ⁷³. Con mejor criterio, el artículo 76 L.H.L. extendió la garantía a

⁷² ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *La hipoteca legal...*, cit, explica con acierto a lo largo de su estudio que la naturaleza de hipoteca legal tácita es común a ambas garantías, consistiendo la segunda en una ampliación temporal de la primera, y permitiendo ambas la ejecución del bien cualquiera que sea su poseedor, el deudor originario o un tercero, pero termina viendo una especial prioridad en la aplicación de la prevista en la L.G.T., prioridad que a mi entender no existe. Si acaso, visto el orden de su aparición temporal en nuestro ordenamiento, estaría llamada a ser aplicada más la recién incorporada. Ocurre que en la práctica se superponen, y la Administración Local, visto que la deuda no se cobra y hay que derivar la acción recaudatoria, duda cual de las dos esgrimir, si la una, la otra o ambas a la vez, que es lo que termina haciendo en muchas ocasiones. La S.T.S.J. Cantabria de 25 de noviembre de 1997, *J.T.A.* 1.398, establece que la afección legal, al pago del I.B.I., aunque no conste en el Registro, no cede ante terceros. Se impone la publicidad legal. En el mismo sentido, la S.T.S.J.C.L. de 26 de mayo de 1999 establece que la adquirente no es un tercero protegido por la fe pública registral, que se beneficiaría de la exclusión si estuviéramos en el ámbito del artículo 74 L.G.T.-1963. Pero en el ámbito del I.B.I., el adquirente responde con el bien sin exclusión alguna por las deudas no prescritas.

⁷³ Los operadores y comentaristas han perdido de vista con frecuencia que la garantía estaba pensada para cuando el bien o derecho gravado cambia de manos, no para cuando continúa en el patrimonio del deudor, pues entonces la responsabilidad patrimonial universal, la potestad de ejecutar administrativamente, y la preferencia general para el cobro se bastaban y se sobaban para asegurar el pago de este tributo —ya hemos dado cuenta de esto en anteriores epígrafes a y d—. El artículo 65 R.G.R.-2005 trata de zanjar la polémica, bastante artificial a mi juicio, sobre los años afectados por la garantía y entiendo acertadamente que se exige el pago “cuando se inicia el procedimiento de recaudación en período voluntario de los débitos correspondientes al ejercicio en que se haya inscrito en el registro el derecho o efectuado la transmisión de los bienes o derechos de que se trate”. Esto parece consolidar el polémico y tradicional criterio de las sentencias recogidas en su día por CASADO OLLERO, G.-FALCÓN Y TELLA, R.-LOZANO SERRANO, C.-SIMÓN ACOSTA, E.: *Cuestiones...*, cit.: Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1979 (*Aranzadi*, 4.448), 26 de febrero de 1980 (*Aranzadi*, 534), 31 de diciembre de 1982 (*Aranzadi*, 7.987), 24 de marzo de 1983 (*Aranzadi*, 1.614) y 23 de diciembre de 1983 (*Aranzadi*, 6.998), sobre la anualidad corriente cuyo cobro garantizaba el artículo 73 de la L.G.T.-1963, que sería, según ellas, la de la fecha de inscripción del tercero, sea tercer adquirente o sea tercer hipotecario, sea o no la anualidad en que el Estado ejercite la acción administrativa de cobro. El artículo 65.2 R.G.R.-2005 continúa diciendo que tanto el acreedor hipotecario como el tercer adquirente, perjudicados ambos por esta garantía, tienen derecho a exigir la segregación de cuotas de los bienes que les interesen, cuando se hallen englobadas en un solo recibo con otras del mismo obligado al pago.

todas las deudas no prescritas —hoy 4 años, ex artículo 64 T.R.L.H.L.—, pues no tenía sentido, a nuestro entender, una hipoteca tan fuerte para solo dos años de cuota. Sí lo tiene para el cobro de 4 años de deuda, comprensiva de cuota, intereses y recargos de toda clase y condición, aunque la doctrina y la jurisprudencia se resisten a conferirle un ámbito tan amplio, vistas las deficientes redacciones que padecen los preceptos⁷⁴.

El juego de la hipoteca legal tácita del artículo 73 L.G.T.-1963 ha evolucionado con la L.G.T.-2003 cuando se enfrenta a un poseedor del bien afecto distinto del sujeto pasivo, que es para cuando está pensada la operatividad auténtica de esta y de cualquier garantía. Aunque el artículo 78 L.G.T.-2003 nada diga, se ha extendido últimamente entre los operadores jurídicos, y ha llegado ahora a esta nueva ley, la más que discutible teoría de que, para perseguir bienes afectos al pago de tributos, y aquí hay uno hipotecado legalmente, más afecto que ninguno, es menester primero agotar el procedimiento de apremio con el deudor principal, llegando hasta la declaración de fallido, cuestión ésta que ni la exige la naturaleza real y no personal de las garantías reales como ésta ni se justifica por razones de interés público que hayamos podido detectar⁷⁵.

⁷⁴ Como ya hemos explicado en epígrafes anteriores, cuando la garantía es real y legal, no hay por qué limitar su alcance a la cuota, y dejar fuera intereses y recargos. La publicidad legal y la información notarial protegen suficientemente al adquirente, que sabe, si quiere, lo que adquiere. El artículo 114 L.H. permite que la hipoteca alcance hasta dos años de intereses, pero admite pacto a mayores. Los artículos 73 L.G.T.-1963 y 78 L.G.T.-2003 guardan silencio sobre el particular. El artículo 76 L.H.L.-1988 hablaba de la totalidad de las deudas y recargos, lo que permitía incluir dentro del ámbito de la afección a todas las prestaciones accesorias. Así, la S.T.S.J.C.L. de 26 de mayo de 1999: “no estamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria o subsidiaria, en el que podría acogerse a la dispensa del recargo de apremio no provocado por la actora. En el supuesto del artículo 76 L.H.L., la garantía es real y se constriñe a cuota y recargos, dándose por supuesto que el adquirente del bien sabe con qué deudas pendientes de pago, por todos los conceptos, realiza su adquisición”. El artículo 64 T.R.L.H.L. ha variado su redacción y habla ahora de la “totalidad de la cuota” (sic). MARTÍNEZ GARCÍA-MONCÓ, A.: *El Impuesto sobre Bienes Inmuebles...*, cit, detectó la contradicción de que el anterior artículo 76 L.H.L. se remitiera al artículo 41 L.G.T.-1963, contradicción en la que ha profundizado con ahínco el legislador del 2003, llevando esta garantía por el errado camino de la responsabilidad subsidiaria.

⁷⁵ De cómo la jurisprudencia se divide ante esta innecesaria novedad da buena cuenta ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *La hipoteca legal privilegiada...*, cit; y de cómo la doctrina padece la misma desorientación jurisprudencial es reflejo CASAS AGUDO, D.: *Acerca del régimen jurídico del tercer adquirente de bienes afectos...*, cit. También el artículo 64 T.R.L.H.L. ha entrado en la errónea concepción de declarar que la garantía se ejecute en régimen de “responsabilidad subsidiaria”, siguiendo la estela de cierta jurisprudencia confundida —por ejemplo, la S.T.S. de 19 de julio de 2002, Ar. 8.627—. Como hemos explicado reiteradamente en los epígrafes a y c, hipotecas y afecciones son garantías reales y no personales, luego no cabe mezclarlas ni confundirlas con los responsables, que son garantías personales. Ni exigir declaración de fallido de ningún obligado tributario. Basta ofrecer período voluntario de pago al poseedor de bien. Sobre el procedimiento a seguir, vid. *Infra* epílogo A.

El R.G.R.-2005 sufre estas vacilaciones y no sabe a que carta quedarse, de tal manera que ha optado por las dos soluciones, una para cada caso. Así, para las denominadas hipotecas, sean tácitas o expresas, opta por que se ejecuten sin necesidad de declaración de fallido del sujeto pasivo, ateniéndose esta vez a la lógica y a la naturaleza de las cosas, nunca mejor dicho. El artículo 65.3 R.G.R.-2005 ordena que para la ejecución de la hipoteca legal tácita del artículo 78 L.G.T.-2003 se aplique el artículo 74.4 del mismo R.G.R.-2005, esto es, que producido el impago de la deuda por el poseedor del bien distinto del sujeto pasivo, se le den los plazos para pago propios del procedimiento de apremio —artículo 62.5 L.G.T.-2003—, transcurridos los cuales, si no paga ni pone la cosa a disposición de la Administración tributaria, sin necesidad de llegar a la declaración de fallido de nadie, que ninguna falta hace, se procederá a la enajenación de la cosa, de acuerdo con las disposiciones generales del procedimiento ejecutivo. Aunque el procedimiento es susceptible de alguna mejora, en el sentido que veremos más adelante, se ha impuesto algo la cordura esta vez, el respeto a la naturaleza real de la garantía y a la protección del interés público, evitando un procedimiento farragoso de persecución y ejecución de deudores anteriores al poseedor del bien afecto ⁷⁶.

Pero cuando se trate de ejecutar la afección de bienes al pago del I.B.I., derecho real de naturaleza hipotecaria análoga a la anterior, el R.G.R.-2005 vacila y no instaura análogo régimen ejecutivo. La remisión que en su artículo 66.4 realiza al artículo 74 no aclara absolutamente nada, y es ahí donde pudo y aún debió fijar que la ejecución de cualquier garantía real de naturaleza hipotecaria debe seguir los mismos pasos que la ejecución de una hipoteca. Ésta en la interpretación sistemática y ontológica correcta, a nuestro juicio. Pero el reglamentador guarda silencio aquí, y en el inmediato artículo 67.1 declara que las afecciones, sin distinguir entre ellas, se ejecuten previa declaración de responsabilidad subsidiaria. Se instaura, pues, una nueva e injustificable diferencia entre la hipoteca legal tácita del artículo 78 L.G.T.-2003 y esta afección de bienes al pago del I.B.I. del artículo 64 T.R.L.H.L.: Ésta se exigirá en régimen de responsabilidad subsidiaria, lo cual exige agotar previamente el procedimiento de apremio hasta la declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios, en su caso, manifiesto error de configuración procedimental de la ejecución de esta garantía, no acorde con su sustancial naturaleza hipotecaria. Volveremos más adelante sobre este particular ⁷⁷.

⁷⁶ De cómo debe articularse ordenadamente la ejecución de esta y de todas las garantías, vid. nuestra propuesta en epílogo A. A mi juicio es obligado dar período voluntario de pago al poseedor del bien, cualquiera que sea éste, antes de notificarle ninguna providencia de apremio.

⁷⁷ Vid. *Infra* epílogo A. El Tribunal Supremo ha paliado sólo parcialmente este desaguisado mediante su Sentencia de 24 de enero de 2004, en la que proclama la siguiente doctrina legal: “En

Esta hipoteca legal tácita no impide que, como recordaba el artículo 36 R.G.R.-1990 y recuerda el artículo 66 R.G.R.-2005, puedan constituirse otras hipotecas expresas *ex voluntate* y más amplias. Para disfrutar la Hacienda Pública de igual preferencia a la indicada en los artículos 73 L.G.T.-1963 y 78 L.G.T.-2003 “por débitos anteriores a los expresados en él o por mayor cantidad de la que del mismo resulta, podrá constituirse voluntariamente por el deudor o ser exigida por la Hacienda Pública la constitución de hipoteca especial. Esta hipoteca surtirá efecto desde la fecha en que quede inscrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 de la Ley Hipotecaria”⁷⁸.

VII. AFECCIÓN GENERAL Y AFECCIONES ESPECIALES
EN EL ARTÍCULO 79 L.G.T.-2003. DERECHOS REALES
DE NATURALEZA HIPOTECARIA, TÁCITOS Y EXPRESOS.
TIBIEZA LEGISLATIVA PERENNE EN LA CONFIGURACIÓN
DEL POSEEDOR DE BIENES AFECTOS POR LEY
AL PAGO DE LA DEUDA, EL GARANTE REAL. CRÉDITO
ESPECIALMENTE PRIVILEGIADO EN CASO DE CONCURSO,
CON ANOTACIÓN O SIN ELLA. EL NUNCA BIEN ACLARADO
JUEGO DE LA ANOTACIÓN MARGINAL EN EL REGISTRO:
SU INCIDENCIA EN LA NATURALEZA Y EFICACIA
DE ESTAS GARANTÍAS

El artículo 79 L.G.T.-2003 ha reunido en su seno, con 3 apartados, a los antiguos artículos 41, 74.1 y 74.2 L.G.T.-1963, reguladores, el primero, de la

el supuesto de cambio, por cualquier causa, en la titularidad de los derechos objeto del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, no es precisa la declaración de fallido del adquirente o los adquirentes intermedios para que, declarada la del deudor originario transmitente de los bienes afectos al pago de la deuda tributaria, pueda derivarse la acción contra dichos bienes tras la notificación reglamentaria al adquirente y titular actual de los mismos, del acto administrativo de derivación”.

⁷⁸ Hipoteca que, obvio es decirlo y recordarlo, puede constituirse como garantía en los casos de aplazamiento y fraccionamiento, según explicamos en el epígrafe correspondiente y nos recuerda el apartado 2 del artículo 66 R.G.R. Hipotecas que no tienen nada de especiales, según explicaremos entonces, pues se rigen en su constitución por las disposiciones hipotecarias civiles, y, en su caso, se ejecutarán por el procedimiento del artículo 74.4 R.G.R., que es el que corresponde a las garantías reales de naturaleza hipotecaria, sin necesidad de declaración de fallido-responsabilidad subsidiaria del deudor principal. MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: “La prelación del artículo 73 de la Ley General Tributaria en relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”, *Crónica Tributaria* n.º 24/1978, y otros comentaristas y operadores han estudiado la relación de esta hipoteca con la afección del artículo 74 L.G.T.-1963 y 79 L.G.T.-2003, que veremos enseguida, llegando a conclusiones dispares. En ambos casos se trata de afecciones, derechos reales de naturaleza hipotecaria, aunque sean distintos los tributos protegidos y la eficacia frente a terceros, merced al arbitrio del legislador. Los autores más modernos se inclinan con más decisión por su naturaleza hipotecaria, en los términos que hemos explicado en epígrafes anteriores.

afección general de bienes al pago de tributos, y los otros, de dos afecciones específicas, procedentes de la legislación del viejo impuesto de derechos reales, luego incorporadas a las leyes de los impuestos de sucesiones y donaciones y de transmisiones patrimoniales onerosas. El derecho de afección es una garantía real de configuración legislativa algo menos poderosa que la hipoteca legal tácita que acabamos de ver en el epígrafe anterior. Participa de la naturaleza real de ésta: una cosa responde del pago de un tributo. Pero la diferencian de ella pequeños matices fruto de la tibieza, despiste o capricho del legislador. Pero en cualquier caso estamos ante garantías reales, bienes que se sujetan *erga omnes* al pago de tributos asegurando el crédito tributario del acreedor⁷⁹.

A día de hoy establece el artículo 79.1 L.G.T.-2003 que “los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda responderán subsidiariamente con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga”. La reforma de la L.G.T.-2003 ha introducido en el tenor literal del antiguo artículo 41 L.G.T.-1963 el término *subsidiariamente*, siguiendo esa injustificada tendencia que se ha puesto de moda en virtud de la cual para perseguir bienes afectos hay que agotar el procedimiento de apremio con el deudor principal —y con el responsable solidario si lo hubiere— hasta la declaración de fallido. Ya hemos comentado antes que ni la naturaleza real de esta garantía ni los intereses públicos y privados presentes hacen necesaria esta subsidiaridad tan acentuada. El adquirente de bienes afectos sabe muy bien que adquiere que con la carga real del pago del tributo. Lo sabe por la publicidad de la ley, por la información notarial y no digamos cuando consta una nota marginal de afección en el registro⁸⁰. En la cultura jurídica popular está

⁷⁹ Explicaciones doctrinales clásicas y vacilantes en AROZARENA Y POVES, R.: “La afección registral en los impuestos de sucesiones y de transmisiones patrimoniales”, *Estudios de Hacienda Pública*, II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977; y CORRAL GUERRERO, L.: “La afección tributaria de bienes”, *Boletín del Colegio de Abogados de León*, 1972. Para cuando los bienes salen del patrimonio del deudor, el ordenamiento establece una ya añeja garantía del pago del tributo que grave esa salida. Antecedentes anteriores al viejo impuesto de derechos reales en BAS Y RIVAS, F.: “La afección de bienes transmitidos al pago del Impuesto de Derechos Reales”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública* n.º 26/1957. Los autores más modernos se inclinan sin dudar por la naturaleza hipotecaria de estas afecciones legales, hipotecas legales tácitas o expresas, según conste o no la nota marginal de afección. Cfr. SIMÓN ACOSTA, E.-MERINO JARA, I.: *Impuesto sobre Bienes Inmuebles*, Aranzadi, Pamplona, 2001; ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *Las garantías reales...*, cit; GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit; VARONA ALABERN, J.E.: *El crédito tributario...*, cit.

⁸⁰ Nota que, de conformidad con el artículo 67.1 R.G.R.-2005 en su segundo párrafo, “será solicitada expresamente y de oficio por el órgano competente, a menos que la liquidación se consigne en el documento que haya de acceder al registro; en tal caso, la nota de afección se extenderá directamente por este último sin necesidad de solicitud al efecto”. Luego la afección se va a plasmar en el registro, de una manera o de otra, para general conocimiento de posteriores adquirentes, que no podrán en ningún caso alegar desconocimiento sobre la situación tributaria del bien.

muy arraigado que la adquisición de un bien inmueble genera el pago “de los derechos reales”, y que si no se pagan la deuda vendrá con apremio... sobre el propio bien adquirido. Sabe muy bien el adquirente que la cosa responde, y que tendrá que hacer frente a la derivación de la acción administrativa de cobro si el deudor no paga el tributo en período voluntario. Añadir que tenga que agotarse el procedimiento de apremio, proteger a este adquirente con la condición de responsable subsidiario, que es una garantía personal ajena a su naturaleza, no hace más que entorpecer el juego de esta garantía real, causando un perjuicio notable a las Administraciones tributarias, que con su lentitud ven evaporarse el crédito en beneficio de adquirentes no ya poderosos, que también, sino perfectamente conocedores de la realidad de la afectación —entidades financieras adjudicatarias de inmuebles hipotecados y subastados son los sujetos pasivos beneficiarios de esta reforma legislativa, “pobres” contribuyentes, “desinformados” donde los haya, a los que hay que proteger...—⁸¹.

La doctrina entiende que estas afectaciones genéricas de los artículos 41.1 L.G.T.-1963 y 79.1 L.G.T.-2003 requieren o bien de ley específica que las concrete o bien de anotación en el registro, que, de conformidad con la legislación hipotecaria las haga operativas. Se trata, pues, de preceptos de reenvío, que anuncian una afectación posible, pero que *per se* no sujetan ninguna cosa concreta al pago de ningún tributo concreto. La afectación viene dada en la generalidad de los casos por el embargo ejecutivo, que traba bienes y los sujeta al cumplimiento de la obligación —artículo 170 L.G.T.-2003— y después se anuncia en el registro; pero otras veces la afectación viene impuesta por ley singular concretadamente reguladora de una afectación especial, sean las llamadas hipotecas legales tácitas o afectaciones de bienes al pago del I.B.I., que acabamos de examinar en el epígrafe anterior, sean éstas afectaciones que contemplamos ahora que aseguran el pago del I.T.P. e I.S.D. En todas ellas se plantea el problema de su operatividad frente a terceros, en los términos que ya hemos explicado en epígrafes anteriores y que seguimos viendo⁸².

⁸¹ También parte de la jurisprudencia le ha hecho un flaco favor a la naturaleza y vida de estas garantías. Así, la S.T.S.J. Cataluña de 29 de septiembre de 2000, *J.T.A.* 1.964, criticada con merecida severidad por Clemente CHECA GONZÁLEZ en el n.º 22 de Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, por confundir responsabilidad con reipersecutoriedad, en contra del acertado criterio de las S.S.T.S. de 11 de enero de 1994 y 19 de septiembre de 1993, *Ar.* 8451, anteriores a la era de la confusión, que inaugura, si la memoria histórica no me falla, la S.T.S. de 1 de febrero de 1995, *Ar.* 998-. En la senda correcta, S.S.T.S.J. Andalucía —Granada— de 19 de febrero de 2001, *J.T.A.* 560, y 25 de junio de 2001, *J.T.A.* 1.251; S.S.T.S.J. de Castilla y León —Valladolid— de 24 de mayo de 2000, *J.T.A.* 1.183, y 20 de diciembre de 2000, *J.T.A.* 214; S.S.T.S.J. La Rioja de 22 de julio de 1996, *J.T.A.* 935, y 7 de octubre de 1996, *J.T.A.* 1.195-; S.T.S.J. País Vasco de 29 de noviembre de 1996, *J.T.A.* 1.613 y el T.E.A.C., entre otras en Resolución de 9 de julio de 1999.

⁸² Para el tratamiento de estos problemas las obras citadas de Don Federico BAS Y RIVAS siguen siendo difíciles de superar. Cfr. *Impuestos de Derechos Reales...*, cit. Vid. Supra epígrafes

En cuanto a estas afecciones específicas, el artículo 79 en sus apartados 2 y 3 recoge fielmente, con muy leves retoques, las prescripciones de los antiguos apartados 2 y 3 del artículo 74 L.G.T.-1963. El apartado 2 dice así: “Los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago de las cantidades, liquidadas o no, correspondientes a los tributos que graven tales transmisiones, adquisiciones o importaciones, cualquiera que sea su poseedor, salvo que éste resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes con buena fe y justo título, en establecimiento mercantil o industrial, en el caso de bienes muebles no inscribibles”⁸³.

Nos encontramos ante tímidas hipotecas legales que el legislador no se atreve a configurar del todo como tales, consciente de que chirrían la legislación hipotecaria y la seguridad jurídica...y se conforma con crear un derecho de afección, de indudable naturaleza hipotecaria, de los bienes transmitidos al pago de los tributos que gravan las transmisiones. Aunque la redacción inicial del precepto permite extender su ámbito de aplicación a todos los tributos que graven transmisiones, es decir, a la totalidad de los impuestos indirectos y al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, lo cierto es que las exclusiones que después se hacen respecto a la persecución de los bienes en posesión de adquirente con buena fe y justo título en establecimiento mercantil o industrial para el caso de bienes muebles no inscribibles, obstaculizan el juego del precepto en el Impuesto sobre el Valor Añadido, impuestos especiales y aduaneros, en los que el transmitente es, salvo raras excepciones, empresario con establecimiento mercantil abierto. Luego la cosa es adquirida en establecimiento mercantil o industrial⁸⁴. En realidad, es una garantía

a, c y f. Crítico y moderno GARCÍA NOVOA, C.: “Garantías de la deuda tributaria”, *La nueva Ley General Tributaria*, Thompson-Civitas, Madrid, 2004. Pocas veces se encuentra en la jurisprudencia tanta contundencia como en la S.T.S.J. Castilla La Mancha de 18 de diciembre de 2000, *J.T.A.* 171, que establece que el adquirente de bienes afectos por ley al pago del tributo no es un tercero protegido por la fe pública registral. Es un protagonista directo de la relación jurídica que no adquiere libre de cargas. El bien responde de forma absolutamente objetiva de un impuesto real administrativo, gravamen que goza de publicidad legal superior a la registral.

⁸³ ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *Las garantías reales...*, cit, páginas 196-221, ha delimitado con acierto el espacio de esta garantía: transmisión de bienes o derechos, adjudicación en pago, para pago o en pago de asunción de deudas, excesos de adjudicación, expedientes registrales, reconocimiento de dominio, transmisiones lucrativas, y, en su caso, operaciones societarias y actos jurídicos documentados.

⁸⁴ HERRERO MADARIAGA, J.: *Algunas observaciones...*, cit, ha tratado de encontrarle operatividad al difícil juego de esta garantía en el ámbito aduanero, en los términos que vemos en otro lugar; según la S.T.S. de 12 de julio de 1996, *Ar.* 9.081, esta afección comprende impuestos aduaneros ex artículo 74 L.G.T.-1963 y artículo 6 T.R.R.D. 511/1977, de 18 de febrero, pero nuestro ordenamiento jurídico blinda en todo caso al adquirente en comercio y al tercero protegido por la fe pública registral. Cfr. MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S.: “Garantías del pago de ladeuda aduanera”, *Noticias de la Unión Europea* n.º 79-80/1991; y PELECHÁ ZOZAYA, F.: *El Código Aduanero Comunitario y su aplicación en España*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

que procede del impuesto de derechos reales, pasa a la legislación de los impuestos sobre transmisiones patrimoniales, sucesiones y donaciones y es en estos tributos donde realmente resulta operativa. No es necesaria su inclusión y su mantenimiento *per secula seculorum* en la L.G.T.⁸⁵.

El bien transmitido responde del pago del tributo. La Administración tributaria acreedora puede perseguir el bien si la deuda no se paga, tiene un derecho de persecución real “... cualquiera que sea su poseedor...” salvo que se trate de un tercero protegido por la fe pública registral, esto es, un adquirente con buena fe y justo título de titular inscrito que a su vez inscribe. O bien de un adquirente de bienes muebles no inscribibles con buena fe y justo título en establecimiento mercantil o industrial⁸⁶. Para ser preferente a éstos Hacienda debió anotar su derecho en el Registro antes de que lo hiciera ese acreedor, tratándose de inscripciones constitutivas. Y tratándose de bienes no inscribibles, nunca ganará al adquirente con buena fe y justo título en establecimiento mercantil e industrial. Ello no le resta un ápice a su carácter real e hipotecario *erga omnes*. Se trata de salvedades de operatividad variable que proceden de la propia legislación hipotecaria por razones históricamente atendibles de seguridad jurídica, que el legislador tributario es muy libre de hacer suyas, en su integridad o no. La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1985 —*Aranzadi* 4.569— recuerda que “la afección opera respecto de bienes inmuebles adquiridos por compradores que no ostentan la condición de tercero protegido por la fe pública registral, en su doble manifestación de presumirse la exactitud e integridad del contenido de los asien-

⁸⁵ Por las mismas razones expresadas en la nota anterior, es francamente complicado encontrar operatividad a esta garantía en el ámbito del I.V.A., donde el transmitente, a salvo *rara avis*, es un empresario con establecimiento mercantil. Veáanse los esfuerzos al respecto de ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *Las garantías reales...*, cit; y VARONA ALABERN, J.E.: *El crédito tributario...*, cit. Como explica la S.T.S. de 14 de noviembre de 1996, Ar. 8.611, la afección viene del artículo 15.1 T.R.I.G.S.T.P.A.J.D. aprobado por Decreto 1.018/1967, de 6 de abril, y se trata de un derecho real de garantía limitado.

⁸⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1996, *Impuestos* n.º 9/1997, que se resiste a configurar esta afección como una auténtica hipoteca, sino como un derecho real más liviano, más fuerte que el establecido en el artículo 77 LGT-2003, pero más débil que el regulado en el artículo 78 LGT-2003. Como señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, M.: *Ordenamiento Tributario...*, cit, “cuando una norma tributaria afecta al pago de un tributo a unos determinados bienes, de manera que el poseedor de los mismos responde con ellos... estamos ante una obligación tributaria idéntica a las demás, sólo que garantizada por un derecho real sobre la cosa”. Como ya hemos explicado en epígrafes anteriores a, c y e, y bien recuerda tantas veces nuestro Tribunal Supremo, los actos jurídicos son lo que son y no lo que los actores, normativos o aplicativos, los denominan. Aquí estamos ante derechos de naturaleza hipotecaria, llámense hipotecas o afecciones, puesto que se sujetan bienes al cumplimiento de obligaciones en perjuicio de terceros. Toda la doctrina ha detectado que ese tercero hipotecario protegido por la fe pública registral y dispensado de la afección existe pocas veces, pues para serlo habría de haber inscrito y para inscribir hay que pagar primero, como regla general, que es precisamente lo que no habría hecho ese supuesto tercero protegido. Cfr. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit.

tos... y sabido es que para poder hablar de tercero hipotecario tienen que existir dos actos adquisitivos objeto de inscripción, pues solamente bajo esta idea de un adquirente *secundum tabulas* que a su vez inscribe puede comprenderse el juego del art. 34 de la Ley Hipotecaria”⁸⁷.

En caso de concurso estamos ante una garantía real indudable, que sujeta bienes al cumplimiento de una obligación tributaria, con anotación registral o sin ella. Su carácter real, erga omnes, viene dado por la afección legal de bienes al pago de este crédito tributario —artículo 89.2 L.C.—, lo que convierte al crédito así garantizado en especialmente privilegiado —artículo 90 L.C.— por el 100% de su importe. Medie o no medie anotación registral, se trata de un crédito con privilegio especial y no general por su total importe⁸⁸.

La garantía del artículo 79.2 L.G.T. consiste, pues, en que los bienes transmitidos responden del pago de la obligación tributaria generada por la transmisión. La garantía nace desde el mismo momento en que se realiza el hecho imponible, no es necesario que el tributo esté liquidado ni autoliquidado, si bien despliega sus efectos cuando media el incumplimiento del deudor principal en período voluntario, convirtiendo al crédito en vencido y no satisfecho. Este adquirente de bienes afectos por ley al pago del tributo responde con el bien siguiéndose el procedimiento antes marcado por los artículos 41 L.G.T.-1963 y 37 R.G.R.-1990, y que hoy han alterado parcialmente los artículos 174 a 176 L.G.T.-2003 y 67 R.G.R.-2005, introduciendo la nota de

⁸⁷ Este precepto recién citado establece: “El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”. BAS Y RIVAS, F.: *La afección...*, cit, califica de hipoteca especial a favor del Fisco para el cobro del impuesto de la alcabala a la antecesora de esta afección, presente ya en la Novísima Recopilación (Ley IX, Título X, Libro I), después como Derecho de Hipotecas por ley de 23 de mayo de 1845, pasando a ser a partir de 1872, el impuesto de derechos reales, hipoteca especial que a nadie respetaba. Para el adquirente de bienes muebles con buena fe y justo título, sigue siendo valioso el clásico estudio de VALLET DE GOYTISOLO, J.: “La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil”, en *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, Nereo, Barcelona, 1962.

⁸⁸ Cfr. DE LA RICA Y MARITORENA, R.: “La nota marginal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1973. La nota marginal refuerza la garantía en el sentido de que la hace pública y evita así problemas de desconocimiento que pudieran alegar terceros de buena fe. Pero la garantía existe, despliega sus efectos, desde el incumplimiento del deudor principal, desde que el crédito está vencido y no satisfecho, aunque pueda considerarse teóricamente existente incluso desde que el hecho imponible se realiza, acompañando a la obligación tributaria desde su nacimiento. En este sentido, VARONA ALABERN, J.E.: *El crédito tributario...*, cit.

responsabilidad subsidiaria ajena a la naturaleza de la garantía real y perturbadora de su funcionamiento ⁸⁹.

Si el deudor no pagare en período voluntario, la deuda se le providenciará de apremio notificándole los nuevos plazos para pago, ya en vía de apremio y con el recargo correspondiente —artículos 28 y 62.5 L.G.T.-2003—. Si el deudor no pagare en estos nuevos plazos, aquí está la novedad introducida por la L.G.T.-2003, pues esta ley obliga a algo antes no necesario, a que siga la ejecución con él hasta agotar el procedimiento de apremio con la declaración de fallido, en su caso. Si existieren responsables solidarios, deberá procederse de análoga manera. Y sólo entonces, agotado el procedimiento de apremio con deudores principales y responsables solidarios, podrá derivarse la acción administrativa de cobro al poseedor del bien. La Administración Tributaria dictará acto administrativo que notifica al poseedor del bien la liquidación originaria para pago en período voluntario, a nuestro juicio, y la derivación, motivada —artículos 174 a 176 L.G.T. y artículos 67 y 74 R.G.R.-2005— ⁹⁰.

Como es sabido, y en esto no ha habido apenas novedades legales ni reglamentarias, ante esta notificación el poseedor del bien tiene tres posibles reacciones. La primera de ellas, realizar el pago, naciendo a su favor lógicamente un derecho de restitución frente al deudor principal. También le cabe, como segunda opción, dejar que prosiga la actuación, en cuyo caso se desarrollará de principio a fin un procedimiento de apremio para con el poseedor de este bien, para el cobro en vía ejecutiva de la deuda en cuestión. Y como tercera opción el ordenamiento jurídico le permite a este garante real interponer los recursos que pudiera haber interpuesto el deudor contra la liquidación originaria, así como impugnar también la procedencia de la derivación misma ⁹¹.

⁸⁹ Con la salvedad antepuesta, para la redacción anterior de L.G.T.-1963 y R.G.R.-1990 veáse ZAVALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A.-LLOPIS GINER, F.-DAGO ELORZA, I.: *Recaudación. Aspectos sustantivos y procedimentales. Comentario al Real Decreto 1.684/1.990*, C.I.S.S., Valencia, 1991; DELGADO GONZÁLEZ, A.M.: *La derivación...*, cit: en la jurisprudencia, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de marzo de 1997 -*Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 455.

⁹⁰ Sobre la ordenación adecuada de estos procedimientos de derivación a unos y otros garantés, vid infra nuestra postura en epílogo B. Desde un punto de vista de teoría general, vid. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

⁹¹ DAMAS SERRANO, A.J.: “Afección de bienes y derechos”, en *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma* (homenaje a don Fernando Sáinz de Bujanda), I.E.F.-Marcial Pons, Madrid, 1991, explica que la afección legal de bienes al pago de deudas tributarias es un derecho real de garantía que opera tanto si los bienes se encuentran en el patrimonio del sujeto pasivo de la obligación garantizada como si han salido de éste y se encuentran en el patrimonio de un tercer adquirente. Siendo ello así, también es cierto, sin embargo, que la garantía está

En cuanto a la extensión del ámbito de la garantía, recuérdese que, a nuestro juicio, el carácter real y legal de la misma permite hacerla comprensiva de intereses y recargos, de la deuda tributaria en el más amplio de los sentidos, que no comprende a las sanciones. El poseedor primero del bien afecto y el adquirente del mismo, saben con qué tributos está gravado, y que el no pago de estos en período voluntario genera intereses y recargos. La publicidad legal, la información notarial, y la cultura jurídica popular son bastante acreditativas de la existencia de estas cargas, que nadie puede ignorar⁹².

Por su parte, este mismo Artículo 79 L.G.T.-2003 en su apartado 3 añade: “Siempre que la Ley conceda un beneficio fiscal cuya definitiva efectividad dependa del ulterior cumplimiento por el obligado tributario de cualquier requisito por aquella exigido, la Administración hará figurar el total importe de la liquidación que hubiera debido girarse de no mediar el beneficio fiscal, lo que los titulares de los registros públicos correspondientes harán constar por nota marginal de afección. En el caso de que con posterioridad y como consecuencia de las actuaciones de comprobación administrativa resulte un importe superior de la eventual liquidación a que se refiere el párrafo anterior, el órgano competente procederá a comunicarlo al registrador competente a los efectos de que se haga constar dicho mayor importe en la nota marginal de afección”. La reforma 2003 ha traído al artículo 79.3 L.G.T. el viejo artículo 74.2 L.G.T.-1963, corregido y aumentado para dejar más claras las obligaciones de los registradores en orden a la operatividad de esta garantía. Seguimos dentro del ámbito de la afección de bienes de naturaleza hipotecaria y para los mismos tributos citados que venimos comentando —I.T.P. e I.S.D.—, contemplándose ahora el supuesto de que la adquisición gravada pudiera disfrutar de una exención, bonificación, reducción o deducción cuyos requisitos han de reunirse con posterioridad a la transmisión. El supuesto más frecuente, y muy frecuente, en la práctica es el de la compra de terrenos para la construcción de viviendas de protección oficial, destino éste que la legislación del impuesto de transmisiones patrimoniales considera desde antiguo

lógicamente pensada para cuando los bienes salen del patrimonio del deudor originario o éste se torna insolvente. En situaciones de normalidad y solvencia, a la Administración acreedora le basta y le sobra para asegurar su cobro con el trípode que conforma la responsabilidad patrimonial universal, la potestad administrativa ejecutiva y la prelación para el cobro —artículos 1.911 CC, 170 L.G.T.-2003 y 77 L.G.T.-2003— en el sentido que venimos explicando desde el comienzo de este trabajo —vid supra epígrafes a, d y e.

⁹² HERRERO MADARIAGA, J.: *Algunas consideraciones...*, cit, cree que el poseedor primero del bien afecto, que sea sujeto pasivo del impuesto garantizado, debe hacer frente a intereses y recargos resarcitorios no sancionatorios. Pero el adquirente posterior del bien afecto, que no es sujeto pasivo del impuesto garantizado, ha de responder sólo de la cuota y de los recargos legales. A mi entender, si la garantía es real, la cosa puede responder de las mismas prestaciones, cualquiera que sea su poseedor.

merecedor de la concesión de una exención, precisamente para favorecer tales operaciones ⁹³.

Estamos ante la llamada, impropriamente, exención “provisional”, que, a nuestro juicio, no es más que una expectativa de exención ⁹⁴, que llegará a ser exención si en el futuro se verifican los requisitos condicionantes de la misma —en el ejemplo citado, si se construyen efectivamente, en tiempo y forma, las viviendas de protección oficial—. La Ley prevé un posible y futuro incumplimiento del deudor a través de un doble mecanismo garantista, adicional a la poderosa afección de bienes ya prevista en el apartado anterior del precepto. De un parte, el tributo devengado y aún no exento, se liquida caucionalmente por la Administración aunque no se cobra: se suspende el ingreso al amparo de esa solicitud de exención, de esa exención en expectativa. De otra parte, de la liquidación practicada y no ingresada se toma nota marginal en el Registro de la Propiedad y mediante ella cualquier futuro poseedor de esa finca sabe que pesa sobre ella la afección al pago del tributo devengado, liquidado y aún no exento ⁹⁵.

Por lo tanto, el bien transmitido responde de la deuda, liquidada cautelarmente y no ingresada. Éste adquirente de los artículos 74.2 LGT-1963 y 79.3

⁹³ Cfr. NIEVES BORREGO, J.: “Adquisiciones de terrenos con destino a la construcción de viviendas de protección oficial”, *Crónica Tributaria* n.º 1 /1972; NÚÑEZ LAGOS, R.: “Limitaciones y beneficios en las leyes protectoras de la construcción”, *Revista de Derecho Notarial* n.º XXV-XXVI/1959. También en la tasa por licencia de obras y en el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras son de aplicación bonificaciones para un buen número de operaciones inmobiliarias relacionadas con la construcción de viviendas de protección oficial.

⁹⁴ De la naturaleza de esta exención, de la liquidación que se practica y de la garantía que se establece nos hemos ocupado en *Las liquidaciones cautelares...* cit, a cuya bibliografía y jurisprudencia allí citadas nos remitimos. Como no lo entiende así, FALCÓN Y TELLA, R.: “La prescripción y las exenciones provisionales concedidas: el discutible criterio de la S.T.S. de 8 de febrero de 2005 (Ar. 1662)”, *Quincena Fiscal* n.º 9/2005 critica que el plazo de prescripción no comience a computar hasta que no se incumplan los requisitos condicionantes de la misma, lo que contradice la natural tesis de la *actio nata* que debe guiar, a nuestro juicio, ésta y todas las situaciones objeto de prescripción posible. No se olvide que, como detectara ARIAS ABELLÁN, M.D.: *El estatuto jurídico...*, cit, y *El régimen jurídico...*, cit, bajo la legislación anterior, la declaración de una situación concursal no sólo interrumpe la prescripción sino que impide la declaración de fallido del concursado.

⁹⁵ La tozudez legislativa en mantener una terminología inadecuada, hablando de exención donde la hay todavía, produce confusiones en cadena en los operadores y comentaristas, que no entienden que esta garantía no es distinta de la anterior: es la misma afección, prevista ahora para una concreta transmisión, y ordenada publicitar en el Registro, para mejor conocimiento del público en general, visto el considerable fraude que se produce en estas transmisiones no exentas. Uno de los problemas que plantea el acceso al Registro de esta garantía es el de su necesaria concreción, por mor del principio de especialidad registral, que demanda inscripciones muy precisas. Ello dificulta afectar bienes al pago de intereses, recargos resarcitorios y recargos ejecutivos, de imposible cuantificación cuando la nota se practica, por cuanto no se han devengado ni menos aún cuantificado en ese momento.

L.G.T.-2003 responde con los bienes adquiridos en todo caso, pues el precepto enerva ahora la fe pública registral mediante la nota marginal, que publica la afección hipotecaria legal y expresamente. No se contempla ahora ninguna salvedad, con en el apartado anterior. La garantía, que es la misma, se hace aquí más vigorosa si cabe que la dispuesta en el apartado anterior del precepto, porque se prevé legalmente que se haga constar en el Registro por nota marginal sin necesidad de solicitud administrativa, algo que ya dispone hoy el artículo 67.1 R.G.R.-2005. No parece pues, posible, que ceda ante terceros de ningún género, de los que venimos hablando al hilo de los artículos 74.1 L.G.T.-1963 y 79.2 L.G.T.-2003. Es tan fuerte como una auténtica hipoteca legal expresa, pues, ordenada *ex lege*, consta en el Registro de la Propiedad: no hay acreedor hipotecario que pueda oponérsele, salvo que hubiera inscrito antes, claro está. Asegura un crédito con privilegio especial en caso de concurso de una manera incontestable (artículo 90 L.C.). Y es una garantía más concreta que aquélla, puesto que asciende a la cifra liquidada y anotada⁹⁶.

Pasado el plazo que la Ley concede para cumplir los requisitos condicionantes de la exención, pueden darse dos situaciones: a. Que el sujeto pasivo cumpla los requisitos condicionantes de la exención. En este caso la exención se perfecciona, se girará liquidación negativa determinante de la inexistencia de deuda, que deja sin efecto a la liquidación cautelar anterior, y se ordenará cancelar la nota marginal de afección pues nada hay ya que garantizar⁹⁷. b. Que el sujeto pasivo no cumpla los requisitos condicionantes de la exención. No hay, pues, exención —nunca la hubo y ahora, definitivamente, no la hay— y en consecuencia se levanta la suspensión de ingreso de la liquidación caucional, pudiendo encontrarnos ahora con varias posibles situaciones⁹⁸. La

⁹⁶ Vid. ROMANÍ BIESCAS, A.: “Efectos de las liquidaciones caucionales con nota registral de afección de bienes”, *Crónica Tributaria* n.º 12/1975. El artículo 79.3 L.G.T.-2003 deja muy claramente a salvo que del ejercicio de la potestad comprobadora resulte una liquidación de deuda tributaria de cuantía superior, no coincidente con la anotada en el Registro. De estos problemas nos hemos ocupado en otros lugares a los que nos remitimos. Cfr. *Las liquidaciones cautelares...*, cit, capítulo III.

⁹⁷ El bien deja de estar afecto al pago de la deuda puesto que ésta, ahora sí, no existe. Queda a salvo, por supuesto, el ejercicio de la potestad comprobadora, gestora e inspectora, que puede verificar, entre otras cosas, la completa y veraz realización del presupuesto de hecho de la exención, de lo que pueden resultar liquidaciones provisionales complementarias o liquidaciones definitivas. Como hemos explicado en otros lugares *Las liquidaciones cautelares...*, cit, páginas 47-54, en los supuestos de desmembración del dominio no existe deuda alguna que liquidar ni garantizar, puesto que el hecho imponible que en su día se realice por consolidación del dominio tendrá como parámetros unos valores y tipos impositivos que no tienen por qué coincidir con los que precozmente ordena tener en cuenta el legislador cuando la desmembración se realice.

⁹⁸ Vid. MÉNENDEZ HERNÁNDEZ, J.: “Pérdida de efecto de la exención concedida en el supuesto de adquisición de terrenos para viviendas de protección oficial”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública* n.º 145/1980. Y GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit.

primera de ellas es que, notificado al deudor el levantamiento de la suspensión, pague la deuda caucionalmente liquidada en período voluntario, cancelándose, lógicamente y seguidamente, la nota marginal del Registro. Pero si el deudor no pagara la deuda en período voluntario se apremiará la misma, concediéndosele los nuevos plazos para ingreso —antes del artículo 108 R.G.R.-1990, ahora del artículo 62.5 L.G.T.-2003— al notificársele la pertinente providencia. Si no pagara en estos perentorios plazos, hay que distinguir dos supuestos y resolver algunas dudas, a la vista de la naturaleza real de esta garantía, y vista la confusión de la normativa recaudadora reglamentaria, que vacila y dispensa tratamientos no uniformes para situaciones homogéneas, a las que no trata con arreglo a su naturaleza hipotecaria sino con un criterio —con un no criterio, más bien— nominalista.

1.^a Si la garantía está constituida sobre bienes o derechos del obligado al pago susceptibles de enajenación forzosa, se procederá a ejecutarlos por el procedimiento habitual del R.G.R., según dispone su artículo 74.3. Es una solución coherente con la naturaleza real e hipotecaria de la garantía, que demanda que no siga la ejecución de la deuda con el deudor sino que se ejecute la nota marginal de afección, dirigiéndose requerimiento de pago al poseedor del bien, que es el mismo obligado. No hace falta, pues, derivar la acción administrativa a ninguna parte. Como el bien afecto no ha salido del patrimonio del deudor, la ejecución de la garantía real se solapa con la ejecución de la responsabilidad patrimonial universal⁹⁹.

2.^a Si la garantía está constituida sobre bienes o derechos de persona distinta del obligado al pago, ordena el R.G.R. que se dará traslado a ésta de la providencia de apremio con notificación de los plazos para ingreso del artículo 62.5 L.G.T., requiriéndole para que o bien ingrese o bien ponga los bienes a disposición del órgano de recaudación. A nuestro juicio, es preceptivo ofrecer primero período voluntario de pago a este poseedor del bien afecto, transcurrido el cual se le dará traslado de la providencia de apremio para pago

⁹⁹ Vid. infra epílogo B. Interesante el estudio de DELGADO GARCÍA, A.M.: “Aspectos problemáticos de la afección de bienes al pago de las deudas”, *Revista de Contabilidad y Tributación del Centro de Estudios Financieros* n.º 213/2000. El carácter real de esta garantía es indudable, por lo que no debe confundirse con el responsable, garante personal. Como señala PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales. Derecho hipotecario...*, cit, página 3, “en el aspecto interno el derecho real recae de manera directa e inmediata sobre la cosa que constituye su objeto. En el aspecto externo se manifiesta con su carácter absoluto, en el sentido de que el titular del derecho puede oponerlo a todos los no titulares. Es cierto que el deber de abstención y respeto se da en todos los derechos subjetivos, pero en el derecho personal o de crédito lo que destaca es la figura del sujeto pasivo personalmente obligado, que no existe en el derecho real”. Añade en otro lugar que “hay derecho real cuando uno o más bienes quedan expresamente afectados al pago de la deuda, algo que no ocurre con la responsabilidad patrimonial universal” —página 385—.

en período ejecutivo. Si transcurrido dicho plazo no realizare ni lo uno ni lo otro, se ejecutará la garantía, hasta la enajenación de los bienes o derechos, ¿con arreglo a qué procedimiento? Aquí de nuevo yerra el R.G.R., y guiado de un nominalismo ingenuo remite, para la ejecución de afecciones, al procedimiento de ejecución de la responsabilidad subsidiaria, en lugar de al procedimiento habitual del R.G.R., previsto en el artículo 74.4, para la ejecución de las hipotecas. Estamos ante una opción reglamentaria errada, fruto de la indebida conceptualización de esta garantía como algo distinto a una hipoteca, cuando, denominaciones aparte, esa es su naturaleza, la de una hipoteca expresamente publicada en el Registro ahora, más clara si cabe que la tácita del artículo 78 L.G.T., que también se ejecuta así. Y según el desafortunado en este punto R.G.R., vamos a ejecutar una hipoteca legal tácita de una manera distinta y más severa que una hipoteca legal expresa...¹⁰⁰.

A nuestro juicio, las afecciones, tengan la nota marginal pendiente o esté ya practicada, deberían ejecutarse con arreglo al procedimiento de las hipotecas y no con arreglo al procedimiento de las responsabilidades personales. Una vez más, falta claridad en las normas aplicables, que se inclinan por la opción menos adecuada. En el artículo 79.3 L.G.T.-2003 la afección específica de su predecesor goza de análoga naturaleza hipotecaria, pues estamos ante la misma garantía, pero reforzada, si cabe, por la publicidad que otorga la nota. Luego debería de ejecutarse con arreglo a las previsiones mentadas del artículo 74.3 y 4 R.G.R.-2005 y no con arreglo a las previsiones de los artículos 174 y 176 L.G.T.-2003 y 67 R.G.R.-2005. La cuestión no es baladí, pues implicaría prescindir ahora de la perversa moda de la responsabilidad subsidiaria, que acarrea la derivación de la acción administrativa al poseedor del bien solo cuando se haya agotado el procedimiento ejecutivo con el deudor principal y responsable solidario, en su caso¹⁰¹.

¹⁰⁰ Para ROCA SASTRE, R.-ROCA SASTRE, MUCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, tomo IV-1.º y 2.º, Bosch, Barcelona, 1979, la hipoteca legal tácita es más bien una afección derivada de un crédito singularmente privilegiado; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1986, cree que es una figura similar a los censos o cargas reales.

¹⁰¹ Vid. infra epílogo B, nuestra postura sobre el que debería ser el orden a seguir en la ejecución de garantías. Confunde al reglamentador el que la hipoteca, como regla general, sea un derecho de constitución registral, mientras que esta afección nace de la ley, sin necesidad de inscripción en el registro, aunque acceda luego a través de nota marginal. No sabe a qué carta quedarse el reglamentador, y se queda donde no debe. Una visión moderna de los derechos reales de naturaleza hipotecaria en PAU PEDRÓN, A.: *Elementos de Derecho Hipotecario*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003; y un estudio clásico pero vigente en VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Observaciones críticas a la distinción totalitaria y absoluta de los derechos patrimoniales en reales y personales y al método y los principios que han llevado a ella", en *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, Nereo, Barcelona, 1962.

Pero como venimos comentando a lo largo de este trabajo, desde siempre se han producido algunas vacilaciones jurisprudenciales en orden a determinar el momento en que, no satisfecha la deuda por su sujeto pasivo, procede perseguir los bienes afectos/hipotecados. Bien pudiera haber aprovechado el legislador del 2003 para aclarar de una santa vez este problema, fuente de tantos litigios y jurisprudencia contradictoria, que seguirá emanando por los siglos de los siglos. A nuestro juicio, el artículo 37 del Reglamento General de Recaudación tras su redacción por Real Decreto 1.664/1990, de 20 de diciembre, solucionaba muy claramente los problemas que ofrecía el R.G.R.-1968, con claridad suficiente: “Si la deuda no se paga en período voluntario ni en vía de apremio, transcurrido el plazo establecido en el artículo 108 de este Reglamento se requerirá al poseedor del bien afecto para que pague la deuda...Si no paga, se ejecutará el bien...”. Estaba claramente marcado el preciso momento en que la Administración Tributaria, no satisfecha la deuda por el deudor principal, podía derivar la acción al poseedor del bien afecto ¹⁰².

La reforma del R.G.R. operada en 1990 en este punto no caló suficientemente en la doctrina ni en la jurisprudencia, siendo no pocos los tribunales y los autores que encontraron contra natura perseguir bienes ajenos al deudor sin haber agotado con éste la vía de apremio, por lo que entendieron aplicable la solución del viejo R.G.R.-1968 en lugar de la nueva contenida en el R.G.R.-1990 ¹⁰³. A nuestro juicio, no hay lugar a estas objeciones. La persecución de bienes afectos, derechos reales administrativos, no exige *per natura* el agotamiento de la vía de apremio con el deudor principal, menos todavía si se trata de bienes hipotecados expresa o tácitamente, como tampoco lo exige el derivar la acción y perseguir bienes del responsable solidario. Cfr. arts. 130 L.G.T.-1963 y 111 R.G.R.-1990. El legislador y el reglamentador son libres de instrumentar en este punto el procedimiento para la efectividad de las garantías, personales o reales, con mayor o menor protección de los derechos de la hacienda pública o de los derechos de los administrados. Podrá

¹⁰² Ya hemos dado cuenta, en el epígrafe anterior de las líneas jurisprudenciales acertadas y erradas. A título de ejemplo de las primeras, S.T.S.J. País Vasco de 29 de noviembre de 1996 —*J.T.A.*, 1.613— para la que el artículo 37.2 R.G.R.-1990 “en consonancia con el artículo 41 L.G.T.-1963, consagra como presupuesto de la derivación, no la previa declaración de insolvencia o fallido del deudor principal, como en el caso del responsable subsidiario, acogible al “beneficio de excusión”, sino, simplemente, que la deuda no se pague en período voluntario ni en vía de apremio”. La Sentencia, no obstante, es anulatoria de las actuaciones administrativas por falta de notificación del acto administrativo de derivación. Más resoluciones en la senda correcta en ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *La hipoteca legal...*, cit.

¹⁰³ Así, entre otras muchas, de las que da cuenta Consuelo ARRANZ en la monografía ya citada, la S.T.S.J. Cataluña de 16 de septiembre de 1996 —*J.T.A.* 1.413—. Alaba este criterio jurisprudencial el equipo de dirección de *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi* en la presentación del número de la revista que contiene esta sentencia —*J.T.A.* n.º 96/1997—. Vid. *supra* nota, referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo causantes en gran medida de este desaguado.

gustarnos más o menos una u otra solución, pero no puede reputarse contra natura ninguna de las que se barajan ¹⁰⁴.

Como ya hemos visto, esta garantía está prevista para cuando el poseedor de los bienes afectos al pago del tributo sea persona distinta del sujeto pasivo de la obligación tributaria principal. Pero cualquiera que sea el poseedor de estos bienes afectos, su posición jurídica se caracteriza por ser titular de un deber de soportar la ejecución de la garantía, que sólo puede enervar mediante la realización de la prestación tributaria material, si es el sujeto pasivo de la misma; o de una prestación de dar una suma de dinero coincidente con el importe de la prestación que es objeto de la obligación tributaria material garantizada, si se trata de un tercero distinto del sujeto pasivo de esta obligación principal garantizada ¹⁰⁵. La reforma de la L.G.T.-2003 prevé expresamente algo que antes solo estaba previsto en el viejo R.D.R.: la ampliación de la garantía si como consecuencia de la comprobación resultare mayor deuda liquidada a garantizar. En estos supuestos es necesario rectificar la nota marginal de afección, pero resulta difícil aceptar, con arreglo a los principios hipotecarios, que tal rectificación perjudique a terceros adquirentes del bien con la carga de la afección anotada en su día...que no se puede modificar así como así... ¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Así lo reconoce la S.T.S.J. de Cataluña de 7 de marzo de 1997 —*J.T.A.* 456—. No son pocos los tribunales, no se si los autores, que nunca se percataron de la existencia del nuevo artículo 37.2 R.G.R.-1990, y siguieron fallando, en lamentable olvido e incumplimiento del ordenamiento jurídico, con arreglo a las prescripciones del viejo R.G.R.-1968. Así, las S.T.S.J. Baleares de 22 de marzo, 13 de septiembre y 10 de diciembre de 1996 y de 11 de marzo de 1997 —*J.T.A.* 252, 1.099, 1.490 y 193, respectivamente—, que siguieron exigiendo el agotamiento de la vía de apremio para con el deudor principal antes de requerir el pago al poseedor de los bienes afectos, tal y como habían venido declarando, en la vigencia del anterior texto reglamentario, las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1995 —*Aranzadi*, 998—, 14 de septiembre de 1996 —*Impuestos* n.º 7/1997—, 14 de noviembre de 1996 —*Aranzadi*, 8.611— y 12 de marzo de 1997 —*Aranzadi*, 1.793—. Acopio jurisprudencial en ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *La hipoteca legal...*, cit.

¹⁰⁵ Así lo hemos explicado en *La sujeción...*, cit. La garantía sigue dando juego en el moderno I.T.P. Cfr. MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L.-VILLARÍN LAGOS, M.-DE PABLO VARONA, C.: *Comentarios a la ley reguladora del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, operaciones societarias y actos jurídicos documentados*, Aranzadi, Pamplona, 2005, páginas 62-70, donde comentan las afecciones del artículo 5 del vigente T.R.I.T.P.A.J.D., redundante con la L.G.T. Entienden que el adquirente de bienes afectos por ley al pago del tributo no ocupa posición subjetiva alguna en la obligación tributaria, lo cual es cierto, como también lo es que se trata de un sujeto de una relación de garantía real, accesoria a la obligación tributaria, obligado a soportar la ejecución o pagar una cantidad equivalente. Es un garante real, ausente del catálogo de sujetos pasivos de las obligaciones tributarias y de las inherentes a la aplicación de los tributos, como éstas accesorias de garantía, en los términos que ya hemos explicado en el epígrafe b. No es un mero tercero ajeno a la aplicación de los tributos.

¹⁰⁶ Nos hemos referido a esta cuestión en *Las liquidaciones cautelares...*, cit. PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales. Derecho hipotecario*, cit, páginas 558 y siguientes, explica que las notas marginales consignan hechos o circunstancias que alteran la situación jurídica registrada, previa solicitud de parte. Se acuerdan a menudo por razones de

VIII. GARANTÍAS REALES VOLUNTARIAS PARA EL CASO DE APLAZAMIENTO O SUSPENSIÓN, ALTERNATIVAS AL HIPERREFERIDO AVAL. LA INEXISTENCIA DE ESPECIALIDADES EN LAS DENOMINADAS HIPOTECAS ESPECIALES. EL INDUDABLE CARÁCTER PRIVILEGIADO DEL CRÉDITO ASÍ GARANTIZADO EN CASO DE CONCURSO

El nuevo artículo 82 L.G.T.-2003, prevé, al igual que su antecesor artículo 76 L.G.T.-1963, garantías para el aplazamiento y fraccionamiento del pago de la deuda tributaria. Como ha señalado la doctrina, ni este precepto ni su predecesor establecen directamente garantías concretas del crédito, sino que prevén la constitución voluntaria de todas las garantías que el derecho común conoce para cuando se solicite un aplazamiento o fraccionamiento, también las garantías reales. La denominación de hipoteca especial que utiliza a veces la normativa tributaria para referirse a cualquier hipoteca distinta de la legal tácita, es una denominación que induce a confusión. La supuesta especialidad no es tal. Se trata de hipotecas ordinarias, regidas *in totum* por el derecho civil, que el derecho tributario hace suyas. La ley tributaria prevé que se constituyan, más o menos imperativamente, pero solo las prevé, no las hace nacer *ex lege*. Y ahí empieza y termina toda la “especialidad” que confunde a algunos comentaristas¹⁰⁷. Añadiríamos nosotros que esas mismas garantías, todas, también las reales, son las que pueden jugar, según los casos, cuando se solicita la suspensión en el seno de un recurso, sea administrativo o contencioso, en los términos que hemos reseñado más arriba —artículo 224 L.G.T.-2003—. La novedad de la L.G.T.-2003 en este punto radi-

simplificación... haciendo las veces de una inscripción, anotación o cancelación (salvo las de oficina que sirven para relacionar unos asientos con otros). Las anotaciones preventivas aseguran la eficacia de una situación jurídico-real ya constituida, que se publica y enerva la fe pública registral. También aseguran derechos personales sobre el bien que ha de ser objeto de la prestación. Y en ocasiones constituyen garantías reales sobre fincas determinadas (mandamiento de embargo obtenido sobre bienes del deudor). La anotación no cambia la naturaleza del derecho inscrito y sobre el crédito anotado podrá prevalecer un derecho real adquirido antes aunque se haya inscrito después.

¹⁰⁷ Como explica PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales. Derecho hipotecario*, cit, página 410, la hipoteca se llama voluntaria cuando se conviene libremente, y legal cuando la autoriza la ley expresamente. Pero no nace de la ley, sino que el autorizado por la ley puede exigir que se constituya hipoteca especial (artículo 158 L.H.). Y añade más adelante que, no se trata, por tanto, de que la ley declare directamente establecida la hipoteca legal sino que la ley atribuye a determinadas personas el derecho de reclamar su constitución. Lo peculiar de las hipotecas legales es la obligación de constituir las, pues como dice el artículo 161 L.H., “una vez constituida e inscrita surte los mismos efectos que la voluntaria”. Cita como excepciones a la hipoteca legal tácita a favor del Estado por tributos y la establecida a favor de los aseguradores por los premios —artículo 1.875 C.C., artículos 168, 194 y 196 L.H.—.

ca en que jerarquiza de manera clara las garantías a ofrecer por el deudor que desee obtener un aplazamiento. La primera y principal de las garantías a tal efecto, la más querida y operativa en la práctica, la de más fácil ejecución, es el aval bancario y figuras análogas, y así lo fija contundentemente el párrafo primero del apartado 1 del artículo 82¹⁰⁸.

La querencia desmedida por el aval como garantía predilecta lleva al legislador a decir que sólo cuando se justifique que no es posible obtener dicho aval o certificado o que su aportación compromete gravemente la viabilidad de la actividad económica, podrá la Administración admitir otras garantías que consistan en hipoteca, prenda, fianza personal y solidaria u otra que se estime suficiente, en la forma que se determine reglamentariamente. Se ha dado, pues, una vuelta a la tuerca de la discrecionalidad, reduciendo ésta, con la L.G.T.-2003, pero en perjuicio del interesado, a nuestro entender, al que se priva en mayor medida de la posibilidad de ofrecer la garantía que él desee y que menos perjuicio le cause, de entre las adecuadas a la entidad de la deuda¹⁰⁹. Sigue siendo, no obstante, una potestad discrecional para la Hacienda Pública el conceder o no conceder aplazamientos y fraccionamientos de pago y en qué plazos y fracciones y con qué garantías. Ahora bien, como toda potestad discrecional en un Estado de Derecho, no es una potestad enteramente discrecional. Siempre cabe el control jurisdiccional de los ele-

¹⁰⁸ Ya hemos criticado en el epígrafe c. la obsesión legislativa por el aval como garantía preferida en todo caso. “Para garantizar los aplazamientos o fraccionamientos de la deuda tributaria, la Administración Tributaria podrá exigir que se constituya a su favor aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución”. El artículo 65 L.G.T.-2003 es el que autoriza ahora a la Administración a aplazar o fraccionar el pago, en versión actualizada del anterior artículo 61.4 L.G.T.-1963, que decía: “En los casos y en la forma que determine la normativa recaudatoria, la Administración tributaria podrá aplazar o fraccionar el pago de las deudas tributarias, siempre que la situación económico-financiera del deudor le impida, transitoriamente, hacer frente a su pago en tiempo...”. Modalidades del género de la fianza, el aval bancario solidario y la fianza personal y solidaria, constituyen supuestos de garantía personal del crédito tributario, que deben ofrecerse, como regla general, para obtener el aplazamiento o la suspensión del pago de las deudas tributarias. El aval bancario es una modalidad de la fianza mercantil, una forma de garantía personal del crédito tributario (RODRÍGUEZ BEREJO, A.: *Las garantías...*, cit.).

¹⁰⁹ Para unos casos puede serle más conveniente el depósito de dinero, prenda irregular, a la que no hace ascos la Administración Tributaria. Para otros más amplios de los que se prevén en la normativa debería de bastar la fianza personal y solidaria de deudores solventes y conocidos. Y siempre que quiera el deudor, y la naturaleza de la cosa lo permita, la prenda o la hipoteca, que pueden ser, en según qué casos, tan garantizadoras como el aval, y menos perturbadoras en su constitución que éste para el administrado. Cfr. CASANA MERINO, F.: “Las garantías del crédito y los tributos locales”, *Revista de Hacienda Local* n.º 75/1995; GUERRA REGUERA, M.: *Garantías personales del crédito tributario*, Comares, Granada, 1997; y MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *El aplazamiento en el pago de los tributos*, Lex Nova, Valladolid, 1996. Y no se olvide que tanta querencia por el aval puede perjudicar a la Administración Tributaria en caso de concurso, en el que la garantía real confiere al crédito un carácter privilegiado que no tiene el asequado por aval —artículo 90 L.C.—.

mentos reglados del acto —competencia, causa y extensión de la potestad—, de la desviación de poder —adecuación a fin en el ejercicio de la potestad—, de los principios constitucionales —especialmente el de igualdad en estos casos— y de los principios generales del derecho. Por todo ello, el acto administrativo que conceda o deniegue el aplazamiento o fraccionamiento y fije la garantía exigible ha de ser un acto motivado ¹¹⁰.

Como ha explicado la doctrina, el aplazamiento lleva implícitas la validez y la eficacia del correspondiente acto administrativo y su consumación se somete a plazo. Quiere esto decir que la petición de aplazamiento no obedece a dudas sobre la corrección de la liquidación, sino a personales situaciones de tesorería del obligado tributario que la Administración estima discrecionalmente ¹¹¹.

¹¹⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1995. Las garantías prevenidas en los artículos 76 L.G.T.-1963 y 82 L.G.T.-2003 son obviamente aplicables a cualquier tributo, y tienen su corolario procedimental y reglamentario en el Reglamento General de Recaudación —artículos 39 y 48 a 58 del R.G.R.-1990 y artículos 44 a 54 R.G.R.-2005— y en el Reglamento de Revisión —artículos 25 y 39 a 47—. No olvidemos que el artículo 36.2 del R.G.R.-1990 ha abierto siempre la posibilidad de aplazar deudas ofreciendo garantías reales: “En relación con otras deudas se podrá constituir voluntariamente, como garantía en favor de la Hacienda Pública, ya en los casos de aplazamiento y fraccionamiento, ya en los demás supuestos previstos en la normativa que resulte de aplicación, hipoteca inmobiliaria, hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento de la posesión o cualquier otro derecho real de este tipo”. En idénticos términos, artículo 66 R.G.R.-2005. Al deudor que consigna, pignora o hipoteca bienes de valor suficiente difícilmente puede denegársele la suspensión o el aplazamiento. El dinero o los bienes responden, cualquiera que sea su poseedor, que deberá soportar la ejecución de la garantía si la deuda no se paga, luego el interés público está cubierto.

¹¹¹ Vid. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “Suspensión *versus* aplazamiento de los actos tributarios”, *C.R.E.D.F.* n.º 2/1974. La litigiosidad de esta materia en la práctica es notable, como lo es la desconfianza legítima de la Administración en las garantías que ofrece el sujeto pasivo interesado en la suspensión o el aplazamiento, que no entiende las rigideces de la Administración. Como hemos explicado en otros lugares, la jurisprudencia es muy rica a la hora de determinar si una garantía es o no suficiente, cuestión que admite prueba. También remarca con frecuencia que el fiador se obliga solidariamente con el sujeto pasivo de la obligación tributaria, solidaridad que ha de regirse conforme a lo dispuesto en el propio documento de fianza; no basta el compromiso de prestar aval si después no se presenta éste en plazo; el aval tendrá el alcance que las partes pacten, pudiéndose extender o no a las prestaciones accesorias pues la fianza no se presume, debe ser expresa, y no puede extenderse a más que lo contenido en ella —artículo 1827 C.C.—. En los supuestos en los que interviene un tercero (avalista) las relaciones jurídicas que se establecen atraviesan dos fases. En un primer momento, el deudor principal de la obligación, que ha obtenido el aplazamiento de su cumplimiento, realiza una prestación de hacer: el ofrecimiento de la garantía, que vincula a un tercero (avalista) al cumplimiento futuro de su prestación. En un segundo momento, cuando el deudor principal incumpla su obligación, el avalista debe realizar una prestación de dar *ex lege*, consistente en la entrega de una suma de dinero de importe idéntico a aquél que era objeto de la obligación principal garantizada e incumplida. La garantía, que se constituye *ex contractu*, se ejecuta, sin embargo, en cumplimiento de una obligación legal. El avalista, que asume su posición voluntariamente, debe, sin embargo, satisfacer la prestación de dar que es objeto de la garantía por imperativo legal. Cfr. Artículos 168 L.G.T.-2003 y 74 R.G.R.-2005, fiel trasunto del artículo 111 R.G.R.-1990.

En relación con nuestro estudio, quizá la novedad más relevante del precepto —párrafo tercero del apartado 1 del artículo 82 L.G.T.-2003— radica en que el obligado tributario pueda ofrecer no ya garantías personales o reales sino que se adopten medidas cautelares de carácter procedimental, en lugar de aquéllas y sin la limitación temporal a 6 meses que caracteriza a éstas, todo ello en los términos que se establezca reglamentariamente. Es un acierto esta previsión, toda vez que en numerosas ocasiones basta una medida aseguradora de carácter más procedimental que personal o real, en los términos que veremos en el epígrafe siguiente, para dar satisfacción a la legítima desconfianza administrativa y, sin causar graves perjuicios al contribuyente, asegurar el cobro del tributo aplazado o fraccionado. La duración de la medida debe vincularse a la duración de la inseguridad en el cobro, sean 6 meses, más de 6 meses o menos de 6 meses, sin excederse, ni en más ni en menos, del lapso temporal de incertidumbre recaudatoria que concurra en cada caso, flexibilidad ésta que la norma debió de incorporar en términos más claros ¹¹².

También es un acierto que la L.G.T.-2003 haya ratificado el rango legal de la regulación de la dispensa de garantías, antes contemplada en el artículo 61.4 L.G.T.-2003 y artículo 53 del R.G.R.-1990. Ahora bien, sigue siendo demasiado corto el listado, circunscrito a los supuestos de deuda inferior a la que la normativa determine o cuando el deudor carezca de medios suficientes para garantizar la deuda y la ejecución de su patrimonio pudiera afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva, o bien pudiera producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda Pública. Los supuestos siguen siendo los mismos, careciéndose de una visión global y sistematizada de

¹¹² Cfr. artículo 49 R.G.R.-2005 para la adopción de medidas cautelares alternativas a las garantías reales o personales. Y artículo 48 R.G.R.-2005 para el procedimiento a seguir en el ofrecimiento, valoración y resolución favorable o denegatoria a la constitución de la garantía ofrecida, siempre muy mediatizado por pronunciamientos jurisprudenciales más espiritualistas que reglamentistas. Así, la Sentencia de la Audiencia de Nacional de 13 de febrero de 1987 —C.I.S.S.-Com. n.º 45/1987— señala que si una vez concedido el aplazamiento no se formaliza la garantía dentro de plazo, queda sin efecto el acuerdo de concesión y si ha vencido el período voluntario sin haberse realizado el ingreso no cabe oponerse a la vía de apremio, aunque se alegue y acredite el pago del principal en un momento posterior, ya que si el pago no lo es por la totalidad se considera a cuenta, todo ello sin perjuicio de que la Administración descuenta por vía de compensación las cantidades satisfechas. Si se trata de aplazamientos y fraccionamientos solicitados en la vía de apremio, la propia unidad de recaudación continuará el procedimiento ejecutivo. Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1989 apunta que aunque no se formalice la garantía, si se realizan los pagos fraccionados en los plazos concedidos por la Administración, no es procedente el apremio de las cantidades ya ingresadas, sino que la Administración debe requerir al solicitante para que formalice la garantía, advirtiéndole de las consecuencias de su incumplimiento —Cfr. CASADO OLLERO, G.-FALCÓN Y TELLA, R.-LOZANO SERRANO, C.-SIMÓN ACOSTA, E.: *Cuestiones...*, cit.—.

las figuras de la suspensión y aplazamiento, que obedeciendo a circunstancias diferentes, presentan un denominador común, la posposición razonable del pago, que permite articular soluciones semejantes y más generosas para ambas en la ley, sin necesidad de constantes llamadas a su necesario desarrollo reglamentario ¹¹³.

En cuanto a la ejecución de la garantía en caso de incumplimiento de pago por el deudor principal garantizado, el artículo 54.4 R.G.R.-2005 remite a su compañero, el artículo 74 R.G.R.-2005, que prevé con cierto desorden la ejecución de la garantía personal o real, y en este último caso, según que el bien esté o no en manos del deudor. Si la garantía consiste en aval, fianza y otra garantía personal, dice el apartado 2, se requerirá al garante el ingreso de la deuda, hasta el límite del importe garantizado que deberá realizar en el plazo establecido en el artículo 108 de este Reglamento. De no realizarlo, se procederá contra sus bienes, en virtud del mismo título ejecutivo existente contra el deudor principal, por el procedimiento administrativo de apremio. Pero si la garantía consiste en hipoteca, prenda y otra de carácter real, los apartados 3 y 4 diferencian, con no mucho criterio, el que esté constituida por o sobre bienes o derechos del deudor, o de persona distinta, en los términos que veremos más adelante. A nuestro juicio, el orden lógico que debe seguirse en la ejecución de garantías merece un epígrafe posterior, en el que resaltaremos que la ejecución de cualesquiera garantías, reales o personales, debe seguir escrupulosamente un criterio de proporcionalidad, más fácil ejecutabilidad y menor perturbación al administrado, criterios éstos que no siempre se aprecian prístinamente en el artículo 74 R.G.R.-2005. La interpretación aislada de este precepto puede conducir a ejecuciones perturbadoras de deudas suficientemente garantizadas, que no hay por qué cobrar con estruendo innecesario. Como explicaremos adelante, no existe una ordenación rígida a seguir

¹¹³ Nos hemos ocupado de estos problemas en otros lugares —*La suspensión...*—, atendiendo a la profusa jurisprudencia vertida en esta materia, que es imposible de resumir. Anotamos solo la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de marzo de 1988. La dispensa de garantías sigue siendo hoy por hoy excepcional —artículo 50 R.G.R.-2005—. Creemos razonable a tal efecto una paridad de tratamiento entre los supuestos de aplazamiento y suspensión, extendiendo la dispensa, además a los supuestos citados, a otros supuestos dispersos por la normativa reguladora de los procedimientos ejecutivos y revisores: inexistencia de la deuda, o inexistencia de la misma o falta de determinación, inejecutabilidad, tercerías y error de hecho. En el ámbito local las Administraciones Tributarias gozan de un creciente poder reglamentario que se plasma cada día más en la disciplina de medidas de recaudación —plazos, aplazamientos, garantías—. Cfr. PAGÉS I GALTÉS, J.: *Tratado de Ordenanzas Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 2006. Aunque no podemos olvidar que el grueso de esta materia está sometida al principio de legalidad, como bien tuviera ocasión de recordar HERRERO MADARIAGA, J.: “Notas críticas al Real Decreto 171/1978, de 27 de enero, sobre fraccionamiento de pago de las deudas derivadas de la regularización voluntaria: su posible ilegalidad”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 15-66/1978.

en este desordenado y asistemático artículo 74 R.G.R.-2005, que debe interpretarse teleológica y sistemáticamente ¹¹⁴.

IX. LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES, SUSTITUTIVAS O COADYUVANTES DE LAS GARANTÍAS REALES. EL DERECHO DE RETENCIÓN, AUXILIAR DE OTRAS GARANTÍAS REALES, DENTRO Y FUERA DEL CONCURSO. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PROCEDIMENTALES AL SERVICIO DE LA EJECUCIÓN DEL CRÉDITO JUNTAMENTE CON LAS GARANTÍAS REALES

No es fácil concretar cuales sean las llamadas garantías procedimentales, pues buena parte de la L.G.T., todo el R.G.R. e incluso todo el R.G.I. están encaminados a la satisfacción del crédito tributario, plagados de medidas de aseguramiento en los procedimientos aplicativos de los tributos. Por exclusión, la doctrina califica así a aquéllas que no son personales ni reales. Es decir, aquellas que no ofrecen un nuevo patrimonio que perseguir, de una persona o una cosa. Pero que, no obstante, coadyuvan eficazmente a la satisfacción del crédito del acreedor. Se encuentran allí donde el ordenamiento jurídico confiere a las Administraciones tributarias su *status* de *potentior personae* y, en aras a la satisfacción del interés público, a la eficacia en la actuación administrativa, excepciona la posición de igualdad entre acreedor y deudor que es propia de la relación jurídica obligacional de derecho privado (S.S.T.C. 22/1984, 148/1993, 73/1996). La relación jurídica tributaria es

¹¹⁴ Ni la L.G.T.-2003 ni el R.G.R.-2005 han alterado sustancialmente la posición del garante, tal y como venía siendo conocida por la normativa derogada, y a la que ya hemos hecho referencia en epígrafes anteriores. El sujeto pasivo realiza una prestación de hacer consistente en la constitución de la garantía. Es una prestación distinta, pues, de la que es objeto de la obligación tributaria material. Es una prestación que la Ley exige al sujeto pasivo como requisito para obtener la suspensión o el aplazamiento del cumplimiento de la obligación tributaria principal. Producido el incumplimiento de ésta, los bienes consignados, pignorados o hipotecados están afectos al pago de la misma, cualquiera que sea su procedencia. Éste, el poseedor de los bienes afectos al pago del tributo, puede ser o no el sujeto pasivo de la obligación tributaria principal. Cualquiera que sea el poseedor de estos bienes afectos, su posición jurídica se caracteriza por ser titular de un deber de soportar la ejecución de la garantía, que sólo puede enervar mediante la realización de la prestación tributaria material, si es el sujeto pasivo de la misma; o de una prestación de dar una suma de dinero coincidente con el importe de la prestación que es objeto de la obligación tributaria material garantizada, si se trata de un tercero distinto del sujeto pasivo de esta obligación principal garantizada. El artículo 54.4 R.G.R.-2005 sólo añade que “el importe líquido obtenido se aplicará al pago de la deuda pendiente, incluidas costas, recargos e intereses de demora. La parte sobrante será puesta a disposición del garante o de quien corresponda”. El reglamento no sólo no se ha atrevido a profundizar en el estatuto de este poseedor de bienes afectos, garante real, sino que rescuita, como vamos viendo, la confusión con los garantes personales —avalistas, responsables—.

una relación de derecho administrativo, no de poder, pero tampoco de derecho civil. Quiere decir ello que las partes no se encuentran en un plano de igualdad absoluta. El acreedor, la Administración Tributaria, goza, amén de las garantías personales y reales, de un sinnúmero de privilegios procedimentales, que le colocan en una posición exorbitante respecto de la paridad y equilibrio propia de las relaciones crédito-deuda del derecho privado. Para que tal posición exorbitante no degeneren en arbitrariedades y abusos, más propios de la relación de poder, es imprescindible hacer valer vigorosamente los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución, y, de entre ellos, especialmente por lo que ahora nos atañe, los principios de tutela judicial efectiva y presunción de inocencia, auténticos contrapesos de las potestades administrativas exorbitantes. La suspensión, con y sin garantía, cautelas y contracautelas, presiden el discurrir diario de las relaciones administrativas tributarias, que deben mantener un equilibrio vigilado de cerca por el poder judicial, hoy lejano y gran medida ausente del ejercicio de esta trascendental función de control de la legalidad administrativa tributaria.

1. El derecho de retención, auxiliar de otras garantías reales dentro y fuera del concurso

Establece el artículo 80 LGT-2003: “La Administración Tributaria tendrá derecho de retención frente a todos sobre las mercancías declaradas en las aduanas para el pago de la pertinente deuda aduanera y fiscal, por el importe de los respectivos derechos e impuestos liquidados, de no garantizarse de forma suficiente el pago de la misma”. El derecho de retención se contempla en este artículo, heredero retocado del artículo 75 L.G.T.-1963, como facultad que tiene la Administración de retener las mercancías presentadas a despacho para liquidar los tributos que graven su tráfico, hasta no se paguen los mismos o se asegure el cobro mediante garantía bastante, personal o real ¹¹⁵.

¹¹⁵ Cfr. artículo 38 del R.G.R.-1990 que señala: “1. La Hacienda Pública tendrá derecho de retención frente a todos, sobre las mercancías que se presenten a despacho y liquidación de los tributos que graven su tráfico o circulación, por el respectivo importe de la deuda liquidada, de no garantizarse de forma suficiente el pago de la misma. 2. El referido derecho se ejercerá por los órganos a quienes se hayan presentado o entregado las mercancías a los fines señalados en el número anterior. Las Administraciones de Aduanas ejercerán este derecho de acuerdo con lo que se establece en las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas” (Cfr. Reglamento (CEE) 4046/89, de 21 de diciembre, del Consejo, y arts. 189 y ss. del Reglamento (CEE) 2913/92, de 12 de octubre, que aprueba el Código Aduanero Comunitario). Hoy el artículo 67.2 R.G.R.-2005 dice sencillamente que el derecho de retención se ejercerá por los órganos a los que se haya presentado o entregado las mercancías. HERRERO MADARIAGA, J.: “Algunas observaciones sobre el derecho de retención del artículo 75 de la Ley General Tributaria”, *Hacienda Pública Española* n.º 59/1979, señala que el derecho de retención confluye con otras garantías —afección, prelación para el cobro— lo que en ocasiones confunde a los operadores acerca de su virtualidad. Se trata de

La retención es aquella facultad concedida u otorgada por la Ley a un acreedor, permitiéndole continuar en la detentación de una cosa más allá del tiempo en que debió entregarla a su deudor ¹¹⁶. En la doctrina se la ha considerado tradicionalmente como una garantía poco vigorosa por sí misma, pues el acreedor sólo ostenta la facultad de continuar la detentación y rehusar la restitución. Carece, en cambio, de un poder de persecución y del poder de realización del valor de los bienes para resarcirse de su crédito con el producto obtenido. Siendo ello así, no cabe olvidar tampoco que la posesión de la cosa, generalmente afecta al pago del tributo, facilita extraordinariamente a la Administración Tributaria acreedora su posterior embargo, enajenación y cobro preferente, potestades privilegiadas éstas que, en unión de la retención de la cosa, conforman un marco garantizador muy eficaz ¹¹⁷.

Es un precepto de origen aduanero indudable. El derecho de retención es una de los medios más viejos de aseguramiento del crédito tributario aduanero conocidos en el Derecho positivo. La mercancía queda retenida hasta que se pague el tributo. En ningún otro tributo salvo los exigidos con ocasión del tráfico de mercancías por la aduana, se da la presentación de la mercancía, que constituye base de la posible retención. Por tanto tiene aplicación sólo en el IVA e Impuestos Especiales, en tanto graven tráfico de mercancías por Aduanas, y en los tributos aduaneros. De ahí que la L.G.T.-2003 haya rectificado la redacción del precepto regulador para hacer referencia a la “deuda

una garantía en sentido técnico, a su juicio, por sí misma, pues añade al crédito algo que *per se* no tiene: el propietario de la cosa no podrá reclamarla en tanto no satisfaga previamente el crédito. En el ámbito comunitario, cfr. MAZORRA MANRIQUE DE LARA, S.: “Garantías del pago de la deuda aduanera”, *Noticias de la Unión Europea* n.º 79-80/1991; y PELECHÁ ZOZAYA, F.: *El Código Aduanero Comunitario y su aplicación en España*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

¹¹⁶ RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: *Las garantías...*cit. DÍEZ-PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Derecho de cosas...*, cit, señalan que el derecho de retención constituye una forma de garantía, en cuanto que la continuación o la perpetuación de la detentación de la cosa asegura económicamente al acreedor que su crédito le será pagado. Dan cuenta de la tradicional polémica acerca del carácter real o no de esta garantía, pero se inclinan por la solución negativa, porque “prescindiendo de los casos en que va unido a una prenda, la única facultad del titular es denegar la restitución de la cosa mientras no le paguen los gastos que le ha originado. Es oponible *erga omnes*, frente al deudor, acreedores o sucesores. Pero no puede el retenedor usar, disfrutar o disponer de ella. Pese a ser una medida de garantía *lato sensu*, no otorga derecho de preferencia para el cobro ni derecho de realización de valor...la retención se pierde si el retentor entrega la cosa...” —páginas 45-6—.

¹¹⁷ HERRERO MADARIAGA, J.: *Algunas consideraciones...*, cit, desglosa en tres los elementos de esta garantía: posesión o detentación de la cosa, crédito a favor del retentor exigible y vencido aunque no necesariamente cuantificado, y conexión crédito-cosa, que puede ser más o menos nítida. Aunque no conforme un auténtico derecho subjetivo, ni una garantía real, es una facultad de naturaleza personal, a su juicio. A mi entender, la inexistencia del derecho subjetivo y del carácter real que demuestra claramente este autor, conduce a alojar la figura en el grupo de las garantías procedimentales. Desde el punto de vista de la teoría general del derecho, cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *El derecho de retención en el Código Civil español*, Universidad de Salamanca, 1955.

aduanera y fiscal”, para comprender sin que quepa duda, en el ámbito de la garantía, a los impuestos indirectos no aduaneros exigibles con ocasión de la importación o exportación ¹¹⁸.

Aparentemente, se trata de una garantía de poco vigor, porque la Hacienda Pública puede retener las mercancías pero no ejecutarlas para cobrar el tributo. Además es subsidiaria, entrará en juego en defecto de otras garantías más eficaces, al señalar el precepto “*de no garantizarse de forma suficiente el pago del mismo*”. A juicio de la doctrina más atenta a esta figura, el carácter subsidiario del derecho de retención no se explica solamente por la escasa eficacia de esta garantía, pues en tales casos la Hacienda Pública contaría además con un derecho real de afección de bienes que le permitiría proceder respecto de las cosas retenidas. Bajo esta opinión, son razones derivadas de la necesidad de no entorpecer el tráfico jurídico las que motivan que el derecho de retención ceda ante otra garantía suficiente ¹¹⁹. Si se contempla a esta

¹¹⁸ Sólo la Administración aduanera tiene competencias hoy para retener mercancías. Cfr. Artículo 67.2 R.G.R.-2005. En el resto del sistema tributario no se presentan mercancías a despacho en ninguna Administración. Y aún en las aduanas, tratándose de mercancías perecederas la presentación y retención de las mismas puede dar al traste con ellas, por lo que su liquidación y garantía han operado tradicionalmente de otra manera. Así, el artículo 385 de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas y el artículo 32.1 del Texto Refundido de los impuestos integrantes de la Renta de Aduanas, aprobado por Real Decreto 511/1977, de 18 de febrero, ordenaban afianzar los derechos liquidados por cualquier concepto; y el artículo 386 de esas mismas ordenanzas aduaneras establecía la afección real de las mercancías al pago de los tributos aduaneros. En el mismo sentido, artículo 9.4 T.R. aprobado por R.D. Legislativo 1.299/1986, de 28 de junio. Y ello porque, como señala BELTRÁN DE HEREDIA, P.: *El derecho de retención...*, cit, la retención de las mercancías las convierte en *extracomercium* y las daña gravemente pues disminuye su valor, razón por la que se trata de un remedio odioso, restrictivo, al que debe acudirse cuando no exista otra manera de asegurar el pago. Cuando las mercancías están afectas al pago de los tributos aduaneros, sobra el derecho de retención. El problema radica en que no es fácil delimitar cuando existe esa afección que haría innecesaria la retención. Como hemos explicado en el epígrafe f, la protección que el artículo 79.2 L.G.T. dispensa en todo caso al adquirente en comercio de bienes muebles con buena fe y justo título, deja inoperativa la afección en la inmensa mayoría de los supuestos de tráfico mercantil aduanero, en los que el adquirente adquiere de esta manera hiperprotegida y blindada de cualquier afección. HERRERO MADARIAGA, J.: *Algunas consideraciones...*, cit, sobre la base de los artículos 3.º y 32.2 del antiguo T.R. Aduanas —R.D. 511/1977, de 18 de febrero, considera afectas todas las mercancías que tuvieran entrada, provisional o definitiva en territorio aduanero, afección que se superponía al derecho de retención. A su juicio, el artículo 74 L.G.T. declaraba afectas las mercancías a los créditos devengados en el momento de la importación, mientras que los preceptos aduaneros citados extendían la afección a los débitos contraídos con anterioridad a ese momento.

¹¹⁹ HERRERO MADARIAGA, J.: *Algunas observaciones sobre el derecho de retención...*, cit. Como señalan MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., CASADO OLLERO, G., TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: *Curso...*, cit, este derecho de retención actúa como excepción a la demanda de restitución del obligado, a los ataques a su estado posesorio procedentes de cualquier acreedor pero si se pierde la posesión no autoriza a recuperarla, pues no atribuye la reipersecutoriedad. Tampoco puede adquirir por usucapión pues su posesión no es en concepto de dueño. El derecho de retención no confiere a su titular privilegio o garantía real alguna, que la tendrá, en su caso, por acción de los artículos 77, 78, 79, 81 y 170 L.G.T.-2003. No es dueño ni acreedor

garantía en unión de otras que pueden acompañarla (medidas cautelares en el procedimiento ejecutivo, embargo de las mercancías afectas al pago, prelación general de créditos) se comprenderá que no se trata de una medida tan inoperante. Antes al contrario, el acierto de este artículo reside en su convivencia con otras garantías a favor de la Hacienda al complementar las mismas, ya que al permanecer los bienes en poder de la Hacienda Pública se imposibilitan acciones del sujeto pasivo que puedan dejar sin efectividad las citadas garantías, y se facilita la ejecución de ellas sobre los bienes retenidos ¹²⁰.

Según estamos viendo, el derecho de retención no se considera como un derecho real en la doctrina civil mayoritaria, a la que sigue la tributaria, sino como una facultad, un poder unido al derecho de crédito que constituye una *exceptio* que el acreedor puede alegar ante la pretensión de restitución del deudor. Por ello es oponible tanto al deudor tributario que demanda la restitución de la cosa, como frente a cualquier posible tercer adquirente, es decir *erga omnes*, según señalan los artículos 75 L.G.T.-1963 y 80 L.G.T.-2003, “frente a todos”. Esta característica podría aproximarlo a los derechos reales, sin embargo la Hacienda Pública, titular del derecho de retención, puede retener la cosa, pero no puede recuperarla si ha pasado a manos de un tercero, no es eficaz frente a los demás acreedores en caso de concurso o embargo, ni tampoco permite a su titular realizar el valor de los bienes o mercancías retenidos para cobrarse de dicho valor su crédito. El titular de los bienes retenidos sólo debe soportar la retención, mas no la enajenación ni la reipersecución, por lo que la posición jurídica del retentor difiere de la que es propia del acreedor con garantía real. Esto separa profundamente el derecho de retención de los derechos reales de garantía ¹²¹.

privilegiado por garantía de naturaleza real —artículo 89 L.C.— luego carece de privilegio especial y del derecho de ejecución separada en caso de concurso, hoy además limitado como veremos más adelante.

¹²⁰ La doctrina civil resalta que el titular del derecho de retención podrá promover la ejecución de la cosa como acreedor que es, no como retentor. Aunque su crédito no goza, en rigor, de ningún privilegio especial, algo de preferencia fáctica sí incorpora, pues, quien adquiera del propietario deberá pagar al retentor su crédito para hacerse con la cosa —cfr. GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La prelación de créditos en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1962, seguido por HERRERO MADARIAGA, J., ob y loc. cit. PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales. Derecho hipotecario*, cit, página 545, ha resaltado la conexión crédito-cosa para diferenciar a esta figura de la prenda: el crédito ha de derivar de la misma relación jurídica básica en virtud de la cual, en definitiva, está la cosa en poder del obligado que invoca la retención.

¹²¹ Explicación de RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: *Las garantías...*, cit., que compartimos. En contra, GONZÁLEZ GARCÍA, E.-LEJEUNE VALCÁRCEL, E.: *Derecho Tributario*, cit, que lo califican como un derecho real de garantía, así como FERREIRO LAPATZA, J.J.: *Curso...*, cit, que incluye el derecho de retención entre las garantías reales del crédito tributario. Media aquí una confusión con la prenda, a nuestro juicio. El acreedor pignoraticio sí puede enajenar la cosa trabada por mor de su derecho de garantía, y cobrar el primero por acción del artículo 77 L.G.T.-2003. Como explica PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales. Derecho*

A nuestro juicio, cabe no obstante realizar algún matiz, en el sentido de que, si bien el derecho de retención sobre mercancías contemplado en este artículo no tiene naturaleza real y no es una garantía en el sentido estricto indicado en este trabajo, sí es una facultad que facilita la práctica exitosa de una futura ejecución, dentro o fuera del concurso. Nada mejor que detentar para poder ejecutar y cobrar. En caso de concurso declarado, el crédito aduanero o fiscal por razón del tráfico aduanero no es un crédito singularmente privilegiado, porque carece del carácter real necesario para estar incluido en este grupo. Pero que duda cabe de que la detentación de la cosa facilitaría mucho la ejecución separada, si la cosa estuviera afecta a un crédito tributario, cuestión ésta que no es pacífica ¹²².

Esta garantía no frena a otros acreedores que pueden embargar en procedimientos ejecutivos singulares o concurrir en caso de concurso. El titular del derecho de retención no está protegido frente a acreedores concurrentes por este derecho. No se trata de una prenda. Se trata de un crédito de los generalmente privilegiados, más reforzado, por la acción de este artículo 80 L.G.T.-2003, que cualquiera de los incluidos en este grupo por la acción del artículo 91 L.C., que confiere ese carácter a todos los créditos tributarios no especialmente privilegiados, luego más si cabe, a aquéllos en los que mercancías retenidas aseguran su cobro. Se trataría pues, de créditos que, no siendo especialmente privilegiados, están más protegidos que los generalmente privilegiados. La Ley Concursal, no obstante, los incluye en el grupo 2, entre los generalmente privilegiados por el 50% de su importe, y ordinarios por el resto.

2. Otras medidas cautelares procedimentales, al servicio de la ejecución del crédito juntamente con las garantías reales

Bajo la genérica denominación de medidas cautelares regula la L.G.T.-2003, dentro de la sección dedicada a las garantías, un paquete de figuras de tímida y liviana eficacia real, calificables tradicionalmente por la doctrina

hipotecario, cit, páginas 391 y siguientes, puede ser objeto de prenda una cantidad de dinero...con intención de que el acreedor sólo quede obligado a devolver, en su caso, otra suma igual a la recibida (prenda irregular). Atribuye al acreedor la propiedad de la cosa pignorada y el derecho a consumirlo a cambio de devolver una cantidad igual. El acreedor pignoraticio tiene derecho a poseer, a perseguir, a retener y a enajenar si no cobra al vencimiento, o a la dación en pago.

¹²² Cfr. las dispares opiniones de ARRANZ DE ANDRÉS, C.: “El derecho de retención del artículo 75 L.G.T.: algunas consideraciones”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 113/2002; y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, A.: “La retención y el abandono aduanero de bienes”, *Hacienda Pública Española* n.º 89/1984, amén de las que ya van expuestas.

como garantías de carácter procedimental, pues sin llegar a sujetar plenamente bienes al cumplimiento de las obligaciones tributarias permitiendo la realización de su valor, sí coadyuvan a tal sujeción aseguradora. La regulación, heredera fiel de la ya contenida en el artículo 128 L.G.T.-1963, encuentra su desarrollo en su lugar natural, el Reglamento General de Recaudación, en muy variados preceptos —artículos 10, 49, 54, 73, 84, D.T.2.^a R.G.R.-2005—, que toman ahora como punto de partida el artículo 81.1 L.G.T.-2003: “Para asegurar el cobro de la deuda tributaria, la Administración podrá adoptar medidas cautelares de carácter provisional cuando existan indicios racionales de que, en otro caso, se vería frustrado o gravemente dificultado. La medida cautelar deberá ser notificada al afectado, con expresa mención de los motivos que justifican su adopción”¹²³.

Desde el punto de vista de este trabajo, centrado en los problemas de eficacia y ejecución de las garantías reales, caracteriza a las llamadas medidas cautelares su doble función alternativa a la hora de asegurar el cobro del tributo: en ocasiones sustituyen a la garantía real (o personal) propiamente dicha, haciéndola innecesaria; pero otras veces, son un anticipo de ésta, si bien de eficacia variable y provisional¹²⁴. No podemos entretenernos, pues se aparta del objeto de este trabajo, en los requisitos de fondo y forma que debe reunir una medida cautelar para ser adoptada: proporcionalidad al peligro para la efectividad del crédito del que existen indicios racionales, al daño posible que pueda originar el cobro frustrado o dificultado; motivación sin prejuzgar el fondo del asunto; no producción de perjuicios de imposible o difícil reparación; notificación e impugnabilidad¹²⁵.

¹²³ No olvidemos que la disciplina madre de cualquier medida cautelar es el Derecho Procesal, de donde se toman y adaptan para las demás ramas del ordenamiento. Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, M-RAMOS MÉNDEZ, F.: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Gráficas M. Pareja, Barcelona, 1974.

¹²⁴ Los artículos 103.1 C.E. y 72 L.R.J.A.P. conforman el fundamento último de las medidas cautelares procedimentales: la eficacia en la actuación administrativa justifica, en ocasiones, prevenir y adelantarse a los acontecimientos, adoptando medidas provisionales que normalmente son propias de un momento posterior: liquidaciones cautelares, embargos preventivos, retención de pagos, prohibiciones de enajenar...son todas medidas que participan de ese doble carácter provisional y anticipado que es propio de la medida cautelar en un procedimiento liquidatorio o recaudatorio. Pero así como la liquidación cautelar presenta una ejecutividad inmediata en unos casos y diferida en otros, el embargo preventivo no permite la ejecución de los bienes, no sirve para enajenarlos. Por su parte, la retención de pagos y la prohibición de enajenar sí presentan un grado de ejecutividad notable al servicio del cobro del tributo, impidiendo una y otra el libre disfrute de dinero y bienes que pudieran huir de la finalidad del pago. Cfr. MONTERO DOMÍNGUEZ, A.: “Evolución de las medidas cautelares en el ámbito tributario. Influencia de normas no tributarias”, *Tribuna Fiscal* n.º 103/1999.

¹²⁵ Siguiendo el exhaustivo estudio de CORCUERA TORRES, A.: “Los requisitos y los límites para adoptar medidas cautelares tributarias”, *Revista de Contabilidad y Tributación del Centro de Estudios Financieros* n.º 175/1997, páginas 5-60, podemos distinguir requisitos *subjetivos*

Pero sí debemos destacar que la L.G.T.-2003, siguiendo la estela de algunas de sus reformas precedentes, ratifica y confía en una medida cautelar pariente próxima de la recién examinada en el ámbito aduanero: la retención, ahora no de mercancías, pero sí de pagos¹²⁶, sean de devoluciones tributarias o sean a proveedores o contratistas por cualesquiera conceptos por los que resulten acreedores, y ello en garantía de deudas tributarias en concepto de I.V.A., retenciones o deudas incursas en delito fiscal. Tratándose como se trata aquí de dinero, y no de otros bienes, esta garantía es notablemente eficaz, y puede hacer innecesaria cualquier otra garantía real o personal¹²⁷.

Algo semejante ocurre con el embargo preventivo cuando éste es de dinero o ingresos de espectáculos públicos: la retención de la masa dineraria sirve tan bien o mejor que ninguna otra garantía, real o personal, al eficaz cumplimiento de cualquier obligación tributaria¹²⁸. Si el embargo es de mer-

—órganos competentes para adoptar la medida— y *objetivos* —indicios racionales de peligro para la efectividad del crédito, fundada sospecha producto de un raciocinio lógico, serio y desapasionado, no una mera conjetura, probados, relacionados con el hecho base y no uno solo—; *facultades* para averiguar si procede la adopción de la medida y *sujetos* afectados, presupuestos de hecho, y requisitos de procedimiento; interesantes apreciaciones en LUQUE MATEO, M.A.: “Algunas notas sobre las medidas cautelares en materia tributaria”, *Crónica Tributaria* n.º 113/2004, páginas 117-137.

¹²⁶ Como explica CORCUERA TORRES, A.: *Las medidas cautelares que aseguran el cobro de la deuda tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 1998, página 146, en la retención de pagos se pierde la conexión crédito-cosa que es propia del derecho de retención civil, en el que no se produce la retención de dinero. Esta retención, irregular por dineraria, es más eficaz y la aproxima a la prenda irregular, de dinero. Cfr. PUIG BRÚTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales. Derecho hipotecario*, cit, páginas 390 y siguientes. Nótese que este autor, no obstante, estudia el derecho de retención más detenidamente en su volumen III, dentro del derecho de obligaciones, y no en este volumen dedicado a los derechos reales.

¹²⁷ En este sentido, dice con acierto el artículo 49.1 R.G.R. que “cuando la constitución de la garantía resulte excesivamente onerosa en relación con la cuantía y plazo de la deuda, el obligado al pago podrá solicitar que la Administración adopte medidas cautelares en sustitución de la garantía necesaria si tiene solicitadas devoluciones tributarias u otros pagos a su favor o cuando sea titular de bienes o derechos que sean susceptibles de embargo preventivo. Cuando dichos bienes o derechos sean susceptibles de inscripción en un registro público, la concesión estará supeditada a la inscripción previa en el correspondiente registro”. Se trata de una previsión establecida para los supuestos de aplazamiento y fraccionamiento, de tal manera que en la misma resolución se resuelvan la petición de aplazamiento y la medida cautelar que en su caso se ordena, a la vista de la situación económico-financiera del deudor y de la naturaleza del bien o derecho que se ofrece. Cfr. MORILLO MÉNDEZ, A.: “El principio de proporcionalidad y los procedimientos tributarios cautelares”, *Información Fiscal* n.º 29/1998.

¹²⁸ Quizá por ello, dada la rotunda eficacia de la misma, la ley ha circunscrito el juego de este embargo, irregular por dinerario, solo a los supuestos de actividades lucrativas sin establecimiento y no declaradas, así como a los ingresos de espectáculos públicos no declarados. Embargar taquillas o dinero de la caja, siquiera sea preventivamente, es tanto como proceder al ingreso anticipado de la deuda, siquiera sea a título de garantía y no cobro. Eficacísima garantía, tanto como cualquiera otra personal o real. No hay nada tan eficaz para el acreedor como el ingreso por adelantado de lo que todavía no se debe, o no está claro que se deba. Las fronteras entre el pago y la garantía se diluyen extraordinariamente en estas figuras. Como explica CORCUERA TORRES, A.:

cancías, su eficacia es muy parecida a la del derecho de retención recogido en el artículo 80 L.G.T.-2003, pues tratándose de un embargo preventivo y no definitivo, la Administración puede retener la cosa pero no enajenarla por el procedimiento ejecutivo. Y tratándose del embargo de bienes o derechos inscribibles en un registro público, la anotación preventiva de embargo surtirá los efectos que le son propios, con la particularidad de su duración limitada a 6 meses, lo que impide, a nuestro juicio, cualquier ejecución de la misma hasta su conversión en embargo definitivo¹²⁹. Pero que duda cabe de que la ejecución mediata o inmediata o el cobro por compensación futuro se facilitan extraordinariamente con esta medida, que no deben perder de vista el principio de proporcionalidad.

La prohibición de enajenar, gravar o disponer tiene una eficacia menor que la retención o el embargo preventivo, pues aquí la Administración no es poseedora-detentadora-retenedora de la cosa. Pero compele al deudor a no realizar operaciones en perjuicio del acreedor, que podrá ejercitar acciones rescisorias, civiles o penales, si así fuere, frente a las que el deudor no podrá alegar buena fe o desconocimiento de la realidad de la deuda tributaria¹³⁰.

Las medidas cautelares..., cit, páginas 161 y siguientes, la L.G.T. apenas regula el embargo preventivo, por lo que la práctica se limita a adaptar las normas del embargo ejecutivo. Es la medida cautelar por excelencia en el ámbito judicial, que no podía faltar en el ámbito ejecutivo administrativo. Es la diligencia la que produce la afección o traba de los bienes, mientras que la anotación en el Registro, para los inscribibles, o el depósito para los no inscribibles, son medidas de aseguramiento del embargo, ambas al servicio de la operatividad de éste, y éste al servicio de la efectividad del crédito. La anotación no altera la prelación para el cobro que el crédito ya tenía ex artículo 77 L.G.T.-2003 desde que está en descubierto y operativa en caso de concurrencia. La anotación no condiciona la existencia del embargo, lo publica y refuerza su eficacia frente a terceros.

¹²⁹ De cómo el embargo preventivo se diferencia del embargo definitivo es buena muestra el artículo 49.1 R.G.R.-2005 en su tercer y quinto párrafos. En el párrafo 3 se prevé claramente que, cuando se pueden ya embargar los bienes por el procedimiento ordinario de los artículos 75 a 93, no tiene sentido que el deudor ofrezca como medida cautelar el embargo preventivo. Y en el párrafo 5 se veta la posibilidad de ejecutar un embargo *preventivo*: para la ejecución de cualquier garantía, ésta debe haberse convertido antes en *definitiva* en el procedimiento de apremio. El embargo preventivo no sirve para enajenar los bienes, pero sí sirve para anunciar un procedimiento ejecutivo en marcha o en ciernes y evitar que por el juego de la fe pública registral terceros adquirentes de buena fe ignoren que hacia los bienes trabados se dirige un procedimiento ejecutivo. La terminología “embargo preventivo” procede de la legislación hipotecaria, y se usa, a mi juicio, demasiado alegramente, sin distinguir cuando el embargo es realmente preventivo y cuando es ejecutivo. Cfr. para diferenciar ORTELLS RAMOS, M.: *El embargo preventivo*, Bosch, Barcelona, 1984.

¹³⁰ También esta medida presta, pues, un servicio importante a la ejecución del crédito y participa de las notas de instrumentalidad, aseguramiento, provisionalidad y prevención del daño que son propias de las medidas cautelares procedimentales, señaladas por LUQUE MATEO, M.A.: *Algunas notas...*, cit. Aunque no se traben bienes con esta medida, ni siquiera preventivamente, sí que se coadyuva con ella a una posterior traba necesaria. Se trata de prevenir la operatividad de ésta, de adelantarse a los acontecimientos pues como explica CORCUERA TORRES, A.: *Las medidas...*, cit, páginas 61-2, la medida cautelar cubre supuestos anteriores al momento en que operan otras garantías, “de forma que al tratarse de medidas compatibles, puede ocurrir que en ciertos casos sea necesario adoptar una medida cautelar para que posteriormente los derechos de prelación o afección no devengan ineficaces”.

Termina el artículo 81 L.G.T.-2003 con una referencia a las medidas cautelares que otras leyes dispongan, en un evidente deseo de no agotar la lista de las posibles que imaginarse y legislarse puedan. Así, los artículos 162 L.G.T.-2003 y 10 R.G.R.-2005 establecen que los funcionarios de recaudación podrán adoptar las medidas cautelares recogidas en el artículo 146 L.G.T.-2003, previstas para el procedimiento de inspección. Y nos encontramos allí que, para impedir que desaparezcan, destruyan o se alteren pruebas determinantes de la existencia o cumplimiento de obligaciones tributarias o que se niegue posteriormente su existencia o exhibición, podrá adoptarse el precinto, depósito o incautación de mercancías o productos sometidos a gravamen. Aparece, pues, el precinto de local como otra medida cautelar añadida a las ya vistas, pues el depósito y la incautación de mercancías poco añaden a los embargos y retenciones ya comentados ¹³¹.

Insistimos en que el carácter preventivo de todas las medidas cautelares viene dado por la concurrencia de dos notas, la primera de las cuales es la *anticipación* respecto del momento en que naturalmente pudieran adoptarse. De ahí que la ley las autorice solo a partir de la propuesta de liquidación, lo que ya es un momento anterior, qué duda cabe, al de liquidación practicada y no ingresada en período voluntario...y no digamos al momento de providencia de apremio ya despachada y notificada. Se excepciona de esta regla el supuesto de deudas por retenciones e I.V.A., casos en los que las medidas cautelares pueden adoptarse “en cualquier momento”... Esta indefinición acerca de cual sea ese momento ha de colmarse con arreglo a los principios nucleares que son propios de una medida cautelar: en cualquier momento en el que concurren circunstancias de peligro o daño para la efectividad del crédito...pues en otro caso la medida cautelar sería arbitraria —en ausencia de peligro cierto— o ineficaz —en retraso de su momento adecuado— ¹³².

¹³¹ Estas y todas las medidas cautelares, algunas de ellas impactantes e inusuales en España, que no en América Latina, como la intervención de negocio, en las que no podemos entretenernos ahora, deberán ser proporcionadas a la entidad de la deuda y al daño que se pretenda evitar, limitadas temporalmente a 6 meses, y a que se mantengan las circunstancias de peligro, no pudiendo adoptarse aquellas que produzcan perjuicio de imposible o difícil reparación —apartados 2 y 5 del artículo 81 L.G.T.-2003—. La disposición transitoria segunda de este texto legal remite al reglamento general de la inspección vigente hasta que no se dicten nuevas normas reglamentarias de desarrollo de las medidas cautelares legalmente previstas. Cfr. la opinión sobre la viabilidad de unas y otras en ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000. La referencia a las que establezcan otras leyes permite defender la aplicabilidad de las previstas en leyes no tributarias, administrativas, civiles o procesales, aunque no siempre es fácil la trasposición de unos ámbitos a otros. Siempre el principio de proporcionalidad debe guiar estas posibles trasposiciones.

¹³² LUQUE MATEO, M.A.: *Algunas notas...*, cit, defiende que sería mejor que la medida pudiera ser adoptada a partir del momento en que el tributo se ha devengado y no satisfecho en período voluntario —autoliquidación no ingresada en plazo—. El artículo 81.4 L.G.T.-2003 sólo

La *provisionalidad* de la medida es la otra característica propia del género de lo cautelar. El artículo 81 L.G.T.-2003 reconduce a 6 meses la duración de cualquier medida, al cabo de los cuales solo cabe convertirla en definitiva, sustituirla por otra, prorrogarla por otros 6 meses o cancelarla. Estas son las 4 opciones que desordenadamente baraja el precepto, confiriendo una flexible y plausible discrecionalidad a la Administración actuante para evaluar en cada caso la pertinencia de la medida a adoptar. El embargo administrativo preventivo puede pasar a definitivo si hemos entrado en el procedimiento de apremio que haya llegado hasta esa fase, o a embargo judicial, si existe un litigio en el que el acreedor haya solicitado esa caución y el órgano judicial la haya decretado —artículo 1.428 L.C.E.—. Es evidente que judicializándose la pretensión, la adopción de medidas aseguradoras de la eficacia del crédito compete al órgano judicial conecedor del recurso. Al deudor también le cabe en el transcurso de estos 6 meses solicitar la sustitución de una medida cautelar procedimental por otra de la misma naturaleza o incluso ofrecer garantía personal o real a tal efecto —aval, depósito, prenda, hipoteca—. Se trata de una medida plausible, pues al acreedor lo que interesa es que su derecho de crédito no padezca, y es indudable que éste puede asegurarse de muchas maneras, como estamos viendo a lo largo de este trabajo, luego muy bien puede el deudor ofrecer, y el acreedor aceptar previa evaluación de su idoneidad y suficiencia, cualquier garantía, real, personal o procedimental, que sirva a tal fin ¹³³.

No nos parece tan razonable, sin embargo, la posibilidad de que la medida cautelar, provisional por naturaleza, y circunscrita por el legislador a un razonable período de 6 meses de duración, pueda ser prorrogada por otros 6 meses. Creemos que si la situación de peligro para la efectividad del crédito se mantiene, lo correcto sería practicar otra medida cautelar, constituir una garantía por tiempo indefinido, hasta que desaparezcan las circunstancias de peligro, más que proceder a la prórroga de la anterior. Y si las circunstancias de peligro han desaparecido o están próximas a desaparecer, lo que procede es la cancelación. Es decir, que la medida cautelar ha de ser la adecuada en cada momento a las circunstancias de peligro existentes en cada momento. No hay por qué circunscribirla a plazos de caducidad, durará lo que tenga que durar, y será la que tenga que ser, siempre en función de las circunstancias de peligro para la efectividad del crédito concu-

las autoriza a partir de que haya mediado propuesta de liquidación administrativa, lo que retrasa considerablemente el momento a partir del cual pueden adoptarse esta y cualquier medida cautelar.

¹³³ CORCUERA TORRES, A.: *Las medidas...*, cit, página 62, subraya que es de la esencia de la medida cautelar una notable discrecionalidad administrativa acerca de si es necesario adoptarla o no en cada caso, y cual adoptar, lo cual no debe de asustar. Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *La discrecionalidad en el Derecho Tributario*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

rrentes en cada momento, y de la necesaria proporcionalidad que debe guiar la adopción de la medida ¹³⁴.

En caso de concurso ¿qué papel juegan las medidas cautelares de carácter procedimental del artículo 81 L.G.T.? Está claro que no confieren al crédito tributario el carácter de privilegiado especial, del artículo 90 L.C., pues ninguna de ellas es catalogable como de garantía real. Ni siquiera el embargo preventivo, que traba bienes, permite la enajenación de los mismos para el cobro con la realización de su valor. La provisionalidad de la medida impide a la Administración en todo caso ejecutarla *erga omnes*. No dispone de un derecho de afeción, que le permitiría la ejecución en ciertos supuestos. Ahora bien, llegado el momento de la liquidación total o parcial, si existen cosas en su poder, retenidas o embargadas, depositadas o precintadas, se facilita la ejecución separada o no y el posterior cobro. Pero la medida cautelar procedimental, preventiva y provisional no va más allá, no altera la naturaleza del crédito. Y una vez declarado el concurso, ni confiere a la Administración un derecho de ejecución separada y previa ni su derecho de abstención le legitima para cobrar el 100% del crédito. Aún con la medida cautelar adoptada, el crédito fiscal de que se trate tendrá la consideración de generalmente privilegiado por el 50% de su importe, y ordinario por el otro 50%, en los términos que, con ella y sin ella, establecen los artículos 91 y 92 L.C. ¹³⁵.

EPÍLOGOS

A. Hacia una mejor ordenación de la ejecución del crédito tributario y de sus garantías reales. Interpretación sistemática y reformas necesarias en los artículos 168 L.G.T. y 74 R.G.R. para resolver problemas pendientes.

El artículo 168 L.G.T.-2003 en unión con el artículo 74 R.G.R.-2005 tratan de poner orden, no demasiado, en una materia conflictiva donde las haya,

¹³⁴ Aunque somos conscientes de que el sometimiento a plazo de caducidad de la duración de la medida está guiado por un saludable deseo de conferir seguridad jurídica a esta materia, proclive, como tantas otras, al exceso de celo administrativo determinante de abusos.

¹³⁵ Cfr. LUQUE MATEO, M.A.: *Algunas notas...*, cit, recuerda que es al juez del concurso al que le compete en exclusiva conocer, adoptar, ratificar o levantar cualesquiera medidas cautelares una vez declarado el concurso —artículos 8.4, 17, 21.1, 50, 51, 87.4 y 226 L.C.—. Critica la escasa coherencia de los dos apartados del artículo 55 L.C., que no permiten determinar con claridad que hacer en caso de concurrencia del concurso con apremios en marcha, y critica que la L.G.T. haya incluido las medidas cautelares dentro de la sección de las garantías del crédito tributario, lo que para CORCUERA TORRES, A.: *Las medidas...*, cit, página 56, es un acierto. A nuestro juicio no están de más allí, aunque su ubicación idónea sea en sede de procedimientos. Lo que falta es un tratamiento sistemático adecuado de las garantías personales y reales, legales y voluntarias, dentro de las obligaciones inherentes a la aplicación de los tributos, en los términos que venimos postulando desde el epígrafe a, garantías de las que estas procedimentales son alternativas o coadyuvantes.

la determinar qué ejecutar primero, los bienes del deudor o las garantías reales o personales en su caso existentes, cuando son varias las que concurren a asegurar la efectividad del crédito y visto que las medidas cautelares son garantías procedimentales que no permiten per se la ejecución de bienes aunque coadyuven a ella. Si la deuda no se paga en período voluntario, iniciado que sea el procedimiento de apremio con la providencia notificada al deudor, la Administración, a tenor de la normativa vigente y manifiestamente mejorable, tiene el derecho de optar entre ejecutar la garantía o perseguir los bienes del deudor, con la única excepción respecto de la primera posibilidad de que la garantía sea desproporcionada para la deuda o que el deudor ofrezca otra suficiente, dicen los preceptos citados *ab initio*, luego podemos empezar ya a construir las diferentes posibilidades que con notable desorden prevén los susodichos preceptos¹³⁶, que hay que interpretar en armonía con otros de los que se olvidan ahora el legislador y el reglamentador. Si la deuda no se paga en período voluntario por el deudor principal, sea éste contribuyente o sustituto, deberían, a nuestro entender, seguirse las actuaciones que se indican seguidamente por el orden que proponemos.

1.^a *Requírase al deudor para que ofrezca dinero o bienes para la ejecución*, de entidad suficiente para cubrir el importe de la deuda, al objeto de cumplir con los principios de proporcionalidad, fácil ejecutabilidad y mínima perturbación al deudor en la ejecución. Si éste no atendiera el requerimiento u ofreciere dinero o bienes de cuantía insuficiente o desproporcionada o de no fácil ejecutabilidad, pasaríamos a la segunda opción, que atiende, precisamente, a esta necesidad de ejecutar causando los menores trastornos al administrado y dentro de la mayor practicabilidad¹³⁷.

2.^a *Aplicación del depósito de dinero* realizado en sede administrativa a la cancelación de la deuda, si lo hubiere. Si el depositario no es la propia Administración, se le requerirá el ingreso de la deuda, incluidos los recargos e intereses que en su caso correspondan hasta el límite del depósito consti-

¹³⁶ La mejor prueba del desorden es que el apartado 7 del artículo 74 R.G.R.-2005, último de la fila, prevé la reanudación para con el deudor de un procedimiento de apremio parado en su día por la prestación de garantía. Si ésta deviene insuficiente, se podrá ejecutar al deudor y seguir el apremio con él, solución lógica que por su aplicación temporal debería figurar antes del artículo 74, o al principio de él, y no al final del mismo. Cfr. TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: "Procedimientos de recaudación", *La nueva Ley General Tributaria*, Thompson-Civitas, Madrid, 2004; y ESEVERRI MARTÍNEZ, E.: "La ejecución de la garantía prestada para suspender actos de liquidación tributaria", *Tribuna Fiscal* n.º 39/1994.

¹³⁷ Criterios en los que insisten con firmeza, a lo largo de su obra, los acreditados comentaristas ZAVALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A.-LLOPIS GINER, F.-DAGO ELORZA, I.: *Recaudación. Aspectos sustantivos y procedimentales. Comentario al Real Decreto 1.684/1990*, C.I.S.S., Valencia, 1991.

tuido. A mi entender, este requerimiento al depositario de dinero que no es la Administración Tributaria acreedora no puede ser otro que una entidad financiera (en la que esté abierta una cuenta *ad hoc*) a la que habrá que requerirle para que realice la transferencia “voluntariamente”, antes de darle traslado de la providencia de apremio y apercibiéndole de embargo si no paga en los plazos del artículo 62.5 L.G.T.-2003¹³⁸. El retrasado apartado 5 del artículo 74 R.G.R.-2003 no está en el lugar que por posición en la ordenación lógica de las actuaciones le corresponde. Pero es evidente que el depósito de dinero, en la caja de consignación de la Administración acreedora o en la cuenta bancaria a tal efecto indicada por la misma, es la garantía más fácilmente ejecutable, luego por aplicación de los principios de eficacia y proporcionalidad, que hacen suyos los artículos 168 y 169 L.G.T.-2003, debe ejecutarse la primera.

3.^a *Requerimiento de pago al responsable solidario*, si lo hubiere. Aunque este garante personal no figura expresamente en la lista de las garantías a ejecutar del artículo 74 R.G.R.-2005, entendemos que se trata de uno de los garantes personales aludidos en el apartado 2¹³⁹, cuando dice que “si la garantía consiste en aval, fianza, certificado de seguro de caución u *otra garantía personal...*”. Como hemos constatado en epígrafes anteriores, ésta lo es de manera indubitada, con la particularidad de que estamos ante una garantía legalmente impuesta y no voluntariamente pactada¹⁴⁰. La consecuencia es que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41, 42, 174 y 175 L.G.T.-2003, de los que parece olvidarse ahora el artículo 74 R.G.R.-2005, la Administración acreedora carece ahora de derecho de opción alguno. Es decir, no habiéndose satisfecho la deuda en período voluntario por el deudor principal, ni habiéndose depositado su importe, la Administración, antes de ejecutar ninguna garantía ni al propio deudor, debe exigir el pago en período voluntario a este deudor legal de 2.º nivel, a título de garante, que es el llamado responsable solidario, y que está previsto legalmente para ser llamado al pago precisamente en este instante¹⁴¹. Es un garante legal, que debe

¹³⁸ El artículo 74.5 R.G.R.-2005, además de mal ubicado por las razones que se expresan en el texto, olvida que no debe haber deudor ni garante al que pueda dirigirse la Administración en vía de apremio sin requerirle antes el ingreso en período voluntario. Este depositario que no sea la Administración es un tercero ajeno a la relación jurídica tributaria que no ha provocado apremio alguno, no es un obligado tributario, es un sujeto pasivo de una obligación de garantía al que compete pagar o soportar la ejecución. Es, en definitiva, un garante real que responde con el dinero depositado. Cfr. epígrafes anteriores b, c y h y DELGADO GARCÍA, A.M.: *La derivación de responsabilidades...*, páginas 52-60.

¹³⁹ Cfr. epígrafes anteriores b y c, y GUERRA REGUERA, M.: *Garantías personales...*, cit. Por nuestra parte, LAGO MONTERO, J.M.: *El procedimiento de derivación...*, cit.

¹⁴⁰ Cfr. ARIAS ABELLÁN, M.D.: *El estatuto jurídico del responsable...*, cit; *El régimen jurídico del responsable...*, cit; HERRERO MADARIAGA, J.: *El responsable...*, cit.

¹⁴¹ Sólo si no hiciera el pago en el obligatorio período voluntario que a tal efecto ha de concedérsele, procedería darle traslado de la providencia de apremio, para que ingrese en los plazos

preceder, a nuestro juicio, al garante contractual, porque la ley lo ha impuesto para ello, y siempre a salvo de que no se haya extinguido la deuda en aplicación de las dos primeras hipótesis expuestas.

4.^a *Requerimiento para pago en período voluntario al garante personal contractual, es decir, al fiador o avalista.* Aunque no se diga claro, a mi entender es menester ofrecerle plazo para pago voluntario del artículo 62.2 L.G.T.-2003, apercibiéndole de que si no ingresa se expone a recibir providencia de apremio y a que se siga el procedimiento ejecutivo entero con él. Es lógico esto, tratándose como se trata del garante por excelencia, el más querido por las Administraciones Tributarias¹⁴², luego es al que hay que requerir y, en su caso, perseguir si no pagan ni depositan el deudor principal que lo sea ni el responsable solidario, ni se señalan bienes por el deudor. Todo ello siempre y cuando el aval responda también a un elemental principio de proporcionalidad, que es de esperar visto que se trata de una garantía constituida *ex voluntate*, libremente por el deudor. Como el apartado 2 del artículo 74 R.G.R. va antes que todos los demás (3 a 7), parece que quiere el reglamentador que se requiera el pago a este fiador ahora antes que a ningún otro, e incluso que se ejecute esta garantía personal antes que ninguna otra real. Pero si esa era la opción reglamentaria, la podían haber explicitado de manera más clara los redactores del precepto, pues la numeración de sus apartados no es taxativamente indicadora de que sea esa la preferencia procedimental normativa a seguir.

5. *Requerimiento de pago en período voluntario al garante real, poseedor de bienes afectos, pignorados o hipotecados.* A nuestro juicio, aún existe una posibilidad, ésta, de evitar la ejecución forzosa, traumática y violenta del patrimonio del deudor o sus garantes, que en aplicación de los principios de eficacia, menor coste y menor perturbación debe ser antepuesta a cualquier otra. El garante real que lo sea, *ex lege* o *ex voluntate*, está obligado a soportar la ejecución salvo que pague la deuda. Es, pues, natural y lógico que se le requiera a tal efecto, y se le recuerde que son esas dos las opciones que le asisten, y se le de plazo voluntario para cumplimentar la una o la otra, apercibiéndole de que si no ingresa se podrá seguir procedimiento ejecutivo con

del artículo 62.5 L.G.T.-2003. Pero eso requiere que la providencia esté ya dictada, y a ese momento no hemos llegado todavía, pese a la precocidad el apartado 2 del artículo 74 R.G.R., que ordena proceder contra los bienes del responsable solidario en virtud de la misma providencia de apremio dictada para con el obligado principal, providencia que, como decimos, aún no tiene por qué haberse dictado.

¹⁴² Sobre la precedencia del aval respecto de las demás garantías, vid. epígrafe anterior c. Sobre la necesidad de requerir el pago al avalista en período voluntario antes de darle traslado de la providencia de apremio, MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: "Garantías y extinción", *Manual de Derecho Financiero y Tributario*, II, Comares, Granada, 2002.

él, contra la cosa en su poder. No lo expresan así de claro ni la L.G.T.-2003 ni el R.G.R.-2005, en una muestra más, y cuántas van, de despiste legislativo y reglamentario. Pero es una solución que se deduce de la vinculación del legislador a los principios de eficacia, proporcionalidad y menor perturbación en la recaudación que hace suyos en los artículos 168 y 169 L.G.T.-2003. Si llegado este momento se permite a la Administración optar por ejecutar una u otra garantía o ejecutar al deudor mismo, ¿cómo no va a ser más razonable que antes de nada se requiera el pago en período voluntario a cualesquiera garantes que existir pudieran, legales y voluntarios, personales y reales? Las 4 categorías de garantes posibles han de entrar en juego ahora, ofreciendo a los sujetos respectivos la posibilidad de pago sin apremio, que no han provocado, antes de poner en marcha un fatigoso, caro y violento procedimiento ejecutivo ¹⁴³.

6. *Dictado de la providencia de apremio y notificación de la misma al deudor, al responsable solidario y demás garantes personales y reales si los hubiere.* Si la deuda no se ha extinguido en aplicación de las 5 primeras hipótesis expuestas, la Administración acreedora no tiene más remedio ya, no le queda otra salida que iniciar el procedimiento ejecutivo, dictando la pertinente providencia de apremio. Aquí la Administración tributaria puede optar entre seguir el procedimiento de apremio con el deudor principal y/o con el responsable solidario si lo hubiere, o ejecutar garantías personales o reales si existen y fueren proporcionadas a la cuantía de la deuda ¹⁴⁴.

Si el deudor no ha señalado bienes ni ofrecido garantía alternativa y la deuda no se ha pagado, se podrá optar, como decimos, entre seguir el apremio con el deudor y/o el responsable solidario o ejecutar una de las garantías constituidas en su día. Pero es una opción que la Administración acreedora

¹⁴³ Vid. Supra epígrafes f, g y h. Cfr. SIERRA BRAVO, R.: “Comentarios a los artículos 37 y 38 R.G.R.”, en *Comentarios a las leyes tributarias y financieras*, tomo XVI, Edersa, Madrid, 1983.

¹⁴⁴ Es obvio que siempre cabe que el deudor recapacite y pague u ofrezca bienes para solventar la deuda. Para pagar siempre hay tiempo... antes de que termine la subasta. No habría opción si fuera el propio deudor el que en este momento ofreciera garantía suficiente o señalara bienes para ejecutar acordes con la cuantía de la deuda, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 74 R.G.R.: “Si la garantía consiste en hipoteca, prenda u otra de carácter real constituida por o sobre bienes o derechos del obligado al pago susceptibles de enajenación forzosa, se procederá a enajenarlos por el procedimiento establecido en este reglamento para la enajenación de bienes embargados de naturaleza igual o similar”. Obsérvese que cuando se procede a la ejecución de bienes del deudor principal sobre los que pesa embargo o garantía real, la responsabilidad patrimonial universal se solapa con estas garantías reales. Sobre este solapamiento así como sobre las similitudes entre el embargo y la afección de bienes, pueden verse los epígrafes anteriores a, d, e, f, y g. y las explicaciones de DÍEZ PICAZO, L.-GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Derecho de cosas...*, cit, páginas 430 y siguientes; y PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales...*, cit, páginas 385 y 558 y siguientes.

no puede ejercitar libremente pues se encuentra condicionada, como siempre, por los principios de proporcionalidad, menor coste y menor perturbación a los administrados, lo que ha de llevarle, necesariamente a ejecutar aquella garantía que por sus características, mejor responda a los principios citados. Luego en rigor, la Administración carece aquí de libertad de elección, de discrecionalidad pura y dura. Nos encontramos ante un ámbito de discrecionalidad muy limitado por los anteexpuestos principios que el propio legislador hace suyos en los artículos 168 y 169 L.G.T.-2003¹⁴⁵. A nuestro juicio, entonces, la elección que tiene que realizar ahora la Administración acreedora es la de seleccionar que bienes perseguir de entre los posibles —del deudor, del responsable solidario, de otros garantes personales o bienes afectos por garantías reales—. Y tal elección debe realizarla, insistimos, sobre la base de la vigencia de los principios de eficacia, proporcionalidad y menor perturbación a los interesados.

7. *Ejecución de bienes por orden de facilidad, sean del deudor, del responsable solidario, de otros garantes personales o bienes afectos por garantías reales.* El apremio, una vez dictada la providencia y notificada al deudor y a los garantes personales y reales que existieren, habrá de seguirse con uno u otros *atendiendo a los principios de proporcionalidad, eficacia y menor perturbación a los interesados.* Quiere ello decir que habrá que ejecutar aquel o aquellos bienes que sean de más fácil ejecutabilidad, aquéllos que sean más fáciles de embargar, enajenar y permitir el cobro de la deuda por la Administración acreedora. Ni que decir tiene que el orden de bienes a embargar que a tal efecto ofrece el artículo 169 L.G.T.-2003 significa una estupenda guía sobre el orden posible a seguir. Pero no se trata de una guía imperativa cuando son varios los sujetos cuyos bienes sean perseguibles, y por tanto, diversas las actuaciones ejecutivas que pueden llevarse a cabo.

El criterio de la más fácil ejecutabilidad inclina a las Administraciones Tributarias a ejecutar en primero término los avales de entidades financieras. Ocurre que éstas, requeridas que sean al pago, cumplimentan éste con prontitud, luego rara vez es preciso desarrollar con ellas el procedimiento ejecutivo. No es por tanto, casual, que en el artículo 74 R.G.R. aparezca citada como la primera garantía a ejecutar, aunque nada se diga acerca de que el orden a seguir sea el que se deduce de los numerales del precepto. Sí marca la prefe-

¹⁴⁵ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, J.I.: *La discrecionalidad...*; y RUBIO SOLER, C.R.: “La recaudación en la nueva Ley General Tributaria”, *Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004. Ni que decir tiene que si con anterioridad a este momento hubiera mediado embargo preventivo u otra medida cautelar de las analizadas en el epígrafe anterior que facilitan la ejecución y enajenación de bienes, estaría abierto por ella claramente el camino a seguir ahora.

rencia, recordémoslo, el artículo 82.1 L.G.T.-2003, en los términos que ya hemos analizado en un epígrafe precedente.

En ausencia de avales bancarios, la Administración tendrá que verificar qué otros bienes o garantías se encuentran a su alcance, con un criterio de más fácil ejecutabilidad. Significa esto que la Administración podrá seleccionar trabar un bien del responsable solidario, o del deudor principal, si prevé que va a ser más fácil cobrarles la deuda así que ejecutando otra garantía. Los sucesivos y desordenados apartados siguientes al primero del prolífico artículo 74 R.G.R., pese a sus buenas intenciones, parece a veces que más que ordenar desordenan el orden lógico de ejecución de las garantías en atención a su naturaleza. Contienen simples previsiones, posibilidades de actuación pero ni jerarquizan ni aclaran cual es el orden a seguir cuando sean varias las opciones posibles por concurrir varios de los presupuestos de hechos de los contemplados en los diversos apartados del precepto ¹⁴⁶.

La ejecución de garantías reales, de bienes en poder de poseedores distintos del deudor, debe de operar cuando sea ésta la manera más adecuada de cobrar la deuda. O dicho de otro modo, cuando no existan bienes de más fácil ejecutabilidad en el patrimonio del deudor o del responsable solidario, ni exista tampoco avalista u otro garante personal con bienes más fácilmente perseguibles. A pesar del tenor literal del apartado 4 del artículo 74, entendemos que al garante real, poseedor de los bienes afectos hipotecados o pignorados, es preciso requerirle el pago en período voluntario, dándole plazo del artículo 62.2 L.G.T.-2003, antes de darle traslado de la providencia de apremio. No creemos que pueda apremiarse a quien no se le ofrecido la posibilidad de pagar voluntariamente. El automatismo que una lectura literal del apartado 4 del artículo 74 sugiere carece de sentido lógico-jurídico. Si la deuda está en apremio no es por causa de la conducta de este garante real, al que no se le ha requerido nunca el pago en período voluntario. Somos conscientes de que la práctica administrativa se acoge al tenor literal del precepto, y producido el impago en período voluntario, se dicta la providencia de apremio que se traslada a cuantos sujetos, obligados o garantes, sea menester. El Reglamento debería introducir una modificación en el sentido que propugnamos, más acorde con las exigencias propias de un Estado de Derecho que no debe permitir que se ejecute a quien no se le ha conferido plazo para pagar voluntariamente, sin recargo alguno que no ha provocado ¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Cfr. las opciones que barajan ZAVALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A.-LLOPIS GINER, F.-DAGO ELORZA, I.: *Recaudación. Aspectos sustantivos y procedimentales...*, cit.

¹⁴⁷ Cfr. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M: *La extinción de la obligación tributaria...*, cit; y TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: *Procedimientos de recaudación...*, cit.

La ejecución de garantías reales que regula el reglamento es fiel reflejo de la tibieza del legislador en su configuración. A mi juicio, no tiene ningún sentido establecer 4 regímenes distintos de ejecución de garantías reales, uno para las hipotecas expresas, otro para las tácitas, uno más para las afecciones con nota marginal y otro para las afecciones no anotadas. Tratándose como se trata en todos los casos de derechos reales administrativos, de naturaleza hipotecaria, por los que se traban bienes, se sujetan bienes al cumplimiento de obligaciones tributarias, las especialidades que contempla el Reglamento carecen de justificación. Quiero decir con ello que, notificada que haya sido la providencia de apremio, y estando el bien ya trabado por la garantía real *ex lege* o *ex contractu*, sólo hay que esperar a que se produzca el pago en los plazos que indica la propia providencia. Y si éste no se produjere, se tornan innecesarios tanto la declaración de fallido del deudor principal y responsable solidario como el embargo de los bienes que está ya trabados merced a la garantía real, por lo que cabe decretar sin más trámites su enajenación, su venta en pública subasta en la generalidad de los casos ¹⁴⁸.

No es éste, sin embargo, el natural camino que ordena seguir el reglamento en todos los casos, confundido como está por el legislador en cuanto a la naturaleza de las distintas garantías reales. Para la ejecución de la hipoteca legal expresa, prescinde del requerimiento de pago en período voluntario, omisión criticable a nuestro juicio, y prevé que se requiera el pago al poseedor del bien ya en apremio, y si no paga en plazos de apremio o pone los bienes a disposición de Hacienda, que se enajene el bien por el procedimiento habitual —artículo 74.4 R.G.R.-2005—. Obsérvese que ni es preceptiva la diligencia de embargo, ni se ordena que se anote éste en el Registro, ni se

¹⁴⁸ Vid supra epígrafes f, g y h. Recordemos que cuando a la Administración Tributaria se le ha anticipado otro acreedor en la ejecución, es menester el planteamiento de tercería. Entrará en juego entonces el orden de prelación de créditos en ejecuciones singulares que regulan los artículos 1923 CC, 44 LH, 32 E.T...y tantos otros preceptos que hay que interpretar en conjunción con nuestros artículos 77, 78, 79 y 82 L.G.T.-2003, al que nos hemos referido en los epígrafes correspondientes. ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *Las Garantías reales...*, cit, páginas 411 a 448, se ha esforzado en averiguar el lugar que en el orden de prelación de créditos ocupan los tributarios. El orden más seguro parece ser el que los coloca inmediatamente detrás de los créditos salariales hiperprotegidos ex artículo 32.1 y 2 E.T. y de los créditos por gastos de comunidad del artículo 9.1.e. de la Ley 8/1999, que reforma la ley de propiedad horizontal; a continuación vendrían, por este orden, dentro de una difícil jerarquización, la última anualidad del I.B.I. ex artículo 1.923.2 C.C., la penúltima anualidad del I.B.I., ex artículo 78 L.G.T. y en paridad con ellos los créditos por primas de seguros ex artículo 196 L.H.; a continuación, las demás deudas no prescritas del I.B.I., por afección del artículo 76 T.R.L.H.L., y todas las demás afecciones del artículo 79 L.G.T., amén de las hipotecas legales expresas previstas en el artículo 82 L.G.T. y embargos ejecutivos del artículo 170 L.G.T.; en el siguiente nivel de protección se encontrarían las deudas por cotizaciones a la Seguridad Social ex artículos 22 T.R.L.G.S.S. y 1.924.1 C.C. y los demás créditos tributarios, preferentes ex artículo 77 L.G.T.; en el último escalón nos encontraríamos a los demás créditos en función de su prioridad temporal en el descubierto.

prevé que antes de ejecutar la hipoteca se expurgue el patrimonio del deudor o del responsable solidario hasta la declaración de fallido, trámites todos superfluos, acertadamente omitidos por el R.G.R.-2005¹⁴⁹. Para la ejecución de la hipoteca legal tácita ha de seguirse el mismo camino, pues a este precepto remite el artículo 65.3 R.G.R.-2005.

Pero sorprendentemente, para la ejecución de la garantía consistente en afección de bienes al pago de tributos, supuesto en el que la nota marginal es obligatoria ex artículo 67.1 R.G.R.-2005 y se practicará antes o después, el reglamento establece un tratamiento diferente al de las hipotecas, sin causa que lo justifique puesto que estamos ante derechos reales administrativos que gozan de la misma naturaleza hipotecaria. Este mismo artículo 67.1 R.G.R. ordena ejecutar la afección de bienes como una responsabilidad subsidiaria. “Para el ejercicio del derecho de afección se requerirá la declaración de responsabilidad subsidiaria en los términos establecidos en los artículos 174 y 176 L.G.T.-2003...”, declaración contra natura, a mi juicio, que impone la previa declaración de fallido del deudor y del responsable solidario si lo hubiere, que no tienen mucho sentido tratándose de ejecutar una garantía real¹⁵⁰.

En cualquier caso, y como dice tardíamente el apartado 6 de este largo y jugoso artículo 74, “la ejecución de las hipotecas y otros derechos reales constituidos en garantía de los créditos de la hacienda pública se realizará por los órganos de recaudación competentes a través del procedimiento de apremio. Cuando se inicie la ejecución administrativa, el órgano de recaudación competente comunicará la orden de ejecución al Registrador de la propiedad mediante mandamiento por duplicado para que libre y remita la correspondiente certificación de dominio y cargas, con el contenido y los efectos esta-

¹⁴⁹ Como bien explica ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *Garantías reales...*, páginas 330-7, 357-9, 364, para ejecutar hipotecas y afecciones no hace falta diligencia de embargo ni anotación de la misma en el Registro porque el bien ya está trabado *ex lege* o *ex contractu* por la acción de la garantía, que consiste precisamente en eso, en que sujeta un bien al cumplimiento de una obligación. Podrá, no obstante, anotarse el embargo en el Registro, mejor mediante nota marginal, que es un asiento que se acomoda más a su naturaleza, al objeto de publicarlo, de darle publicidad y evitar la aparición de terceros que digan ser protegidos por la fe pública registral, y hacer efectiva la preferencia del artículo 77 L.G.T.-2003 ante un tercerista. No muestra, sin embargo, la misma contundencia en cuanto a la innecesariedad de la declaración de fallido del deudor principal y responsable solidario si lo hubiere, aunque detecta que no la exige la naturaleza real de la garantía —páginas 372-6 y 385-6—.

¹⁵⁰ Cfr. las explicaciones ya vertidas en los epígrafes anteriores c, d y g. No podemos entretenernos en este trabajo en la explicación de las reacciones posibles que el ordenamiento jurídico ofrece al alcance del sujeto al que se deriva la acción recaudatoria, ni de los problemas que ofrece la prescripción de esta acción, sometida como todas, a su propio plazo preclusivo de 4 años, amén de al plazo preclusivo de la obligación tributaria principal que se deriva. Cfr. ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *Garantías reales...*, cit, páginas 387-404 y 404-9, respectivamente.

blecidos en el artículo 688 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”¹⁵¹. Nótese que el precepto no discrimina ahora entre hipotecas y otros derechos reales de garantía, que comprenden afecciones expresas y táticas, anotadas o pendientes de anotación, en los términos que ya van expuestos a lo largo de este trabajo.

8.^a *Derivación al responsable subsidiario.* Seguido sin éxito el procedimiento de apremio hasta su conclusión con el deudor principal, el responsable solidario y cualesquiera garantes personales o reales que concurrieren al aseguramiento de la obligación, hace su aparición el responsable subsidiario. Es, pues, la última opción que tiene la Administración Tributaria de efectuar el cobro de la deuda, cuando ha fracasado en el empeño con anteriores deudores y garantes. La declaración de fallido del deudor principal y del responsable solidario es requisito necesario para derivar la acción recaudatoria al responsable subsidiario, según el artículo 176 L.G.T.-2003, que se olvida de que pueden existir otros garantes, personales o reales, a los que dirigirse hasta el agotamiento de la acción ¿antes o después que al responsable subsidiario? A nuestro juicio antes, visto que el artículo 168 L.G.T.-2003 ordena, como regla general, ejecutar *la* garantía, la que sea, si la deuda no se paga en período voluntario, y que el artículo 174 L.G.T.-2003 coloca al responsable solidario casi en paridad con el deudor principal, sea sustituto o contribuyente. Luego el orden a seguir en la ejecución, siempre según los criterios expuestos en este epígrafe, será el de deudor principal-responsable solidario-garantes personales o reales, y fallidos todos en su caso, responsable subsidiario, orden que distan mucho de dejar claro los preceptos legales y reglamentarios que ya van citados, pero al que ha de llegarse a nuestro entender, mediante una interpretación sistemática y teleológica de los mismos. No estaría de más, sin embargo, que en futuras reformas de estos textos se aclarara normativamente esta ordenación que sostenemos.

¹⁵¹ Continúa el precepto ordenando que “el órgano de recaudación competente notificará el inicio del procedimiento de ejecución a la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio si no ha sido requerida para el pago y a los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que aparezcan en la certificación. En su caso, el tipo para la subasta o concurso podrá fijarse de acuerdo con las reglas del artículo 97 y con independencia del valor en que se haya tasado el bien al tiempo de constituir la hipoteca”. Nos desviaría del objeto de este trabajo el tratamiento de aspectos colaterales como la certificación de cargas, su subsistencia o cancelación, y el supuesto de adjudicación de bienes a la Hacienda Pública, aspectos todos en los que no podemos entretenernos. Somera referencia a los mismos en ARRANZ DE ANDRÉS, C.: *Garantías reales...*, cit, páginas 350-5 y 360-367.

B. Aclaraciones sobre la incidencia de la declaración de concurso en la ejecución de los créditos tributarios con garantía real: Las Administraciones Tributarias como acreedoras no tan privilegiadas en la nueva Legislación concursal. La prevalencia de los mandatos de la Ley 22/2003 sobre los mandatos de la L.G.T.-2003 en caso de conflicto, una vez declarado el concurso. La parálisis de las ejecuciones singulares y la competencia del Juez del concurso, que no de la Administración Tributaria, para autorizar su iniciación o continuación, también en el supuesto de créditos tributarios asegurados con garantía real. La distinción entre bienes afectos y no afectos al ejercicio de la actividad

Cuando los derechos de la Hacienda pública estatal, autonómica o local se vean afectados por una declaración de concurso, la representación de la Administración Tributaria debe personarse en el procedimiento a través de su representante jurídico —abogacía del Estado, letrado de la Comunidad Autónoma, letrado de la Entidad Local— e informar al órgano judicial de cuales son los créditos fiscales cuyo cobro se pretende, mediante certificación expedida por el órgano competente¹⁵². Aunque no constituye el objeto de este tra-

¹⁵² Escualida resulta la regulación de esta materia en el R.G.R., que solo contiene un artículo específicamente dedicado a la cuestión, el 123 que lleva por rútilo *Actuaciones de la Hacienda pública en procedimientos concursales y en otros procedimientos de ejecución*. Hacienda debe personarse en los procedimientos, judiciales o no, en los que deba hacer valer derechos de crédito. En ocasiones no sólo tendrá que personarse sino instar ella misma la iniciación de tales procedimientos. Otras veces tendrá que recabar información previa del órgano judicial para conocer si allí se ventila algo que le afecte, y que su representación procesal no haya podido conocer. Cfr. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit, páginas 200-9, para las actuaciones previas al proceso, y páginas 209-217 para las actuaciones dentro del proceso concursal. Aparte de estas sencillas y necesarias previsiones, es la Ley Concursal la que regula el procedimiento a seguir, también por las Administraciones Públicas en defensa de sus intereses, reconociendo, como no podía ser de otra manera, que todos los acreedores, también las Administraciones Tributarias, tienen el derecho de pedir que se declare el concurso, lo que puede llevar aparejado un premio —la consideración de sus créditos como preferentes en un 25%— o un castigo —la condena en costas por temeridad— así como su derecho a impugnar los acuerdos que estime perjudiciales para sus intereses, empezando por la propia declaración del concurso, si le parece que puede haber fraude, con petición de medidas cautelares contra el concursado, los liquidadores o los administradores, de hecho y de derecho, presentes, pasados o futuros. GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.-RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, A.: *El crédito tributario en la ley concursal...*, cit, se lamentan de que ahora las Administraciones Tributarias sólo tengan derecho de abstención por la parte de sus créditos que sea preferente, con lo que siempre existirán créditos tributarios afectados por el convenio, dicen; lamentan que Hacienda no tenga voto en Junta por los créditos subordinados ni por el 50% de los ordinarios y que en cuanto a los privilegiados sólo se compute su voto cuando es a favor —artículo 124 L.C.— y lamentan la espera tan dilatada que hay que soportar para cobrar los créditos subordinados, que se cobran los últimos, si se cobran —artículos 133 y 158 L.C.—; pretenden excluir de la condición de subordinados a los recargos resarcitorios, pretensión y lamentos todos vanos,

bajo desentrañar todas las peculiaridades que ofrece la actuación de las Administraciones Tributarias en caso de concurso, si queremos cerrarlo deteniéndonos en algunas consideraciones de interés en torno a nuestro tema, la eficacia de las garantías reales, también en caso de que sobrevenga esta situación concursal ¹⁵³.

Como ya hemos examinado en apartados anteriores, la declaración del concurso por auto judicial provoca una suerte de vencimiento anticipado de las deudas aplazadas del concursado y paraliza todas las ejecuciones singulares iniciadas o por iniciar contra el patrimonio del deudor, efectos ambos que se atenúan tratándose de deudas aseguradas con garantía real o embargo ejecutivo, que no obstante quedan sometidos a la tutela judicial, como cualquier realización de cualquier actuación ejecutiva. El tradicional privilegio de la Hacienda Pública, de ejecutar por separado los créditos asegurados mediante embargo o garantía real anteriores al concurso, ha sufrido también un recorte importante y nada pacífico, en los términos que venimos anunciando y que veremos enseguida. Interesa, pues, antes que nada, recordar cuales son los créditos tributarios que gozan de la calificación de especialmente privilegiados, pues son éstos y no otros los que, en su caso, y con las limitaciones que veremos, presentan especialidades en su ejecución ¹⁵⁴.

vista la nueva ordenación jurídica de la materia que vamos exponiendo. Como bien explica MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J.M.: *Aspectos tributarios de la nueva Ley Concursal*, cit, el interés del concurso es la conservación de la empresa —artículos 42.1, 43.1, 54.2, 61.2, 148.2, 149.1, 215.1, 165.2— lo que acarrea una necesaria poda de los privilegios tributarios y no tributarios. Resalta que las retenciones ya no tienen la consideración de depósito pero sí la de créditos con privilegio general. El crédito tributario no garantizado realmente sólo goza de privilegio general por el 50% de su importe. Hacienda sólo puede concertar condiciones singulares de pago por la parte del crédito que sea privilegiada, pues por la parte no privilegiada queda vinculada a lo que establezca el convenio general, en su caso. Vid. Supra epígrafes d y e.

¹⁵³ Sobre la defensa de los intereses de la Hacienda pública en el procedimiento concursal, cfr. SÁNCHEZ PINO, A.J.: *La personación...*, cit, donde da cuenta de quien tiene la competencia para ordenar la personación, en qué momento debe sustanciarse ésta, qué tipo de certificado provisional de los créditos tributarios ha de aportarse en ese momento a efectos del reconocimiento, comunicación o insinuación de éstos y qué certificación definitiva de los créditos tributarios en descubierto ha de aportarse después. Véase asimismo ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “Aspectos fiscales de la ley concursal”, *Consell Obert* n.º 179/2003; y TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: “Las normas financieras y tributarias de la nueva Ley Concursal”, *Nueva Fiscalidad* n.º 8/2002. La Instrucción conjunta del Director General de la A.E.A.T. y del Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado, de 14 de octubre de 2004, así como la Instrucción n.º 10/2004, de 27 de diciembre, del Director General de la A.E.A.T. han sustituido a las no tan viejas Circulares de 25 de junio de 1990 y 27 de marzo de 1995.

¹⁵⁴ La insuprimible certificación de descubierto, que algunos incontinentes reformadores y operadores dieron por suprimida en su día, resulta poco menos que imprescindible ahora, en los procedimientos concursales, en los que las Administraciones Tributarias tienen que acreditar fehacientemente la existencia, el concepto y la cuantía de sus créditos vencidos y no satisfechos artículo 123,3 L.C.). Cfr. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit, páginas 211 y 215. Como explica SÁNCHEZ PINO, A.: *La personación...*, cit, el auto declarativo del concurso concede un

Como hemos explicado a lo largo de este trabajo, no son pocas las garantías reales de pura cepa que pueden asistir a los créditos tributarios, únicas que confieren al crédito el carácter de privilegiado especial en caso de concurso. No cabe duda de que lo son las hipotecas expresas constituidas con todos los sacramentos de la ley hipotecaria en garantía de deudas aplazadas o suspendidas, ex artículo 81 L.G.T.-2003¹⁵⁵. No cabe duda tampoco del carácter real de la hipoteca legal tácita del 78 L.G.T.-2003, auténtica supergarantía de fortaleza aún mayor que la de la hipoteca ordinaria, según hemos tenido ocasión de analizar¹⁵⁶. No menor carácter real presentan las afecciones de bienes al pago de tributos a que se refiere en todas sus modalidades el artículo 79 L.G.T.-2003, amén del artículo 64 T.R.L.H.L. Todas juegan *erga omnes*, en perjuicio de cualquier acreedor, con las discutibles salvedades que para los terceros protegidos por la fe pública registral hemos tenido ocasión de destacar¹⁵⁷, salvedades, que, en su caso, no alteran el carácter real de la garantía. De idéntico carácter real participa, a nuestro juicio, el crédito tributario asegurado mediante embargo ejecutivo una vez dictada la diligencia de embargo y máxime una vez anotado en el Registro ex artículo 170 L.G.T.-2003. Aunque éste es un crédito ejecutable por separado por el privilegio administrativo que incorpora el artículo 164 L.G.T., la confusa dicción de éste y su difícil armonización con los artículos 55 y 56 L.C. inclinan a darle el mismo tratamiento que a los asegurados con garantía real, pues ésta y no otra es su auténtica naturaleza y eficacia¹⁵⁸.

plazo de 1 mes —15 días tratándose de procedimiento abreviado por balance simplificado y pasivo inferior a un millón de euros— para el trámite de comunicación, insinuación o reconocimiento de créditos, en el que todos los acreedores deben presentar sus títulos, explicando sus conceptos, cuantías, fechas de nacimiento y vencimiento, caracteres y calificación que se pretenda para ellos. Para realizar esta tarea pueden pedir el examen de los libros del concursado. A nuestro juicio, la Administración tendría que aportar aquí una certificación de descubierto provisional. El incumplimiento del plazo puede acarrear la calificación del crédito como tardío (subordinado ex artículo 92 L.C.). En el plazo de 2 meses siguientes la administración concursal debe rendir informe, a partir del cual la Administración Tributaria tendría que aportar ahora, a nuestro entender, una certificación de descubierto definitiva —artículo 74, 75 y 94 L.C.—. En caso de discrepancia con la calificación que de los créditos tributarios realice la administración concursal, la Administración Tributaria podrá impugnarla planteando incidente concursal y pidiendo al juez la revisión de lo que sea menester, inventario incluido en su caso, e impugnando si fuera preciso las calificaciones que hayan merecido los créditos de otros acreedores. También la Hacienda Pública puede sufrir la impugnación de sus créditos y de las calificaciones que hayan merecido, en cuyo caso quedarían como condicionales, sin merma de sus derechos en lo que no se cumpla la condición (artículo 87 L.C.). Para eliminar definitivamente un crédito tributario del concurso es necesario impugnarlo en la vía contencioso administrativa y obtener allí una sentencia firme. Entre tanto, quedaría como condicionado en el concurso, deuda recurrida y quizá suspendida, si se pidió y obtuvo la medida cautelar, con caución o sin ella, en los términos de la ley jurisdiccional administrativa —Cfr. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit, páginas 184-6—.

¹⁵⁵ Vid. supra epígrafe h.

¹⁵⁶ Vid. supra epígrafe f.

¹⁵⁷ Vid. supra epígrafe g.

¹⁵⁸ Vid. supra epígrafe e.

No gozan, sin embargo, del mismo nivel de protección, los restantes créditos tributarios, aunque se haya practicado una anotación preventiva de embargo del artículo 81 L.G.T.-2003, una retención de los artículos 80 u 81 L.G.T.-2003, una medida cautelar procedimental que auxilia a la ejecución futura del crédito pero que no es *per se* ejecutable, por su carácter provisional y no definitivo, procedimental y no real. No creemos que estos créditos así garantizados puedan ser tildados de especialmente privilegiados —artículo 90 L.C.— sino de créditos con privilegio general —artículo 91 L.C.— por el 50% de su importe y ordinarios por el otro 50% ¹⁵⁹.

En la doctrina ya se planteado una polémica importante acerca de si el crédito tributario ha perdido o no demasiados privilegios con la nueva ley concursal, polémica que se alimenta tanto por el alcance de la reducción operada como por la virtualidad de ésta ¹⁶⁰. Entienden algunos autores que la remisión que el artículo 77.2 L.G.T.-2003 realiza a los mandatos de la ley concursal para el caso de *convenio*, deja fuera de juego a ésta cuando el concurso se ventila con *liquidación* de la empresa, en cuyo caso recobraría todo su vigor la condición de privilegiado que el crédito tributario tendría por mor el artículo 77.1 L.G.T.-2003 ¹⁶¹. A nuestro juicio, esta polémica está mal planteada por dos razones. Primero, porque la prevalencia de la ley concursal en caso de concurso es absoluta, diga lo que diga la redacción torpe o no del artículo 77.2 L.G.T.-2003, que no puede contradecir lo que dispone la propia Disposición Adicional 8.^a L.G.T.-2003: “Lo dispuesto en esta ley se aplicará

¹⁵⁹ No olvidar que, preferentes incluso a los así llamados, son los créditos contra la masa, que se separan de ella y se pagan antes que ninguno de los del concurso. Luego los asegurados con garantía real o embargo ejecutivo van detrás de éstos a la hora del cobro. Cfr. RUIZ BURSÓN, J.: *Estudio del privilegio general...*, cit, que critica la tibieza de la poda legislativa de los privilegios de hacienda, que el proyecto de ley concursal limitaba en todo caso al 50% de la masa pasiva, para evitar que el gran acreedor que suele ser la Hacienda Pública se “comiera” todo y generara quiebras en cadena, como advirtió el profesor ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A.: “La reforma del derecho concursal español”, en *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003. PÉREZ DE VEGA, L.: *Algunas consideraciones...*, cit, resalta que el legislador tributario del 2003 corrigió las intenciones iniciales del legislador concursal de suprimir el derecho de abstención de la Hacienda Pública en todo caso, derecho que se mantiene para los créditos privilegiados, lo que le permite forzar la liquidación, con cobro separado siquiera sea parcial de sus créditos, de empresas que considere inviables.

¹⁶⁰ Para ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: *Aspectos fiscales...*, cit, el espíritu rector de la ley concursal es que todos los acreedores soporten las pérdidas del modo más equitativo posible; PÉREZ DE VEGA, L.: *Algunas consideraciones...*, cit; y URÍA FERNÁNDEZ, F.: “La Hacienda Pública ante la reforma concursal”, *Crónica Tributaria* n.º 102/2002.

¹⁶¹ Vid. supra epígrafes d y e, en donde hemos criticado esta posición, que sostienen ORDIZ FUERTES, M.C.: *La clasificación del crédito...*, cit; GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.-RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, A.: *El crédito tributario...*, cit; LINARES GIL, M.: “Los créditos tributarios en la Ley Concursal, Ley General Tributaria y Ley General Presupuestaria: ¿una contrarreforma?”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal* n.º 1/2004, y SÁNCHEZ PINO, A.J.: *La personalidad...*, cit.

de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”. No cabe, pues, buscar antinomias entre la ley concursal y la ley tributaria ¹⁶². Pero es que además la antinomia buscada es inexistente en la generalidad de los casos, pues obedece a un planteamiento errado: el de que el crédito tributario goza del privilegio especial en todo caso, ex artículo 77.1 L.G.T.-2003. Como ya hemos explicado al comentar este precepto, la operatividad del privilegio allí recogido requiere, como requisito *sine qua non*, la concurrencia de acreedores ejecutantes, es decir, que la Administración Tributaria haya embargado ejecutivamente el bien o que se haya personado como tercero en un procedimiento ejecutivo promovido por otro acreedor ¹⁶³. Sólo en estos casos opera la preferencia para el cobro frente a ejecutantes singulares, que es el supuesto de hecho que, no se olvide, se contempla en el precepto: la concurrencia de ejecutantes, hoy singulares, uno de los cuales al menos ya ha embargado. Luego habiendo mediado embargo, en caso de concurso, se trata de un crédito especialmente privilegiado por dos conductos: porque está asegurado mediante embargo ejecutivo, con la prioridad para la ejecución que le otorga el artículo 164 L.G.T.-2003; y porque está asegurado con eficacia real, mediante traba análoga a la hipotecaria; el bien está afecto ex artículo 89.2 L.C. Declarado que sea el concurso, aunque se ventile con la liquidación de la empresa, se trata de un crédito especialmente privilegiado no por la acción del artículo 77.1, inoperante en caso de concurso, sino por la acción de los artículos 164 L.G.T. y 89 L.C.: es un crédito asegurado doblemente con eficacia real, goza de la máxima protección de que puede gozar un crédito en el concurso, sin necesidad de articular alambicadas teorías contra-concursales ¹⁶⁴.

¹⁶² En este sentido, PITA GRANDAL, A.M.: *Algunas consideraciones...*, cit; RUIZ BURSÓN, J.: *Estudio del privilegio...*, cit; y con algunas vacilaciones, MATA SIERRA, M.T.: *Las quitas del crédito tributario...*, cit; y MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J.M.: *Aspectos tributarios...*, cit. Esclarecedora por todas la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 7 de abril de 2006 —I.F. n.º 77/2006—.

¹⁶³ Vid. Supra epígrafe e. Tratándose de bienes no inscribibles ya hemos visto que el embargo de Hacienda solo cede ante el acreedor pignoraticio anterior en su escritura pública, que no necesita inscripción, y ante el adquirente en comercio de bienes muebles con buena fe y justo título, que tiene una posición inatacable por razones de seguridad jurídica ex artículo 34 L.H. Cfr. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit, páginas 159-169, acerca de las tercerías, cuyo régimen jurídico se mantiene prácticamente idéntico en la nueva L.G.T. y nuevo R.G.R. Sobre la posible aplicación de la compensación, vid páginas 191-200.

¹⁶⁴ Para el caso de que declarado el concurso no haya mediado embargo ejecutivo anterior o tercería de la Hacienda Pública, a nuestro entender el privilegio del crédito tributario sencillamente no existe: ni lo confiere el artículo 77.1 L.G.T.-2003, previsto para una hipótesis de concurrencia de embargos que aquí no se da; ni lo confiere el artículo 164 L.G.T.-2003, pues el concurso se ha declarado sin que se haya practicado embargo anterior; ni lo confiere el artículo 89 L.C., pues el crédito no está asegurado por garantía real. Hacienda ha llegado tarde y no puede hacer valer más privilegios que los reconocidos por el artículo 91 L.C.: El crédito tributario goza de privilegio general sólo por el 50% de su importe. Las retenciones son crédito privilegiado por su total importe,

Al margen del problema que acabamos de explicar, para algunos comentaristas el nuevo panorama en cuanto a la protección del crédito tributario resulta poco menos que desolador...mientras que para otros apenas ha cambiado nada. Entraña un juicio de valor extraordinariamente subjetivo el determinar si está o no está suficientemente protegido el crédito tributario a partir de la promulgación de la nueva Ley Concursal, que, desde luego, lo ha desprotegido en cierta medida, en aras a la protección de otros intereses generales igualmente necesitados de similar atención: la continuidad de las empresas, de su actividad económica, de sus puestos de trabajo, de su contribución al sostenimiento de los gastos públicos...¹⁶⁵. La ponderación de los intereses en conflicto a realizar por el legislador no es nada sencilla, debiendo atender a las circunstancias político sociales de cada momento histórico para seleccionar y conjugar todos y cada uno de los presentes, problema éste en el que no podemos entretenernos en este trabajo¹⁶⁶.

solución lógica si no se olvida, como a veces ocurre, que se trata de dinero ajeno en manos del concursado, obligado a ingresar una cantidad a cuenta de una obligación tributaria de otro sujeto. No es que se trate de un depósito, como establecía el R.G.R.-1990, se trata de una doble obligación de hacer, retener e ingresar, como intermediario al servicio de la gestión tributaria, garante personal y anticipado de una deuda ajena, convertida en obligación propia, cautelar y a cuenta de aquélla. Es natural que este dinero se separe de la masa, sea con un derecho de separación *ex iure domini* —legislación concursal anterior— o con un tratamiento de crédito privilegiado —legislación concursal vigente—. Distinto es el caso del dinero en manos del concursado procedente de repercusiones, que no tienen por qué coincidir con la cantidad a ingresar, y de hecho no coinciden en la generalidad de los casos. No es razonable aquí ni el derecho de separación ni el tratamiento de crédito privilegiado. Cfr. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit, páginas 217-221.

¹⁶⁵ A favor de las razones de la reforma ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: *Aspectos fiscales...*, cit; y PITA GRANDAL, A.M.: *Algunas consideraciones...*, cit; francamente recelosos respecto de la misma, ORDIZ FUERTES, M.C.: *La clasificación del crédito...*, cit; GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.-RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, A.: *El crédito tributario...*, cit; LINARES GIL, M.: “Los créditos tributarios en la Ley Concursal, Ley General Tributaria y Ley General Presupuestaria: ¿una contrarreforma?”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal* n.º 1/2004, y SÁNCHEZ PINO, A.J.: *La personación...*, cit. Por lo general, la doctrina civilista y mercantilista es francamente proclive a la reducción de privilegios. Cfr. AGUILAR RUBIO, M.: “La Hacienda Pública y los créditos tributarios en el proyecto de ley concursal”, *Nueva Fiscalidad* n.º 3/2003; FONSECA CAPDEVILLA, E.: “Efectos de la declaración del concurso: aspectos fiscales”, en *Comentarios a la ley concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004; GARRIDO GARCÍA, J.M.: “La graduación de los créditos”, *La reforma de la Legislación Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2002; SAGRETA TIZÓN, J.M.: “De la prelación de créditos en los procedimientos concursales”, *Revista General del Derecho* n.º 579/1992; y SALA REIXACH, A.: “La Hacienda Pública en los procedimientos concursales”, *Revista General del Derecho* n.º 628-629/1997.

¹⁶⁶ Para un planteamiento clásico de la razón y operatividad de los créditos privilegiados, véase GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La prelación de créditos en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1962; y *Comentarios al Código Civil*, II, obra colectiva. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989; del estado de la cuestión en el ámbito europeo da cuenta RUIZ HIDALGO, C.: “Los créditos tributarios en el procedimiento de insolvencia en el Derecho Comunitario”, *Impuestos* n.º 22/1996. No se olvide que el carácter privilegiado del crédito confiere a la Hacienda Pública el derecho de abstención. Podrá participar en las deliberaciones de la Junta de acreedores porque una parte de sus créditos será ordinaria con gran seguridad; pero por la parte privilegiada, lo decidido

Sea cual sea el juicio de valor que se realice acerca de la poda de privilegios operada por la Ley Concursal, existe un cierto consenso en que los créditos asegurados por garantía real deben de ser, por razones de seguridad jurídica, créditos especialmente privilegiados. Se podrá discutir acerca del derecho de ejecución separada de los mismos, en los términos que veremos; acerca de la conveniencia de que Hacienda firme o no firme el convenio, teniendo como tiene la posibilidad de obtener satisfacción preferente por su cuenta; y si le interesa más o menos, en presencia de garantías reales, forzar la liquidación de la empresa o apostar por su viabilidad. Es opinable que con venga o no este aumento del margen de discrecionalidad que la Administración Tributaria ha recibido para ponderar las razones de interés público presentes en cada concurso. Pero nadie discute la propia conceptualización del crédito como privilegiado cuando estaba asegurado por una garantía real constituida antes de la declaración del concurso, sea cual sea el acreedor¹⁶⁷.

La polémica reside en la mayor o menor prioridad que puede reconocerse a la hora ejecutar esas garantías reales en caso de concurso, total o atenuada. A nuestro juicio, la declaración del concurso paraliza todas las actuaciones ejecutivas imaginables, iniciadas o por iniciar, que sólo podrán seguirse, de principio a fin, previa autorización y tutela judicial. Algunos autores matizan de esta apreciación, aferrados a las confusas y contradictorias redacciones de los artículos 55 y 56 L.C., así como 129 L.G.T.-1963 y 164 L.G.T.-2003 y piensan que la parálisis que provoca el concurso no es total. A mi entender y sin embargo, no caben interpretaciones literales y aisladas de los preceptos en juego, sino una interpretación sistemática y teleológica de los mismos, de la que se deduce la clara voluntad legislativa de paralizar todas las ejecucio-

en Junta solo le afecta si se adhiere al acuerdo o vota favorablemente —artículo 124.4 L.C.—. El convenio puede otorgar trato especial favorable a los acreedores privilegiados que no quieren dejar de serlo ni quieren dejar de firmar el convenio —artículo 125 L.C.—. Cfr. GÓMEZ MARTÍN, F.: *Aspectos tributarios de los procesos concursales*, CISS, Valencia, 1999; RUIZ HIDALGO, C.: “La suspensión de pagos y el derecho de abstención de la Hacienda Pública”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 101/1999.

¹⁶⁷ Exhaustivo el estudio de CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la ley concursal*, Thompson-Civitas, Madrid, 2004; y sintético el de BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales...*, cit, que en las páginas 79 y siguientes trata de explicar las prolijas reglas, excepciones y contraexcepciones que rigen la parálisis/ejecución de los créditos asegurados con garantía real. A nuestro juicio, del mismo tratamiento ha de gozar la ejecución de bienes embargados con anterioridad al concurso, vista lo oscuro que resulta el artículo 164 L.G.T.-2003 al cotejarlo con las disposiciones concursales. El tema no se presta a composiciones físico-químicas. Ocurre que la parálisis en las ejecuciones que el concurso provoca es de intensidad variable, en función de la concurrencia o no de varios parámetros. Así, que tales embargos o garantías reales se hayan constituido sobre bienes afectos o no afectos a la actividad empresarial; que tales bienes sean no sólo afectos sino imprescindibles o no para la continuidad de la misma; que la subasta de los bienes estuviera o no anunciada al declararse el concurso; y que se trate de bienes propiedad del deudor concursado, y no de un tercero ajeno al concurso, que tendría derecho de separación.

nes sin excepción y someterlas todas a la soberanía exclusiva y excluyente del juez del concurso, sean cuales sean las actuaciones ejecutivas que se pretenda seguir una vez declarado éste ¹⁶⁸. El derecho de ejecución separada de los acreedores privilegiados ha quedado también seriamente mitigado con la reforma de la Ley Concursal pues no solo se condiciona a que los bienes a ejecutar estén asegurados con embargo o garantía real sino que además ha de tratarse de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial. Y la competencia para formular ambas apreciaciones es del juez del concurso, que, moviéndose dentro de los imprecisos criterios legales, goza de una notable discrecionalidad a tal efecto ¹⁶⁹.

También tratándose de ejecutar garantías reales el derecho de ejecución separada ha quedado seriamente neutralizado por la nueva Ley Concursal. De una lectura no apresurada de los artículos 55, 56, 57, 146 y 147 L.C., iluminados por su exposición de motivos, se extrae, a mi entender, las siguientes consecuencias. La primera en el tiempo, si es que cabe seguir un orden cronológico, es la referida a la imposibilidad de continuar con las ejecuciones separadas que se hubieran iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, que quedan sometidas a la tutela judicial. Será el juez quien determine si pueden o no proseguir, cuándo y cómo, esto es, en pieza separada o acumulada a la judicial, o en vía extrajudicial. Pese a los esfuerzos de algunos comentaristas, empeñados en que todo siga igual, lo cierto es que la nueva ley concursal paraliza todas las ejecuciones y las somete a la jurisdicción del juez del concurso, exclusiva y excluyente, que conocerá de todas las cuestiones referidas a cualquier ejecución que seguirse quiera (artículo 8 L.C.). Luego será el juez quien determine si una ejecución de una garantía o un apremio ya iniciado cuando se declara el concurso puede continuar o no. No compete a

¹⁶⁸ El juez, dirá, por lo tanto, en cada caso, quien disfruta del derecho de ejecutar separadamente y quien no, y si la ejecución a seguir se llevará a efecto en vía administrativa o en vía judicial. También compete al Juez determinar la preferencia procedimental y material. Cfr. las apreciaciones no muy concordantes de DAGO ELORZA, I.: “Artículo 164. Concurrencia de procedimientos”, *Comentarios a la nueva Ley General Tributaria*, obra colectiva dirigida por Ricardo Huesca Boadilla, Thompson-Civitas, Pamplona, 2004; PÉREZ DE VEGA, L.: *Algunas consideraciones...*, cit; RUBIO SOLER, C.R.: “La recaudación en la nueva Ley General Tributaria”, *Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004; y SÁNCHEZ PINO, A.: “La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal”, *Quincena Fiscal* n.º 8/2005.

¹⁶⁹ Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M.: “La extinción de la obligación tributaria”, *Economía, Derecho y Tributación*, Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón, Universidad de Salamanca, Madrid, 2005; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: “La suspensión de pagos y el procedimiento administrativo de apremio”, *Revista de Hacienda Local* n.º 73/1995; y TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: “Procedimientos de recaudación”, *La nueva Ley General Tributaria*, Thompson-Civitas, Madrid, 2004.

la Administración determinar si los bienes trabados son necesarios para la continuidad de la empresa. Sólo el juez del concurso puede determinarlo ¹⁷⁰.

Cobra, pues, especial relevancia en este trámite, la determinación de cuáles sean los bienes afectos a la actividad empresarial. A mi entender, no pueden ser otros que los que los son con arreglo a las prescripciones de la legislación de los impuestos sobre la renta. Son bienes afectos los necesarios, inherentes a la actividad económica que se realiza y contabilizados como tales, cuestiones ambas que admiten prueba. El fraude feroz que la práctica conoce no puede ni debe desvirtuar tal consideración identitaria: son afectos los necesarios e inherentes contabilizados como tales y son necesarios e inherentes los afectos y contabilizados como tales. Ahora bien, dicho esto, también es cierto, a nuestro juicio, que cabe dentro de la discrecionalidad del juez el determinar en cada caso, a la vista de la concreta situación de la empresa, cuáles de los bienes afectos son imprescindibles para la continuidad de la actividad y cuáles no. Y consecuentemente, autorizar o denegar la ejecución separada de los mismos ¹⁷¹.

¹⁷⁰ Con arreglo al artículo 129 L.G.T.-1995, el apremio solo se paraba si la diligencia de embargo era de fecha posterior a la fecha del auto declarativo del concurso, pero podía continuar si era anterior, lo que suponía una notable excepción a la regla general en virtud de la cual la declaración de una situación concursal ha de paralizar todas las actuaciones ejecutivas. La Ley concursal no solo redactó de nuevo el artículo 129.4 L.G.T. —D.F. 11.^a— sino que en su artículo 55 ordena suspender todas las ejecuciones en tramitación y sanciona con la nulidad las actuaciones que se desarrollen en contravención de lo en ella dispuesto. La excepción que se redacta en el apartado 4 respecto de los acreedores con garantía real lo es a los exclusivos efectos de que la espera dure hasta un año y se sigan las prescripciones establecidas en los artículos 56 y 57 para procurar la firma del convenio en ese plazo. Pero en modo alguno significa ello, a mi juicio, que gocen de un derecho de ejecución ayuno de la tutela judicial. No parecen entenderlo así GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.-RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, A.: *El crédito tributario...*, cit, para quienes el apremio podrá seguir adelante si la fecha de la providencia de apremio es anterior a la fecha del auto declarativo del concurso. A nuestro juicio, podrá seguir adelante si así lo decide el juez por no ser los bienes ejecutables necesarios para la continuidad de la empresa. Pero tratándose de bienes afectos a, e imprescindibles para, la actividad empresarial, el juez va a paralizar necesariamente el apremio. Y tratándose de bienes con garantía real, es preciso además esperar el año al que se refieren los artículos 56 y 57 L.C., para dilucidar si se firma el convenio salvífico de la empresa o se va a la liquidación de la misma. A mi entender, las Administraciones Tributarias sufren, pues, la paralización de sus apremios en ese tiempo, sufren la parálisis de su otrora imparable derecho de ejecución separada.

¹⁷¹ Si la subasta estaba ya anunciada, y el bien no es necesario para la continuidad de la empresa, parece que se impone enajenar, sin agotar el plazo del año, y no perjudicar las expectativas de cobro inminente de los acreedores ejecutantes singulares —artículo 56.2 L.C.—. Sobre los bienes afectos, véase el artículo 27 del R.D.Leg. 3/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido del I.R.P.F. hasta el 31 de diciembre de 2006; el artículo 29 de la nueva Ley 35/2006, de 28 de noviembre, que lo modifica a partir del 1 de enero de 2007; y los artículos 11 a 14 del R.D.Leg. 4/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido del vigente Impuesto sobre Sociedades. Sobre los criterios que deben regir la afectación no fraudulenta de bienes a la actividad empresarial puede consultarse a GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M.: *Fiscalidad de la afectación de bienes a la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 1995.

La segunda consecuencia que conviene clarificar en esta sede de la ejecución de garantías reales afectadas por una declaración de concurso es la de que no pueden iniciarse nuevas ejecuciones separadas hasta que transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación o hasta que lo autorice el juez antes de ese plazo¹⁷². En el plazo del año se determinará si se concluye el concurso con convenio o con liquidación, y podrá la Administración Tributaria optar por la firma del convenio o por la liquidación, con ejecución separada en su caso de los bienes asegurados con embargo o garantía real. De nuevo el juez del concurso es el único competente para determinar si procede esa ejecución separada o no, cuándo y cómo, y, en su caso, si se lleva a término judicial o extrajudicialmente-administrativamente. No es a la Administración Tributaria a quien le compete decidir sobre estas cuestiones¹⁷³.

Si se aprobare el convenio en el plazo indicado con la adhesión de las Administraciones Tributarias, será éste quien rija la vida de los créditos asegurados con embargo o garantía real pendientes de ejecución. No olvidemos que el derecho de abstención de la Hacienda no le impide adherirse al convenio, en cuyo caso le afecta aún por la parte privilegiada de sus créditos. Ni olvidemos tampoco que por la parte no privilegiada de sus créditos, el convenio le vincula como a cualquier otro acreedor. El convenio puede incluir condiciones especiales de trato para los créditos privilegiados de la Hacienda Pública, lo cual es comprensible si se pretende unirla al mismo para salvar la

¹⁷² Recuérdese que la declaración del concurso interrumpe la prescripción –artículo 68.2 L.G.T.-2003 e impide la declaración de fallido del concursado, lo que imposibilita la derivación de la acción recaudatoria al responsable subsidiario, según señaláramos en el epígrafe c. Cfr. ARIAS ABELLÁN, M.D.: *El régimen jurídico...*, cit; y DELGADO GARCÍA, A.M.: *La derivación...*, cit, páginas 199-203. El cómputo de los plazos de prescripción aplicables en cada caso podrá reanudarse, a mi juicio, cuando cupiere ejercer acción administrativa de nuevo, libre de las suspensiones e intervenciones judiciales que el concurso acarrea.

¹⁷³ Contra el parecer, de nuevo, de GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.-RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, A., ob. cit, resistentes a aceptar que las cosas han cambiado por mor de la ley concursal. Para el mejor entendimiento de cómo ha variado la situación resulta extraordinariamente ilustrativa la obra colectiva dirigida por el profesor Alberto BERCOVITZ *Comentarios a la Ley Concursal*, Thompson-Civitas, Madrid, 2004; y VEIGA COPO, A.B.: *Los privilegios concursales*, Comares, Granada, 2004. A las Administraciones Tributarias le cabe ejercer, como a todos los acreedores concursales, acciones de reintegración de la masa y/o de rescisión de contratos realizados fraudulentamente en perjuicio del interés del concurso y/o del interés público que ellas representan (artículo 72 L.C.). Es difícil que se pierdan bienes o derechos asegurados con embargo o garantía real, y más difícil todavía que se ejerzan contra la Hacienda Pública acciones de rescisión y/o reintegración por causa de embargos o garantías constituidos a su favor en perjuicio de otros acreedores, pues siempre podrá esgrimir en su defensa el interés público que abandera. No podemos entretenernos en estas cuestiones, ni en otras que afectan a los créditos contra la masa. Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Las deudas de la masa*, Real Colegio de España, Bolonia, 1986; así como *Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa*, cit; SÁNCHEZ PINO, A.J.: “Las deudas tributarias de la masa en el nuevo concurso de acreedores”, *Gaceta Fiscal* n.º 246/2005; y VARONA ALABERN, J.E.: *El crédito tributario...*, cit.

empresa y evitar que, atrincherada en su derecho de abstención y ejecución separada, determine la liquidación de la empresa. Firmado el convenio, y afectando éste a los créditos tributarios asegurados por embargo o garantía real, las quitas y/o esperas posponen y/o rebajan aquéllos en la medida acordada, paralizándose la ejecución de bienes en la confianza de que el deudor concursado se rehaga y cumpla con todas sus obligaciones, también con las tributarias. Si el deudor incumpliere el convenio, renacerían los créditos en todo su vigor, también los tributarios, con resurrección de la quita aprobada en su día y finalización de la espera ¹⁷⁴.

Si se forzare la liquidación de la empresa dentro del plazo del año, por imposibilidad acreditada de llegar a un convenio aceptable por los interesados, y/o vista la inviabilidad de la empresa, entramos en la fase de liquidación colectiva, judicialmente dirigida, a la que no escapan los créditos tributarios con privilegio especial. Todo se acumula en esta ejecución colectiva y judicial, sin perjuicio de que el juez pueda autorizar que se forme pieza separada para la ejecución de determinados bienes. No caben ya acciones en pro de ejecuciones separadas por parte de los acreedores que no las iniciaron antes de declararse el concurso, que perdieron por ello el derecho a accionar por separado. Ni tampoco caben ya acciones en pro de ejecuciones separadas de acreedores que las habían iniciado antes de declararse el concurso y quedaron paralizadas por éste, no habiéndose reanudado antes de abrirse la liquidación. La ejecución es colectiva y acumulada, siguiéndose al margen de ella exclusivamente aquellas que, iniciadas antes de la declaración del concurso, se reanudaron con autorización judicial antes de abrirse la liquidación ¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Vid. Supra epígrafe d sobre la flexibilidad que la reforma concursal incorpora a fin de que acreedores siempre tan presentes como las Administraciones Tributarias se inclinen por la firma del convenio y la salvación de la empresa. Sobre los efectos del convenio sobre los créditos asegurados con garantía real, vid. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit, páginas 236-8, y BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales...*, cit, páginas 103-6, donde explica que el voto a favor de Hacienda puede ser global o referirse sólo a acuerdos concretos sobre créditos determinados, “parece claro que el voto puede afectar, según la propuesta de convenio al crédito asegurado pero no a la garantía; o a ésta (liberando total o parcialmente el bien afecto) pero no al crédito asegurado; o a ambos, crédito y garantía, por igual o en medida diferente... Los créditos con privilegio especial afectados por el convenio quedarán extinguidos en la parte que alcance la quita, aplazados por el tiempo de espera y en general afectados por el contenido del convenio (en lo que se refiera a la garantía) —artículo 136 que proclama la eficacia novatoria del convenio—. Conviene recordar que la declaración por resolución judicial de incumplimiento del convenio (en la sentencia que resuelva el incidente de solicitud de declaración de incumplimiento) supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136 L.C. (artículo 140 L.C.); y de los efectos que hubiera producido sobre las garantías. Procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación por haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio (artículo 143.1.5 L.C.)”.

¹⁷⁵ Cfr. BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales...*, cit, página 107: “La apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la

Como ya hemos indicado en otras ocasiones, el transcurso del año sin alcanzar un convenio determina la apertura obligada de la fase de liquidación, con la consiguiente ejecución de las garantías reales en los términos que acabamos de exponer. Compete al juez determinar si la ejecución se seguirá en sede judicial o extrajudicial (administrativa-tributaria para los créditos tributarios), y, dentro de ésta, cuando se debe formar o no pieza separada, según la naturaleza de la ejecución. No son nada nítidas las normas aplicables a tal efecto, que parecen ordenar imperativamente que todas las ejecuciones se sigan en el juzgado del concurso, si acaso con pieza separada. Pero los principios de eficacia y economía procesal no juegan a favor de que se cambien de juzgado todas y cada una de las ejecuciones ni de que se trasladen al ámbito judicial las administrativas, con notable desacarreo de expedientes y autos, que se evitaría con el mantenimiento de las ejecuciones allí donde están avanzadas, siempre bajo la tutela, por supuesto, del juez del concurso. El artículo 57.1 L.C. puede amparar esta solución, pues dispone que las actuaciones de ejecución o de realización de las garantías reales se acomodarán a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda, normas que también lo son las que rigen la competencia del órgano actuante. En todos los casos se trata de provocar “la venta del bien o derecho en que consista la garantía para aplicar el precio obtenido al pago del acreedor asegurado del principal de su crédito, de los intereses devengados amparados por la garantía y de las costas y gastos soportados en la cuantía cubierta por la garantía, con preferencia a cualquier otra finalidad”¹⁷⁶.

conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones (artículo 146 L.C.). Los acreedores que, vencido y exigible su derecho, inician las actuaciones para realización de su garantía real después de abierta la fase de liquidación, no tienen derecho a seguir procedimiento separado (artículo 57.3 L.C.). Tampoco los acreedores que no hubieran ejercido, pudiendo, sus acciones antes de la declaración del concurso, y hubieran quedado afectadas por la paralización hasta la apertura de la fase de liquidación. Las actuaciones suspendidas se reanudarán acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada (artículo 57.3 L.C.). En cuanto al cobro de los créditos en esta fase de liquidación, cfr. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia...*, cit, páginas 230-240.

¹⁷⁶ Así BLANQUER UBEROS, R.: *Las garantías reales...*, cit, páginas 109-111, donde señala que “no es impertinente recordar que la ejecución de las garantías reales es procedente para el pago de las deudas garantizadas que resulten incumplidas en el momento fijado para su satisfacción; que en el título constitutivo de la obligación asegurada o en el constitutivo de la garantía resultará fijado el momento, o el día, de cumplimiento; y que, cualquiera que sea la fecha establecida en el título la apertura de la fase de liquidación en el concurso provocará el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, cuyo vencimiento estuviese todavía pendiente según el título. Desde la apertura de la fase de liquidación podrán ejercerse todas las acciones para la realización de garantías reales que aseguren obligaciones concursales cuyo ejercicio no se hubiese iniciado, o no se hubiese podido iniciar, antes”. Las ejecuciones de garantías reales que se hubieran iniciado antes de la fase de liquidación, una vez sobrevenida ésta han de acumularse también a la ejecución colectiva, pero las iniciadas antes del concurso y suspendidas por él lo harán en pieza separada mientras que las iniciadas después lo harán sin ella.

**NOTAS PARA LA REVISIÓN DEL MODELO
DE EJECUCIÓN GENERAL DE GARANTÍAS
REALES INMOBILIARIAS:
HACIA LA EUROHIPOTECA**

Fernando Martín Diz¹
Universidad de Salamanca

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación titulado: “Constitución Europea: aspectos procesales y administrativos. Especial incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León”, referencia SA001B05, concedido por la Junta de Castilla y León y del cual soy investigador principal.

SUMARIO: I. A MODO DE EXORDIO INTRODUCTORIO.—II. LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE GARANTÍAS REALES INMOBILIARIAS HIPOTECARIAS EN LA LEC.—III. NUEVAS PROPUESTAS PARA EL MODELO: A) Rehabilitación judicial del crédito hipotecario frente a un eventual derecho de rescate del bien ejecutado; B) Eurohipoteca: aspectos generales y procesales.—IV. EPÍLOGO.

I. A MODO DE EXORDIO INTRODUCTORIO

Pese a las eternas dudas que se ciernen con reiteración en cuanto a la protección procesal del crédito se trata, parece indiscutible, como destacada excepción, que podemos afirmar de inicio y con firmeza que sí se dispensa una adecuada tutela judicial, y efectiva, en el caso de la ejecución forzosa de los créditos inmobiliarios garantizados hipotecariamente a través del procedimiento judicial sumario que desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se ubica, legalmente, en los artículos 681 a 698 del citado texto, sustituyendo la antigua regulación contenida, desde la reforma hipotecaria de 1909, en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, extramuros del texto procesal civil de referencia.

Ello no obstante pese a que personalmente me cuestionaba², tiempo atrás, si su traslado y ubicación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, como una especialidad dentro de la ejecución forzosa dineraria, no implicaría una pérdida inmediata de singularidad procesal, y con ello directamente de la garantía que respecto a la protección del crédito hipotecario ello comportaba. No debemos olvidar que nos encontramos ante un instrumento judicial con tradición arraigada a lo largo de dos siglos en nuestro sistema procesal civil, que nos encontramos igualmente ante un procedimiento peculiar cuya finalidad

² MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 651 y ss.

es otorgar una especial protección a la hipoteca inmobiliaria mediante una ejecución forzosa expeditiva y privilegiada respecto a la ejecución dineraria común, y que nos encontramos, en último término, ante uno de los pocos, escasos, procedimientos judiciales que funcionan a satisfacción del justiciable, en cuanto a rapidez, efectividad y eficacia, como los datos estadísticos judiciales corroboran.

Transcurrido un tiempo prudencial desde la entrada en vigor y primeras experiencias de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 podemos constatar, con alivio a mi juicio, como el tradicional procedimiento de ejecución judicial de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles, mantiene plenamente sus constantes vitales, esto es, mantiene intactas las características de singularidad y sumariedad que lo han posicionado como elemento neurálgico para la protección y garantía del crédito hipotecario inmobiliario en España mediante la satisfacción forzosa de la relación crediticia inatendida por parte del deudor en sede judicial. No debe pasar desapercibido que en definitiva la razón de la creación de este particular instrumento de garantía crediticia estuvo originalmente, y aún pervive en plenitud, en poner a disposición de los acreedores el procedimiento más efectivo, ágil y perentorio para recuperar forzosamente el crédito previamente concedido y no atendido, como elemento dinamizador del acceso a la propiedad y simultáneamente de desarrollo económico nacional y protector del mercado crediticio. Nos encontramos en definitiva ante un proceso de ejecución dineraria específico, con especialidades derivadas tanto del objeto respecto del cual recae la actividad coactiva (en exclusiva, el bien inmueble sobre el cual recae el derecho real de garantía) como respecto al particular cauce legal previsto al efecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello implica la integración, junto a la regulación específica de los artículos 681 y siguientes de la LEC, de las normas generales de ejecución forzosa (artículos 534 a 570 LEC) y de las normas particulares de la ejecución dineraria (arts. 571 a 634), como elementos normativos a través de los cuales conducir la realización de la acción hipotecaria respecto de los bienes que garantizan el crédito sobre el cual se vincula.

Modestamente en el presente trabajo pretende el autor dar un paso adelante dentro de la actual configuración del modelo judicial de ejecución de la garantía crediticia hipotecaria inmobiliaria ofreciendo algunas notas que sirvan para el perfeccionamiento y desarrollo futuro del procedimiento judicial sumario, y en particular respecto de dos de ellas, muy distintas entre sí, pero con el nexo común antes indicado de que pueden llegar a ser aptas para complementar el actual diseño y con ello, indirectamente, reforzar el crédito y la garantía que en el acceso a la propiedad inmobiliaria supone la hipoteca. Antes de presentar dichas propuestas, se ofrecerá al lector una panorámica

del modelo judicial de ejecución forzosa de la garantía hipotecaria inmobiliaria a modo de planteamiento de situación y dación de cuentas del estado de la cuestión.

De este modo en el apartado III del presente trabajo se presentarán como sugerencias evolutivas del actual modelo de una parte la posibilidad de introducir un derecho de rescate del bien inmueble ejecutado judicial (o incluso extrajudicialmente) en garantía del crédito hipotecario confrontándolo con la posibilidad de lograr la rehabilitación del préstamo hipotecario una vez ha sido demandada su ejecución forzosa que introdujo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en su artículo 693; y de otra, la apertura de la concepción netamente estatal del crédito hipotecario inmobiliario y su correspondiente ejecución forzosa hacia la imparable línea de comunitarización³ de nuestro ordenamiento jurídico tras nuestra plena integración en la Unión Europea con la eventual y futura asimilación de la denominada “eurohipoteca”, como medio complementario, que no excluyente, de crédito y garantía en materia de propiedad inmobiliaria y con la trascendencia económica, social, obligacional y procesal que dicho fenómeno pueda generar.

II. LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE GARANTÍAS REALES INMOBILIARIAS HIPOTECARIAS EN LA LEC

El primer gran cambio que sufrió la ejecución judicial hipotecaria inmobiliaria con la llegada del siglo XXI, como hemos apuntado, fue el de ubicación. Derogado formalmente el procedimiento que regulaba antaño el art. 131 de la Ley Hipotecaria⁴, materialmente su contenido, con algunas pequeñas reformas, es desplazado al Capítulo V del Título IV (De la ejecución dineraria) del Libro III (De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares) de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, acomodándose en los numerales 681 a 698 bajo la rúbrica general “De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados”. Abandonaba con ello por tanto, a primera vista, la excentricidad de que disfrutaba el procedimiento en aras a la consecución de la unificación en materia de ejecución forzosa dineraria.

Ahora bien este reciente acomodo legal de la ejecución en sede judicial de la garantía crediticia hipotecaria inmobiliaria no ha supuesto mucho más que

³ Entiéndase con esta expresión personal el progresivo y creciente influjo directo que, la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea y con ello la correspondiente asimilación de la normativa emanada de la misma, está generando hacia el desarrollo normativo del Derecho procesal y civil interno.

⁴ Véase Disposición Final 9.ª LEC.

eso mismo, un cambio de ubicación normativa, en cierto modo justificable puesto que parece más razonable, y más correcto desde la óptica de la técnica legislativa, el agrupar las consecuencias procesales de las relaciones materiales en un texto único y común (Ley de Enjuiciamiento Civil) que dispersarlas en el campo normativo material, con los problemas de integración, subsidiariedad e interpretación legal que pueden operar disfuncionalmente. En este sentido la integración de la ejecución hipotecaria en la norma común de procedimiento civil, y dentro de marco general de ejecución dineraria supone colmar, ya de inicio, los posibles problemas de lagunas legales que en su regulación pudieran detectarse.

Aún así, e integrado ya en la Ley de Enjuiciamiento, el procedimiento judicial hipotecario inmobiliario mantiene su razón de ser y su fisonomía típica. De entrada debemos advertir que la utilización de esta privilegiada vía de ejecución no es obligatoria ni vinculante para el acreedor sino que tiene un marcado carácter potestativo⁵ tal y como se colige del contenido del artículo 681 LEC al indicar éste expresamente que “la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo”.

No excluye por tanto la libre elección del acreedor por otras vías procesales⁶, o extraprocesales, disponibles para hacer efectiva dicha garantía, como pueden ser emprender el camino más largo que implica iniciar un proceso declarativo ordinario a partir del cual obtendría una sentencia —con la ventaja del efecto de cosa juzgada de lo en ella establecido— que como título de

⁵ *Vid.*, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1999 (RJ 9014) donde detalla el Tribunal la posibilidad de que el acreedor hipotecario prescinda del privilegio especial que le otorga la hipoteca y concurra frente a los demás acreedores haciendo valer solamente la preferencia derivada de la constancia de su crédito en escritura pública.

⁶ Esta posibilidad de elección de las opciones legales no debe conceder en ningún caso la posibilidad de un uso caprichoso y abusivo de dichos cauces para la satisfacción del crédito como penaliza la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2006 (EDJ 2006/3939) en que se establece al respecto que “aún cuando resulta usual que en las escrituras de préstamo hipotecario las partes convengan expresamente que el acreedor pueda usar cualquiera de estos caminos procesales, es lo cierto que tales estipulaciones resultan superfluas, salvo para el hipotético caso del procedimiento extrajudicial, ya que la determinación de los posibles caminos procesales a seguir responde a una fijación legal previa y no depende de la voluntad de las partes ya que se trata de materia no disponible para ellas”. Y es que en el caso de autos el Tribunal Supremo apreció abuso de derecho en ejecución de crédito hipotecario porque aún siendo legítima la incoación de un primer procedimiento por la vía ordinaria declarativa, y por tanto afectando a todo el patrimonio del deudor, en lugar de seguir con el apremio en prolongación ejecutiva de dicha actuación inició otro procedimiento para la satisfacción del crédito hipotecario por la vía especial hipotecaria en perjuicio del patrimonio inmobiliario del recurrente.

ejecución reconocido en el art. 517 LEC abriría el paso a una posterior ejecución dineraria. Esta opción, temporalmente la más dilatada y lenta para el acreedor, sólo parece recomendable ante dos condicionantes. Uno estribaría en la obtención del efecto de cosa juzgada que no se da en el procedimiento especial hipotecario por su carácter de sumario —en cuanto a la limitada cognición de que disfruta el juez respecto al objeto del proceso—, y otro en la posibilidad de acumular a la acción netamente hipotecaria otras de carácter personal⁷ que se dirijan frente a otros bienes del patrimonio del deudor junto al bien garantizado hipotecariamente y con ello poder obtener una satisfacción global de la deuda reclamada.

Igualmente queda abierta la posibilidad de acudir por parte del acreedor directamente a una ejecución forzosa dineraria utilizando para ello como título de ejecución la escritura de constitución del préstamo hipotecario, como habilita el art. 517.1.4, teniendo en este caso que solicitar el embargo de los bienes respecto de los cuales posteriormente se pretenda efectuar el apremio judicial, y mediante la cual nuevamente se permite la realización tanto del bien sujeto hipotecariamente al crédito cuya responsabilidad se reclama como cualesquiera otros del patrimonio del deudor.

En último término también sería utilizable la vía de la realización extrajudicial hipotecaria que pervive dentro del sistema de protección del crédito hipotecario tras los avatares que cuestionaron su constitucionalidad y que repercutieron en la inteligente modificación que para su mantenimiento efectuó el legislador de 2000 en la Ley de Enjuiciamiento. Esta opción de realización del crédito hipotecario ante Notario y siguiendo lo dispuesto en los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario se encuadra tras la LEC en el art. 129 de la Ley Hipotecaria, reformado en la Disposición Final Cuarta de la LEC, bajo la denominación de “venta extrajudicial”. Calificamos deliberadamente la solución del legislador como inteligente puesto que apenas con el cambio de una palabra (sustituyendo la anterior denominación de “procedimiento de ejecución extrajudicial” por la actual de “venta”) ha mantenido el *status quo* anterior. No en vano las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 y de 20 de abril de 1999 cuestionaban certeramente la constitucionalidad⁸ del procedimiento de ejecución de créditos hipotecarios

⁷ *Vid.*, Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 5 de octubre de 1999 en que valida la posibilidad de simultanear apremios, y por tanto con ello distintas acciones frente a los bienes del patrimonio de un mismo deudor puesto que en el caso de la acción hipotecaria esta es autónoma respecto a otras posibles acciones del acreedor como puedan ser las de carácter personal o pignoraticio pero sin que ello impida en ningún caso su acumulación en una única ejecución forzosa.

⁸ Acogidas en la jurisprudencia menor como puede verse, a título de ejemplo, en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de diciembre de 2000 (Referencia La Ley 315), de la Audiencia provincial de Tarragona de 9 de octubre de 2001 (Referencia Aranzadi 840) o de la

ante notario, como vía alternativa a la judicial de ejecución, por no respetar el principio de exclusividad de la actividad jurisdiccional que consagra el artículo 117.3 de la Constitución Española y que reserva a favor de jueces y magistrados, y con carácter excluyente, la potestad de hacer uso de la coerción para obtener la satisfacción de lo debido, entendida esta coerción tanto en el aspecto físico como jurídico y dirigida a conseguir un objetivo mediante su realización material, y que impide a cualquier otro sujeto, privado, poder hacer uso de la fuerza, física o jurídica, para obtener la prestación que reclama. El viraje hacia su denominación de “venta extrajudicial” convalidada, sobre todo semánticamente, la posibilidad a disposición de todo ciudadano de pactar, con carácter previo y vinculante, en la constitución de una operación de crédito garantizada hipotecariamente, la posibilidad de acudir ante un Notario para efectuar una venta pública del bien sobre el cual recae el derecho real, conforme en este caso al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada, de forma similar a como se regula para la prenda en el art. 1872 del propio Código Civil.

En este sentido se enlaza con la antigua Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 1893 en la que establecía que “el derecho a disponer el acreedor de la cosa hipotecada a fin de obtener un pago que el deudor demora o resiente, es perfectamente inherente a la naturaleza de la hipoteca, y no puede sostenerse el criterio de que el derecho sólo puede ejercerse mediante trámites judiciales, es evidente que no es condición indispensable para la validez de la venta de la cosa hipotecada el que ésta tenga lugar por los trámites de la Ley de enjuiciamiento civil, pues pueden también los otorgantes estipular la enajenación extrajudicial que deberá ajustarse al precepto del artículo 1872 del Código Civil”.

Queda salvada la objeción de constitucionalidad, tanto desde el punto de vista formal (semántico) como desde el punto de vista material (actuación del Notario) por cuanto éste, el notario, no realiza adjudicación alguna sino que procede a convocar y dirigir la venta pública de un bien, formalizándolo en último término mediante el correspondiente otorgamiento de escritura pública. Es más, confirma estas reflexiones el dato de que llegado el momento de poner en posesión del bien adjudicado mediante esta solución, dicho adjudi-

Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de febrero de 2002 (Referencia EDJ 1230). En cambio la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencias de 16 y 23 de octubre de 1995 (Referencias Aranzadi 7064 y 8123) defiende que las actuaciones de que consta dicha realización extrajudicial no puede ser calificadas como “ejecución procesal” reservada al poder judicial de forma exclusiva por el art. 117.3 CE y con ello no habría ningún problema de constitucionalidad de dicha actividad, mostrando en este sentido una postura opuesta a las Sentencias de referencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

catario podrá pedir (artículo 236 m) del Reglamento Hipotecario) la puesta en posesión al Juez de Primera Instancia del lugar en que radique dicho bien, pero en ningún caso se faculta al notario para dicha actuación. En resumen la nueva disposición que realizó la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se mantiene la inveterada posibilidad de que el acreedor pueda ejercitar su *ius distrahendi* sobre la cosa hipotecada tanto en sede judicial como en la vía extrajudicial ante Notario, situación esta última que mediante convenio entre acreedor y deudor consignado en la escritura de constitución de la hipoteca permite su acceso. Además esta situación legal, poder acudir a un medio extrajudicial para resolver el conflicto surgido ante el incumplimiento de un préstamo hipotecario, es totalmente compatible con la posibilidad, también prevista legalmente, de resolver dichas situaciones de conflicto entre particulares en vías distintas a la judicial (caso del arbitraje, por ejemplo) pero siempre y cuando, y este es el dato objetivo que garantiza en todo caso los derechos en juego, estos medios estén controlados por la jurisdicción mediante procedimientos que permitan acudir al órgano judicial para una revisión de lo actuado.

El antiguamente denominado “procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”, actual venta extrajudicial habilitada en el vigente texto del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, ha generado igualmente numerosos pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dentro de los cuales destacamos, sumariamente, las cuestiones que abordaron recientemente las Resoluciones⁹ de 24 de marzo de 2003 y de 13 de febrero

⁹ Referencia 1682 La Ley, y RJ 2004/2125 respectivamente. En ambas se pronunciaba al Dirección General respecto del ámbito de la función calificadora de los Registradores, puesto que se había denegado la inscripción de la adjudicación derivada de un procedimiento extrajudicial sumario seguido ante Notario, al entender —el Registrador— que dicho procedimiento se debía considerar derogado de conformidad con la Disposición Transitoria 3.^a de la Constitución Española, en cuanto vulnera su artículo 117.3, que atribuye con carácter exclusivo, y excluyente, a los jueces y tribunales el ejercicio de facultades jurisdiccionales, y el principio de legalidad consagrado en el art. 9.3 que exige que las normas reguladoras de procesos de ejecución tengan carácter de ley y no reglamentario —como también había subrayado la Sentencia del Tribunal Supremo de 1998—. Aún así el Registrador no puede, *per se*, llevar a cabo dicha interpretación y actuación puesto que legalmente los únicos órganos facultados para determinar la no aplicación de una norma preconstitucional por considerarla contraria a la Constitución son los jueces y tribunales, y que en consecuencia las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una norma legal tiene carácter ergo monees y definitivo, expulsando del ordenamiento jurídico dicha norma de modo que no pueda ser aplicada en lo sucesivo —artículo 164.1 Constitución Española—. Además, indican las Resoluciones, habida cuenta que en el caso debatido se trataba de una enajenación basada en un pacto inscrito cuya validez se presume mientras no recaiga la correspondiente declaración judicial en contrario —artículo 1 de la Ley Hipotecaria—, que solo los órganos judiciales, y no el registrador, pueden declarar inaplicable una ley preconstitucional por considerarla derogada por la Constitución, concluyendo que ante tal situación la calificación del Registrador excedió del ámbito establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

de 2004. En ambas se destacan los remotos antecedentes históricos¹⁰ que en nuestro derecho presenta dicha solución así como la configuración de esta denominada “venta extrajudicial” como la de un derecho del acreedor a enajenar un bien específico del deudor en virtud de un previo, y libremente concertado en el uso de su autonomía de la voluntad, negocio jurídico. Dicho negocio jurídico confiere por tanto al acreedor un *ius distrahendi* desde el momento en que en la realización del mismo, constitución de la hipoteca como garantía de un crédito en nuestro caso, las partes lo convienen expresamente en la correspondiente escritura. Ambas Resoluciones apuntan con tino como dicho convenio, que en definitiva supone una exclusión de la jurisdicción como vía de solución a un eventual conflicto, se enmarca en una relación de derecho privado, disponible por las partes, al igual que por ejemplo dentro de las actividades de declaración de derechos se remiten al arbitraje, en el ámbito de la realización de los mismos optan por encomendárselo a un operador jurídico especializado —el notario—. Exponen ambas Resoluciones como además dispone esta opción de un refrendo y soporte legal expreso, admitiendo dicha enajenación extrajudicial del bien inmueble hipotecado, al establecer el artículo 129 de la Ley Hipotecaria que “en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado... para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario”.

Repasan igualmente las Resoluciones de la Dirección General el hecho de que con anterioridad a las Sentencias del Tribunal Supremo que cuestionaron la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial por no respetar el principio de exclusividad de la jurisdicción en materia de ejecución forzosa ya había sido sometido a otro test de constitucionalidad ante el propio Tribunal Constitucional por cuanto —al igual que se cuestionó en idéntico sentido respecto del procedimiento judicial— la ausencia de fase cognitiva en el desarrollo del procedimiento extrajudicial podría causar indefensión, proscrita por el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Carta Magna. En tal sentido, ya desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de diciembre, y de forma constante y reiterada, se ha validado por el supremo intérprete constitucional tanto la adecuación del procedimiento judicial como del extrajudicial dado que la limitación de la contradicción que implican no supone indefensión puesto que al no disponer dichas

¹⁰ Antecedentes legales en nuestro sistema jurídico que devienen de antiguas raíces jurídicas en el derecho romano clásico que, al conceder derecho al acreedor para que pudiese vender “la prenda” si el deudor no cumplía la obligación, pasó a las Partidas —Leyes 41 y siguientes, Título 13, Partida V—, y posteriormente al art. 1872 del Código Civil.

actuaciones del efecto de cosa juzgada queda operativa totalmente la posibilidad de que las partes diriman sus cuestiones mediante el correspondiente juicio declarativo.

Finalmente en reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 224/2006, de 6 de julio, se planteó ante dicho órgano por parte de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, y respecto al párrafo segundo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria —en su redacción anterior a la LEC de 2000— cuestión de inconstitucionalidad sobre el procedimiento ejecutivo extrajudicial. El Tribunal Constitucional la consideró inviable, y por tanto no entro a resolver ni pronunciarse sobre la cuestión, por dos motivos: uno, por la concurrencia de toda una serie de defectos en la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad por parte del órgano jurisdiccional proponente —como relata en el Fundamento Jurídico 4.º, y en segundo lugar, como relata en el Fundamento Jurídico 5.º por que “en definitiva, no se somete al conocimiento de este Tribunal una duda razonada sobre la posible inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 129 LH, esto es, una explicación comprensible de las razones en virtud de las cuales el órgano promotor de la cuestión duda de la constitucionalidad del precepto legal, sino una mera exposición doctrinal y jurisprudencial a favor y en contra de dicha constitucionalidad, para que resolvamos por cual hay que decantarse...”. Por tanto la deficiencia formal más la anteriormente expuesta llevaron a que el Tribunal Constitucional declarase la inadmisión de dicha cuestión.

Retomando el hilo conductor del presente trabajo, cual es el del modelo de ejecución judicial de la garantía hipotecaria, que se dirige como ejecución forzosa exclusiva respecto del bien, o bienes, sobre los cuales recae el derecho real de garantía, la Ley mantiene, artículo 682, dos presupuestos específicos para poder abrir el cauce procesal ejecutivo privilegiado como son la determinación previa por las partes del tipo, precio, de salida a subasta del bien hipotecado, y el señalamiento de un domicilio, por parte del deudor, a efectos de la práctica de los requerimientos y notificaciones que sean oportunas en dicho trámite. Ambos deben reunirse, y plasmarse, en la constitución formal de la hipoteca mediante la correspondiente escritura pública ¹¹.

¹¹ Como indica RIVAS TORRALBA, R., “Aspectos registrales de la ejecución directa sobre inmuebles hipotecados”, *La ejecución civil*, en Estudios de Derecho Judicial, núm. 53, 2004, CGPJ, Madrid, pág. 1023, este supone el primer punto de contacto con el Registro, puesto que el tribunal debe comprobar que la escritura de constitución de la hipoteca figura inscrita, y subsiste, en el Registro de la Propiedad (art. 682.3), toda vez que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo (art. 130 LH).

La tramitación procedimental ha de comenzar, como no puede ser de otra forma, mediante demanda ¹², ya que la configuración de la ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil es la de una actividad rogada, a instancia de parte, y nunca de oficio, tal y como meridianamente se desprende del contenido del artículo 549.1 LEC al establecer que “sólo se despachará ejecución a petición de parte, en forma de demanda...”. Dicha demanda de ejecución, que no ejecutiva como incorrectamente denomina el art. 685 LEC, se dirigirá frente al deudor, y en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes, y vendrá acompañada inexcusablemente por el título o títulos de crédito —la escritura de constitución de la hipoteca— así como el resto de documentos que con carácter general para despachar ejecución requiere el artículo 550 LEC. Debe prestarse especial atención en cuanto al contenido de la demanda versa, el cual con carácter general no difiere de lo exigido por los artículos 399 y 549 LEC para las demandas en los procesos declarativos y en los procesos de ejecución respectivamente, respecto de la fijación con claridad y precisión de lo que se pida —*petitum*—, puesto que en nuestro caso ello se traduce en determinar de forma exacta lo reclamado judicial por todos los conceptos susceptibles de tal solicitud como son: principal del préstamo apremiado, intereses, costas y gastos del procedimiento y en su caso, si estuviera expresamente concertado, intereses de demora. Dicha petición, en puridad, se desdobra, por tanto, tal y como admite la doctrina civilista y procesalista, en dos elementos: uno, inmediato, que comprende la serie de actuaciones judiciales que deben realizarse para la realización forzosa del bien inmueble hipotecado como elemento que garantiza el crédito reclamado, y otro, mediato, que engloba la concreta petición dineraria en la cual se engloban todos y cada uno de los conceptos reclamados y que satisfará, en su caso, la deuda, y extinguirá el incumplimiento obligacional hipotecario, aunque no lo hará respecto del de carácter personal en caso de que no se cubra la cantidad prestada con lo obtenido en la realización judicial de la garantía real hipotecaria.

Examinada la demanda, los documentos que la acompañan, así como junto a ello la exigibilidad del crédito (especialmente en relación con las variados tipos de cláusulas de vencimiento anticipado) y el correcto desglose de

¹² Téngase presente que en caso de ejecución indebida de la garantía hipotecaria inmobiliaria, por ejemplo porque esta ya está extinguida por satisfacción del crédito por parte del deudor, implica la correspondiente responsabilidad civil exigible del acreedor, e incluso hasta el punto de poder lograr, mediante el correspondiente procedimiento judicial, la revocación de la adjudicación que se hubiera podido efectuar y su recuperación hacia el deudor ejecutado. Véase el caso abordado y resuelto en este sentido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2005 (Referencia La Ley 284/2006).

las cantidades reclamadas, el órgano jurisdiccional competente determinará si la admite a trámite o no. En el primer caso resolverá mediante auto, procediendo al pertinente despacho de ejecución y continuando la tramitación procedimental con los requerimientos y notificaciones estipulados legalmente, además de la reclamación de la certificación registral que deberá contener los extremos expresados en el artículo 688 LEC, y de cuya expedición el Registrador debe dejar constancia mediante nota marginal (indicando fecha de realización y número de procedimiento judicial al cual se remite) a efectos de la correspondiente publicidad registral para posteriores anotantes e interesados. En segundo lugar cabe que el órgano jurisdiccional no admita¹³ a trámite la demanda por la concurrencia de alguna de las circunstancias y casos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien por adolecer de alguno de los presupuestos y requisitos procesales, antes indicados, bien por contener la propia demanda algún defecto formal o de fondo, bien por no acompañar a la misma alguno de los documentos expresamente requeridos legalmente, bien porque los actos de ejecución solicitados no sean conformes con la naturaleza y contenido del título de ejecución. Resolverá mediante auto, en cuya motivación dará cuenta de la causa, o causas, de la no admisión a trámite, y de ser esta insubsanable (o siéndolo si transcurre el plazo sin la actuación sanadora del demandante) no procederá por tanto el despacho de ejecución. Frente a dicho auto cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, previa reposición, no obligatoria, ante el Juzgado de Primera Instancia.

Despachada ejecución ha de comunicarse la misma a los afectados, sobremanera al deudor, y al hipotecante no deudor y al tercer poseedor de los bienes hipotecados en caso de haber sido también demandados en su caso. Entendemos este aspecto como una de las claves del procedimiento, en su vertiente más garantista, puesto que con esta actividad se deja a salvo el derecho del ejecutado de conocer la actividad coercitiva que se avecina frente a su patrimonio, concretamente y de forma selectiva en el caso de esta acción frente al bien hipotecado, y con ello disponer su derecho fundamental de defensa. En este aspecto ha sido especialmente sensible el Tribunal Constitu-

¹³ En este sentido la intervención del juez es absolutamente crucial puesto que la extraordinaria limitación de la cognición que caracteriza al procedimiento obliga paralelamente a una escrupulosa exigencia de observancia de los requisitos formalmente establecidos puesto que la parte demandada no disfruta en plenitud de la posibilidad de denunciar ante el órgano jurisdiccional cualquier incidencia que suponga la paralización o el rechazo del procedimiento salvo los expresamente previstos de forma tasada en el artículo 695 LEC. Es por ello que se deba exigir el máximo rigor en la observancia de los requisitos necesarios para la viabilidad de la acción pues con ello se erigen en garantías objetivas para la mejor protección del deudor Véase para un mayor detalle en la cuestión las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2001 y de 3 de diciembre de 2004 (RJ 7913).

cional¹⁴ en su jurisprudencia en cuanto velar por el cumplimiento escrupuloso de los requerimientos y notificaciones en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, ahora bien siempre y cuando la posible indefensión causada sea material, que no formal, y no se deba a la falta de la debida diligencia del destinatario o a maniobras fraudulentas que le han colocado en dicha posición (ver por todas la Sentencia 217/1993, de 30 de junio). De este modo el artículo 686 LEC regula el requerimiento judicial mediante el cual se insta al deudor a cancelar la deuda y de no surtir efecto positivo el artículo 689 previene la notificación judicial para dar conocimiento al deudor de la existencia del procedimiento sumario hipotecario.

Entre ambas intimaciones al deudor, la primera de pago la segunda cara a una posible intervención en sede de procedimiento judicial ya despachada ejecución frente al bien hipotecado, se inserta una actuación preceptuada en el artículo 688 LEC en la cual toma partida activamente el Registrador¹⁵ como es la reclamación mediante mandamiento por parte del Juez de la certificación registral de dominio y cargas así como la correlativa anotación marginal de su expedición. La Ley nos remite en este punto al contenido que para la certificación que se expide en la ejecución ordinaria establece el art. 656.1, básicamente respecto de dos extremos: titularidad de dominio y demás derechos reales de la finca o derecho gravado y otros derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien, en especial relación completa de las cargas inscritas que lo graven, o en su caso indicación de que se halla libre de cargas. Además ha de completarse, tal y como requiere en este sentido el art. 688.1 LEC, con la expresión de si la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar, o en su caso, la cancelación o modificación que conste registralmente.

Una de las señas de identidad del procedimiento judicial de ejecución de la garantía hipotecaria inmobiliaria ha sido, y es en la actualidad, la ausencia

¹⁴ A título de ejemplo, y por su actualidad, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Constitucional 245/2006, de 24 de julio, en la cual se otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión al haberse producido la diligencia de notificación del procedimiento y de requerimiento de pago del codemandado en un domicilio distinto al actual, y cuya circunstancia era perfectamente conocida por la entidad demandante que insistió en que se procediera a la comunicación mediante cédula en la vivienda hipotecada incluso cuando ya constaba en autos un rechazo previo a una citación anterior.

¹⁵ Por la extensión y objetivos del presente trabajo no entramos en un estudio a fondo de todos y cada uno de los avatares procedimentales de la ejecución inmobiliaria hipotecaria. Con carácter general puede completarse por mi trabajo monográfico *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, Ed. Comares, Granada, 2000; y en este especial aspecto por el trabajo de RIVAS TORRALBA, R., "Aspectos registrales de la ejecución directa sobre inmuebles hipotecados", *cit.*, págs. 1034 a 1044 en que aborda una serie de interesantes problemas y cuestiones que suscita la expedición registral de la certificación de dominio y cargas que requiere el art. 688 LEC.

de una fase específica de oposición en la cual el demandado exponga sus excepciones materiales o procesales a la pretensión de ejecución del acreedor. Si bien La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 regula expresamente la oposición a la ejecución forzosa habilitando una serie, cerrada, de causas de oposición de fondo, y diferenciadas entre ellas en función del tipo de título de ejecución utilizado (judicial o extrajudicial), en el caso del procedimiento judicial sumario se mantiene aquí su marchamo de identidad en cuanto a las causas de oposición de fondo puesto que únicamente es posible alegar las específicamente reguladas en el 695, mientras que los supuestos de los artículos 696 (tercerías de dominio) y 697 (prejudicialidad penal), no constituyen como tales, en puridad, verdaderas causas materiales de oposición sino supuestos de suspensión del procedimiento judicial sumario en tanto en cuanto se resuelve dicha cuestión. Por el contrario si son plenamente alegables las causas de oposición de carácter procesal que se regulan con carácter general para la ejecución forzosa en el artículo 559 LEC a las que habría de añadirse además, aunque no conste expresamente en el citado precepto, la posibilidad de alegar, como causa de oposición de carácter procesal, los posibles defectos en el modo de proponer la demanda como se desprende de la interpretación del artículo 551.1 LEC.

La carencia de una fase específica de oposición a la ejecución judicial hipotecaria ha sido cuestionada reiteradamente ante el Tribunal Constitucional por la posible lesión de derechos fundamentales procesales a que pudiera dar lugar, especialmente en la persona del demandado. En este sentido la doctrina¹⁶ del Alto Tribunal ha sido constante e inquebrantable al mantener de manera uniforme que dicha situación, sobre la base de la sumariedad que caracteriza al procedimiento, y con ello la limitación cognitiva que propicia. Se reconocía como elemento de identidad del procedimiento judicial sumario hipotecario la ausencia de fase específica de oposición ya que viene directamente propiciada por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones pero sin que lo expeditivo de la ejecución eliminase o cercenase en absoluto las posibilidades de contradicción ya que estas quedan abiertas en un juicio declarativo ordinario, tal y como a día de hoy el artículo 698 LEC permite¹⁷. Además, como argumento extrajudicial, es evidente que el propio deudor en el momento de consentir la hipoteca, como garantía real del crédito disfrutado, consiente que dicho instrumento jurídi-

¹⁶ Sentencias 41/1981, de 18 de diciembre; 64/1985, de 17 de mayo; 8/1991, de 17 de enero o 174/1997, de 27 de octubre.

¹⁷ Véase con detalle mi trabajo monográfico *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, cit., págs. 595 a 611.

co pueda derivar en una actuación judicial en la cual su propia defensa jurídica tenga una eficacia momentáneamente disminuida, que no totalmente puesto que como indicamos queda a salvo en todo caso la posibilidad de acudir a un proceso declarativo ordinario en el cual alegar y hacer valer lo que a su derecho convenga. Nos olvidemos, finalmente, que la hipoteca, como garantía real, sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los cuales recae, y que esta vinculación tan estrecha redundo, en su vertiente judicial, en un procedimiento, como el que nos ocupa, expeditivo y drástico, sustentado en la propia institución que propicia cuya expresión procesal es una enajenación forzosa para el subsiguiente resarcimiento del acreedor insatisfecho.

Desembocamos en la fase de realización efectiva de la garantía hipotecaria, a la cual nos conduce de forma directa la garantía real que sujeta al bien inmueble desde el origen de la relación crediticia que ahora se reclama forzosamente y por ello sin necesidad de llevar a cabo toda la serie de actuaciones judiciales previas y típicas al apremio del bien como son la tasación del mismo (no olvidemos que como requisito para poder acudir a esta privilegiada vía de ejecución se exige que en la escritura de constitución de la hipoteca conste ya el precio de salida del bien para su realización forzosa) y el embargo (no siendo necesaria dicha traba ya que el bien está garantizado y afecto a una eventual ejecución también desde el inicio de la relación obligacional). Esta actuación coactiva, sin duda la más coactiva de todas las que el procedimiento comprende, satisfactiva y sustitutiva nos lleva en palabras de GUASP DELGADO¹⁸ al verdadero núcleo del mismo, consistente en la materialización dineraria de los bienes hipotecados previamente para rendir satisfacción al acreedor ejecutante.

Legalmente cuatro son las posibilidades a través de las cuales puede llevarse a efecto la satisfacción judicial del acreedor ejecutante según la LEC. Estimando como poco probable, por elección y efectividad la consistente en obtener la administración del bien para pago, tal y como regulan los artículos 676 a 680, nos quedamos básicamente entonces con tres opciones. De ellas, también la práctica viene revelando que respecto de una de ellas, la establecida en el art. 640 LEC (realización mediante convenio acordado entre las partes), es muy poco frecuente por cuanto parece difícil, que no imposible, que en este momento se produzca un acuerdo entre las partes —ejecutante y ejecutado— para solicitar del órgano jurisdiccional, y siempre tras su pertinente aprobación, la realización del bien en la forma que estimen más oportuna y de mayor eficacia.

¹⁸ GUASP DELGADO, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951, pág. 140.

Nos quedamos por tanto con que las opciones más deseables, o recomendables, serían una de nuevo cuño, como es la regulada en el artículo 641 LEC, cual es la realización mediante persona o entidad especializada, y otra de vieja tradición jurídica como es la subasta judicial, abordada legalmente en los artículos 655 a 675, más el necesario complemento en algunos aspectos de los artículos 644 a 654 que regulan la subasta de bienes muebles. La apertura a sistemas de realización extrajudicial de bienes afectos a procesos de ejecución judicial forzosa parecía, en los albores de la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, una de las novedades con mejor porte y perspectiva de éxito. La entrada de elementos competitivos, en sintonía con la economía de mercado que rige nuestro país desde hace décadas, parecía favorecer *a priori* una más óptima venta de los mismos que a través de la tradicional subasta judicial achacosa de numerosos males que la afectan inveteradamente, y así en definitiva generando en la utilización de esta nueva alternativa y de forma directa un beneficio en el acreedor (que obtendría, supuestamente, una cantidad suficiente para cubrir la cantidad reclamada) y para el deudor (que pese al sacrificio patrimonial al menos vería la deuda saldada, con expectativas de algún sobrante o en el peor de los casos evitando otros sacrificios patrimoniales). Los hechos no parecen darnos la razón en este sentido. La opción legal del artículo 641 LEC, y con ella el encargo, judicialmente aprobado, de que una persona, física o jurídica, concedora del mercado donde se compran y venden ese tipo de bienes, según la dicción legal del precepto que la regula, no ha sido recurso habitual en las ejecuciones hipotecarias, ni siquiera en las ejecuciones ordinarias por extensión, salvo honrosas excepciones.

Se mantiene por tanto la subasta judicial como medio preferido de realización judicial de los bienes hipotecados. No parece por tanto que las constantes alusiones, tanto doctrinales como incluso jurisprudenciales, que invocan su mal funcionamiento, su “aptitud” para malbaratar bienes, hayan servido como elemento disuasorio ahora que sí se disponen de alternativas legales a la misma. La Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 implicó, respecto de la subasta judicial, el fin del sistema dual que existía con anterioridad, sentando una regulación unitaria de la subasta, mobiliaria o inmobiliaria, con independencia del tipo de procedimiento de ejecución seguido, era evidente que la situación no era justificable y la unificación muy necesaria para evitar disfunciones procesales y materiales, más aún cuando, con buena lógica, se ha optado por un sistema de única subasta.

Continuando por este bosquejo general del modelo de ejecución judicial de la garantía hipotecaria, una vez realizado el bien, mediante cualquiera de las opciones antedichas, procederá la aprobación judicial del remate y con ello las operaciones de liquidación de la deuda, distribución de lo obtenido y

regularización dominical del bien ejecutado. Antecede a la realización de todas estas actividades la aprobación judicial, mediante auto, del remate. Producido este evento se otorga el plazo pertinente para la consignación del precio ofrecido por parte del postor en cuyo favor se ha adjudicado el bien. Entretanto el Secretario Judicial debe proceder a la liquidación de los intereses y a la tasación de las costas para efectuar definitivamente la compensación económica que proceda respecto del acreedor y en relación con la cantidad obtenida en la adjudicación del bien. El artículo 692, con el imprescindible complemento de los artículos 654 y 672 establece el destino y distribución del precio obtenido, el cual, sin dilación, y en primer término (salvo la existencia de créditos privilegiados) se aplicará al pago al acreedor del principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas cuidando que en ningún caso dicha aplicación exceda los límites cubiertos por la hipoteca, quedando, de existir (muy poco frecuente en la práctica forense), el exceso o sobrante a disposición de los titulares de derechos posteriores e inscritos sobre el bien, quienes para hacerse pago con el mismo deberán promover el incidente previsto en el artículo 672.2 LEC, y el resto en su caso, casi improbable salvo excepción, quedará a disposición del deudor. En el caso de existir acreedores preferentes, que no privilegiados que lo son por disposición legal expresa, éstos y en reclamación de las cantidades obtenidas con la realización del bien hipotecado en el procedimiento judicial deberán hacer valer su preferencia mediante la interposición, y sustanciación según lo dispuesto en los artículos 614 a 620 LEC, de la correspondiente tercería de mejor derecho.

La adjudicación del bien mediante el remate opera, como efecto directo de la ejecución judicial hipotecaria, sobre el inmueble realizado un efecto de carácter material importantísimo como es la traslación dominical¹⁹ del mismo desde el deudor hipotecado y ejecutado (o el hipotecante no deudor) hacia el adjudicatario del mismo, en cualquiera de las posibilidades legales, en sede judicial en el marco de la ejecución forzosa hipotecaria que se ha efectuado. El auto judicial de aprobación del remate es el instrumento²⁰ que

¹⁹ Para RIVAS TORRALBA "Aspectos registrales de la ejecución directa sobre inmuebles hipotecados", *cit.*, págs., 1047 y ss., la adquisición de propiedad en este modo es una adquisición derivativa, y por ello: a) el contenido del derecho del rematante depende del que tuviera el derecho del ejecutado, b) subsiste el derecho de retracto arrendaticio derivado de contratos celebrados por el dueño de la finca posteriormente subastada, al igual que con el resto de retractos legales, c) las disposiciones del Código Civil sobre saneamiento por vicios o defectos ocultos son aplicables, con la particularidad de que nunca habrá lugar a la indemnización por daños y perjuicios (artículo 1489 CC), si bien respecto al saneamiento por evicción nos parece, personalmente, más difícil la aplicación de las normas civiles en este caso.

²⁰ Incluso los artículos 133 y 134 LH indican como título bastante para la inscripción registral del traslado dominical del bien el testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo

genera la transmisión²¹ de titularidad a favor del adjudicatario y que abre a éste la puerta de la inscripción de su derecho de propiedad en el Registro, amén del mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 LEC que deberá librar el propio juez acompañando dicho auto de adjudicación y en cumplimiento de los requisitos del artículo 132 de la Ley Hipotecaria. Hacemos notar en este sentido una diferencia en cuanto a la realización extrajudicial de la garantía hipotecaria ante Notario en la cual, por su propia naturaleza, la “voluntariedad” que preside, al menos en teoría, la realización del bien, implica que la traslación dominical tendrá lugar mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura ante el Notario actuante, interviniendo en la misma en calidad del vendedor del bien realizado el deudor y en calidad de comprador el mejor postor que resulte de la venta pública convocada y realizada por el Notario.

Lamentablemente la práctica forense nos demuestra que la entrega de la posesión judicial del bien inmueble al adjudicatario no siempre es pacífica y más aún es uno de los típicos problemas que concurren en esta fase final de la ejecución hipotecaria de bienes inmuebles. Decimos esto puesto que aunque pueda parecer que la actuación judicial está concluida tras el auto de aprobación del remate y el consiguiente mandamiento de cancelación de cargas, la LEC establece que en caso de que el adquirente lo solicite expresamente del órgano jurisdiccional este debe facilitarle la puesta en posesión del bien adjudicado como último trámite procedimental (artículo 675.1 LEC). Con frecuencia este es el momento en que se conocía la existencia de ocupantes, con o sin justo título que ampare su situación, de buena o mala fe, que obstaculizaban dicha situación generando, antes de la LEC de 2000, la apertura de un nuevo peregrinaje judicial al adjudicatario para lograr el lanzamiento de los mismos. Sin entrar en honduras en la materia²², eso sí dejando

del auto de adjudicación y de las circunstancias necesarias (especialmente de identificación de los actuantes y del bien inmueble) para verificar la inscripción, y de venir acompañado del mandamiento de cancelación de cargas determinarán además la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones que sean posteriores a ella. Lógicamente para proceder a las operaciones registrales oportunas el Registrador debe cerciorarse y verificar que el auto de adjudicación es firme.

²¹ Además la transmisión de bienes mediante “venta judicial” devenga los correspondientes impuestos que gravan la transmisión de bienes, si bien ha de tenerse presente que la fiscalidad aplicable será en unos casos en concepto de IVA (cuando el originario deudor hipotecario es un sujeto en cuyas relaciones profesionales genera el devengo de dicho impuesto, por ejemplo cuando el ejecutado es un constructor o un promotor inmobiliario) y en otros casos en concepto de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (cuando el ejecutado es un sujeto particular). Véase en este sentido la doctrina, entre otras, de las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2001 y de 5 de julio de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 21 de enero de 2000 y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de febrero de 2002.

²² Puede consultarse mi trabajo “Intervención y eventual desalojo de los ocupantes en la ejecución judicial de bienes inmuebles. Novedades de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”, *Revista Jurídica La Ley*, diario núm. 5147, 25 de septiembre de 2000, págs. 1-7, y ACHÓN BRUÑEN, M.J.,

sobre la mesa la existencia de numerosa doctrina y jurisprudencia respecto a los derechos en juego y a la posible vulneración del fundamental derecho de defensa del ocupante que en el transcurrir de la ejecución hipotecaria no disponía de un trámite en el cual hacer valer su derecho, hemos de destacar que con acierto la Ley de 2000 ha solventado este trance. De esta forma, y salvaguardando perfectamente todos los derechos en juego, tanto los del adjudicatario como los del ocupante, se prevé un incidente específico (que incluso ha podido tener lugar durante la tramitación del procedimiento y determinado cara al momento de la puesta en posesión del bien tras la adjudicación en que situación queda el ocupante y si procederá o no, llegado el momento, su lanzamiento o permanencia) al cual nos remite el artículo 675 LEC y que se contempla en el artículo 661 (con carácter general como podemos observar para cualquier tipo de ejecución forzosa sobre bienes inmuebles y respecto de cualquier tipo de ocupante).

En último término es evidente que, tal y como suscribe el artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la ejecución forzosa no finaliza hasta la completa satisfacción del acreedor ejecutante, en caso de que con lo obtenido mediante la realización judicial, por la privilegiada vía del artículo 681 y siguientes de la Ley o por cualquiera de las otras disponibles, no fuese suficiente para la reposición del capital prestado la acción hipotecaria quedaría agotada por dicho ejercicio, pero respecto del hipotecante deudor y dueño del bien inmueble ejecutado sería perfectamente posible perseguir su cumplimiento total con otros bienes de su patrimonio, conservando el acreedor en este sentido la acción personal por la parte que hubiera quedado insatisfecha al ejercitar en primer lugar la acción hipotecaria, salvo el supuesto en que existiese un específico pacto entre las partes otorgando la liberación de la responsabilidad personal ilimitada del deudor, por la parte insatisfecha de la deuda, una vez ejecutada la hipoteca que la garantiza (en aplicación de lo dispuesto, por ejemplo, en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria).

III. NUEVAS PROPUESTAS PARA EL MODELO

La originalidad del presente trabajo pretende descansar en dos elementos, en forma de nuevas propuestas, que impliquen un cierto avance en el estado científico y doctrinal del modelo de ejecución judicial hipotecaria inmobilia-

“La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm., 681, 2004, págs.11 a 52; y respecto al caso específico, y más habitual, de que esgrima el ocupante un contrato de arrendamiento se aborda detalladamente en mi trabajo monográfico *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, cit., págs. 546 a 561.

ria que ha diseñado la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, fiel heredera en este aspecto de la tradición jurídica española en la materia. Implican en cierto sentido una revisión del modelo vigente sin que pretendamos con ello la búsqueda o la elucubración sobre un nuevo sistema de ejecución judicial hipotecaria inmobiliaria, puesto que el actual nos parece suficientemente positivo, pero ello no debe crearnos un sentimiento de autocomplacencia, sino más bien imponernos, y me dirijo con ello a todos los juristas, dedicados a la dogmática o a la praxis, un deber de mejora progresiva y perfeccionamiento del mecanismo judicial que estamos diseccionando.

Es lógico que las notas que seguidamente vamos a proponer para la revisión del actual modelo no sean absolutamente originales ni propias, y que en ambos casos vengan sustentadas sobre elementos típicos de la metodología jurídica como es en el primer caso el influjo jurisprudencial y legal (tanto interno como de derecho comparado) y en la segunda de las propuestas sobre la innegable realidad de la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea y con ello la adaptación y aproximación de nuestro sistema jurídico al pretendido modelo normalizado comunitario mediante el progresivo influjo, omnipresente y vinculante, de la normativa de la Unión.

Antes de presentar ambas propuestas hemos de dejar constancia del ejercicio personal de autocrítica que ambas nos han sugerido, del hecho de que tras meditar detenidamente sus virtudes y defectos, y sobre todo su aplicabilidad futura en el modelo actual de ejecución judicial hipotecaria inmobiliaria, creemos que son posibles y factibles, y sobre todo, que honradamente en ambos casos nos parecen que desarrolladas legalmente en la forma y momento más oportuno pueden suponer un avance jurídico, y por encima de todo una ventaja para el ciudadano, un beneficio legal para el acceso a la propiedad, una mejora para la institución hipotecaria, un refuerzo para el crédito y una revalorización de la garantía real que implica el crédito hipotecario sobre bienes inmuebles.

A) Rehabilitación judicial del crédito hipotecario frente a un eventual derecho de rescate del bien ejecutado

De auténtico “terremoto jurídico” se pudo calificar, en su momento, el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 por cuanto la doctrina establecida en la misma²³ podía implicar, de llegar a con-

²³ En cuanto a su repercusión en la denominada “jurisprudencia menor”, la tesis de la sentencia fue acogida también en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de

solidarse, un importante freno al desarrollo del mercado hipotecario (en imparable crecimiento hasta nuestros días) y con ello el acceso a la propiedad inmobiliaria de buena parte de los ciudadanos de este país. Si a ello unimos el dato histórico de que se encaraba en aquel momento la recta final de la aprobación parlamentaria de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, tenemos el panorama completo del escenario sobre el cual se fraguó una solución legal de nuevo cuño, no prevista en el Borrador ni en el Anteproyecto, ni siquiera en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, y que se introdujo como enmienda en el ultimísimo momento de la tramitación parlamentaria, dando lugar al “inesperado”, a tenor de los precedentes antedichos, artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como remedio legal de urgencia para hacer frente a las posibles consecuencias del establecimiento de una línea jurisprudencial que sostuviera la posición de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 en la consideración de que las cláusulas típicas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios se consideraran como nulas por ser contrarias a las leyes.

Vayamos por partes. Vamos a examinar tres cuestiones mediante las cuales pretendemos, en definitiva, exponer nuestra propuesta de mejora y revisión del modelo introduciendo en el futuro lo que podríamos denominar desde ya un “derecho de rescate” a favor del ejecutado. La primera cuestión objeto de examen será la doctrina de la controvertida, y no menos famosa, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 (RJ 2371) como génesis inmediata, que lo fue, del segundo punto sobre el cual presentaremos nuestras reflexiones que es la rehabilitación judicial del crédito hipotecario reclamado judicialmente en sede de ejecución judicial según los trámites del procedimiento sumario y que deliberadamente se contiene, como contrapeso a cualquier vinculación de la jurisprudencia de dicha resolución judicial, en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento de 2000, dando a su vez simultáneamente cabida y validez, a los pactos de vencimiento anticipado de las deudas a plazos. En tercer lugar presentaremos la propuesta de introducción en nuestra regulación interna, ya experimentada en otros ordenamientos jurídicos (como el caso del norteamericano o el portugués), de un elemento cercano a la problemática expuesta pero disímil en cuanto a la situación, requisitos y efectos, como es la instauración de un derecho de rescate del bien ejecutado.

Volviendo al prefacio de este apartado en que situábamos el punto de partida de nuestra exposición²⁴ en la doctrina de la Sentencia del Tribunal

2001 (RA 1665) y valorada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 4 de junio de 2001 (referencia Editorial Europea del Derecho 1328).

²⁴ A mayor abundamiento consúltese el trabajo de MARTÍNEZ-ZAMANCAS SÁNCHEZ, J., “La ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados en la LEC 2000 (Comentarios sobre el “favor

Supremo de 27 de marzo de 1999. Examina, a través de un recurso de casación, la naturaleza del contrato de préstamo garantizado hipotecariamente en relación con la exigibilidad del total de la cantidad prestada, mediante vencimiento anticipado de los pagos pendientes, en caso de que resulte no atendido alguno de los pagos periódicos en que se fracciona la devolución de la cantidad prestada. El ponente (Sr. Menéndez Hernández) se cuestiona en el fundamento jurídico quinto de la resolución, y ante la generalización en los préstamos hipotecarios de las cláusulas que permiten precipitar los vencimientos anticipados de los préstamos y sus garantías, si dichas condiciones son aceptables, partiendo de que indiscutiblemente el artículo 1255 del Código Civil consagra en nuestro Derecho la libertad pacticia siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes. Justifica de inmediato su posición de afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a varios preceptos del Código Civil que más adelante citaremos y a los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria), y con ello subsumible en el artículo 6 del CC como nulos de pleno derecho por ser contrarios a las normas imperativas.

Tomando el razonamiento jurídico de la sentencia, preconiza la necesidad de esperar al final del transcurso del plazo pactado²⁵ para poder reclamar los últimos devengos periódicos, aunque el prestatario ya haya dejado de cumplir la obligación al no atender algún plazo ya vencido. La estoicidad financiera a que debería atenerse el acreedor en este sentido (apuntamos, impensable a día de hoy en nuestro sistema financiero cuando se contratan préstamos hipotecarios inmobiliarios de muy largo plazo de amortización total, como pueden ser cuarenta años o entidades financieras que los otorgan incluso a plazo superior) huelga de cualquier explicación complementaria a cualquier persona mínimamente avezada en la materia en cuanto que de forma absolutamente irremisible conduciría al colapso del sistema financiero, crediticio e hipotecario del país, por cuanto las entidades financieras no concederían apenas préstamos con esta garantía y en las condiciones y naturaleza hasta ahora conocidas ante el peligro de tener que esperar al final del lapso temporal de toda la obligación para poder hacerla efectiva coactivamente y sobre la garantía real que la soporta en caso de cualquier incumplimiento

creditoris”)), en *Los procesos especiales*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 30, 2000, CGPJ, Madrid, págs. 193 a 196 en que realiza un análisis sintético y muy ilustrativo de los efectos de la sentencia mencionada.

²⁵ En contra de tal postura se manifestó LÓPEZ LIZ, J., “Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipotecas”, *Diario La Ley*, núm. 4887, de 20 de septiembre de 1999, págs. 1-ss. *Vid.* también el comentario al respecto de RUBIO TORRANO, E., “Préstamos hipotecarios, cláusulas resolutorias y otras prácticas bancarias”, *Diario Aranzadi*, de 13 de septiembre de 1999.

del deudor. Es precisamente la habitual cláusula incluida en la contratación hipotecaria que redime de esta espera al acreedor, enervando, en palabras del ponente de la Sentencia de referencia, “esa obligada paciencia recaudatoria si se consigue incluir en el contrato la mal denominada condición resolutoria del préstamo, por virtud de la cual puede precipitarse el impago hacia el vencimiento anticipado del contrato. Según las cláusulas habituales de las escrituras, el impago de un plazo del capital o de los intereses actúa como condición resolutoria del aplazamiento”.

Entiende la sentencia que dicha condición adultera entonces las coordenadas temporales de los préstamos hipotecarios que influye poderosamente en el devenir de la relación jurídica, engendrando, a juicio del ponente, evidentes secuelas civiles y fiscales. Aplicando los preceptos que entiende vulnerados, prosigue su razonamiento para justificar la nulidad, por ser contrarios a la ley, de los pactos de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios y con ello la irreivindicabilidad judicial de la ejecución de la garantía real hipotecaria que los acompaña en tanto no se consume todo el espectro temporal de duración por el cual se constituye la relación crediticia. Se apoya en que el artículo 127 de la Ley Hipotecaria claramente “preconiza la necesaria perdurabilidad del crédito hipotecario en los contratos habituales en los que no se pacta la condición resolutoria del crédito”, entendiendo de la interpretación que hace del precepto que “elocuentemente demuestra que la situación crediticia ha de prolongarse hasta el último día convenido en contratar”, además fundamentaba su postura en la redacción del artículo 135 del mismo cuerpo legal antes de ser reformado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, versión en la cual, a su juicio (fundamento jurídico sexto), literalmente se ofrecía una beligerancia expresa frente a la condición resolutoria de las cláusulas de vencimiento anticipado que viene a invalidarla totalmente, puesto que en dicho precepto se establecía que “si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuese necesario enajenar la finca hipotecada y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecho”, y con ello, literalmente a juicio del ponente, se transfiere la finca al rematante pero con la carga de la hipoteca que subsiste, precisamente para continuar garantizando el pago de la parte del crédito no satisfecho. Se trata, de la posición del ponente se extrae la presente conclusión, de mantener el negocio previamente convenido, evitando su disolución jurídica sobrevenida por incumplimiento, obligando al adquirente a respetar la hipoteca siempre que queden otros plazos de la obligación, y que en conexión con la literalidad del artículo 127 LH nos llevaría a la solución de que cuando “el comprador no quisiera la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su

importe con los intereses que le correspondan para que se pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes”.

Completa su *ratio decidendi* apoyando la nulidad de los pactos de vencimiento anticipado en dos preceptos del Código Civil que los harían inviables. Así, tomando como punto de partida que la principal obligación del prestatario es la de restituir al prestamista otro tanto de lo recibido en el tiempo y lugar designados en el contrato, entiende que no se respetan los artículos 1125 y 1129 del Código Civil por cuanto el primero de ellos determina que las obligaciones a término sólo son exigibles el *dies ad quem*, y que las excepciones a esta regla (contenidas en el segundo de los preceptos de referencia) establecen que la pérdida del beneficio del plazo²⁶ tenga lugar cuando la deuda carezca de garantías, algo que evidentemente no ocurre cuando un crédito está asegurado con una garantía real tan sólida y efectiva como es la hipoteca sobre un bien inmueble.

Resumiendo la postura de la sentencia, las deudas suficientemente garantizadas no serán exigibles hasta que el total del plazo venza, y sólo ante un debilitamiento o desaparición de la garantía que la sustenta se podría precipi-

²⁶ En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de febrero de 2003 ya que en el asunto en cuestión objeto del pronunciamiento y en cuanto a la pretensión de vencimiento anticipado del resto de las cuotas de amortización del contrato de préstamo, ciertamente no existe pacto expreso de vencimiento anticipado y, en principio, sería de aplicación el art. 1125 del CC, a cuyo tenor “Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, solo serán exigibles cuando el día llegue”. Sin embargo, la propia normativa civil, admite supuestos en que por disposición legal pierde el deudor el derecho a utilizar el plazo pactado. En este sentido dispone el art. 1129 del CC que “Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido. 3. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras”. En el caso de autos constaba demostrado por la documental obrante, que los codemandados, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de préstamo, constituyeron hipoteca voluntaria sobre la finca de su propiedad, especificando que la finca se encontraba libre de cargas, cuando lo cierto es que entonces ya estaba afectada por otros gravámenes anteriores y preferentes, cuales eran una previa hipoteca a favor de la Caja ... y una anotación preventiva de embargo acordada en autos de juicio ejecutivo a instancias de la entidad Banco ... Ejecutada esa primera hipoteca, se acordó la cancelación de las cargas posteriores, entre ellas, la hipoteca constituida en garantía del préstamo otorgado por los entonces apelantes. Consecuentemente los prestatarios codemandados, que ni siquiera se habían personado en autos, empezaron por ocultar a los demandantes la existencia de la hipoteca preferente, para después pagar únicamente 2 cuotas de las 180 pactadas en el contrato de préstamo y, finalmente, dejar de pagar el crédito que garantizaba aquella primera hipoteca, propiciando su ejecución y como consecuencia de la misma la cancelación de la hipoteca dada, precisamente, en garantía del préstamo hipotecario que nos ocupa. Pues bien, ante esta específica situación, y en este caso concreto, la Sala, se inclinó por considerar que nos encontramos ante un supuesto que puede tener cabida en el número tercero de los legalmente previstos en el art. 1129 del CC, por lo que procede declarar perdido por los codeudores el derecho al plazo, declarando vencida anticipadamente el resto de la obligación. Con ello, “procede la estimación del recurso y de la demanda en su integridad”.

tar anticipadamente su reclamación (cumplimiento total de la obligación) para evitar posibles insolvencias del deudor, no en vano el término se presume (artículo 1127 del Código Civil) en beneficio del acreedor y del deudor, y aquél no puede reclamar el pago antes de su vencimiento y el deudor, textualmente según el ponente (fundamento jurídico séptimo), “frente a las impaciencias del prestamista, podrá rehusar el pago”. En definitiva se posicionaba sentencia en cuanto que “... el establecimiento contractual de la condición resolutoria implica otorgar al acreedor un resorte muy vigoroso para conseguir la instantánea recuperación del total del préstamo sin tener que esperar a que se cumplan los a veces dilatados plazos restitutorios. Consigue destruir el negocio jurídico alegando las zozobras cobratorias futuras y recupera sumas prestadas para realizar otras operaciones”.

Ante dicha situación y con bastantes reflejos reaccionó el legislador, inmerso en la producción de la nueva regulación legal de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria, abriendo una vía de escape a esta posición jurisprudencial, la cual amenazaba muy seriamente en caso de consolidarse como tendencia jurisprudencia y sin norma expresa en contrario con colapsar el mercado hipotecario ante la cautela que adoptarían las entidades crediticias en el momento de conceder préstamos con garantía hipotecaria, especialmente a medio o largo plazo, sabiendo de antemano que hasta el final del periodo concedido no podrían hacer efectiva la garantía.

El antídoto se configuró mediante una solución legal inserta en la LEC estableciendo de aplicación el artículo 693, exclusivo²⁷ para los supuestos que implican la particularidad de ejecución judicial de la garantía sobre bienes inmuebles hipotecados, en el caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o de los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre con el requisito para hacer efectiva esta opción de que tal estipulación conste inscrita registralmente. Llegada tal situación y habiéndose de enajenar judicialmente el bien hipotecado, prosigue el apartado primero del artículo 693, pero con otros plazos pendientes de vencer, se verificaría su venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito no satisfecha hasta entonces.

Además y para salvar totalmente el obstáculo que la mencionada Sentencia del TS podría suponer, el artículo 693 en su apartado segundo estima que

²⁷ Compartimos en este sentido la opinión de MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria”, *Actualidad Civil*, núm. 15, 2003, pág. 2, en cuanto esta solución es únicamente aplicable al conocido como juicio sumario hipotecario y no puede extenderse al proceso de ejecución común u ordinario.

podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado, es decir la totalidad de lo prestado más los intereses pactados, si se hubiese convenido el vencimiento total de la deuda en caso de impago de alguno, o algunos de los diferentes plazos, y dicho convenio, nuevamente constase, como requisito inexcusable de validez, inscrito en el Registro²⁸.

No todo iban a ser posibilidades de ataque, y el legislador incluyó a última hora, en el trámite de enmiendas del Senado²⁹, una posibilidad defensiva para el deudor que se inserta en el apartado tercero del artículo 693, cuando el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor, o en su defecto un tercero con consentimiento del acreedor, podrá, y por una única oportunidad, aún sin consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida la deuda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo de procedimiento y resulten impagados en todo o en parte, teniendo como marco temporal preclusivo para la realización de esta posibilidad el día señalado para la celebración de subasta. Esta situación es la que conceptualmente podemos calificar como “rehabilitación judicial del crédito hipotecario”³⁰ y que pretendemos confrontar, tras su exposición, la solución que *ex novo* plantearemos en forma de instauración de un eventual “derecho de rescate”. Legalmente se configuran por tanto con requisitos para efectuar la rehabilitación judicial del crédito hipotecario los siguientes:

a) Esta situación debe ser solicitada por el acreedor ejecutante para que se comunique al deudor la posibilidad que tiene de liberar el bien y rehabilitar el préstamo ejecutado.

b) Sólo cabe efectuar por el deudor³¹ la liberación del bien hipotecado sometido al procedimiento de ejecución. Ahora bien como explica MARTÍNEZ

²⁸ Así lo atestigua el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 2002 (JUR 2003/46790) indicando que la redacción del artículo 693.2 LEC autoriza de manera expresa a vencer anticipadamente el crédito siempre que dicho pacto esté debidamente inscrito, disposición legal que por su claridad deja resuelto, al menos legalmente, la cuestión acerca de la validez del vencimiento anticipado en este tipo de obligaciones.

²⁹ Configurando la enmienda núm. 1350 al entonces artículo 696 del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y presentada por el Grupo Convergencia i Unió.

³⁰ Además la jurisprudencia del Tribunal Supremo (véase la Sentencia de 30 de octubre de 2002) establece que es obligación del acreedor admitir los pagos parciales, en aplicación de la deuda reclamada, que pueda ir efectuando el deudor ejecutado durante la tramitación del procedimiento judicial, y que se deducirán de la cantidad que resulte de aplicación en el momento de distribución del precio obtenido con la enajenación del bien que sea objeto de la ejecución forzosa.

³¹ Para MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria”, *cit.*, pág. 4, debería incluirse en la interpretación que a la referencia al deudor que

DE SANTOS³² tomando la regulación legal del precepto se llega a la paradoja, meridianamente clara, de que mientras la vivienda familiar solo puede liberarse por una única vez, quizá, creemos, en la mente del legislador evitando con ello un juego inapropiado de dicha posibilidad legal por parte del deudor que podría llevar a un abuso de derecho cuando utilizase esta opción a conveniencia, la de cualquier otro bien hipotecado se puede efectuar ilimitadamente.

c) El bien hipotecado que se libera de la ejecución y que implica la rehabilitación de la relación crediticia hipotecada puede ser cualquiera, teniendo presente a efectos de la repetibilidad la condición anterior que la limita a una vez, exclusivamente, para el supuesto de que constituya la vivienda familiar.

d) No es necesario, ni imprescindible, el consentimiento del acreedor e incluso puede efectuar dicho pago un tercero, ahora sí con el consentimiento expreso del ejecutante.

e) Deberá consignar, para lograr la rehabilitación del crédito y el sobreseimiento de la ejecución iniciada, la cantidad exacta que por principal e intereses estuviera vencida en la fecha de la presentación de la demanda incrementada automáticamente con los vencimientos e intereses de demora que se produzcan durante la tramitación procedimental y justo hasta el momento de la citada consignación, esto es los vencimientos no atendidos y los intereses correspondientes a estas cantidades, sin olvidar las costas producidas, que serán por la cantidad satisfecha y no por la totalidad de la deuda que por capital e intereses se haya determinado, de otra forma dicho importe nos parece desmesurado

f) Temporalmente, y de forma preclusiva, podrá efectuar dicha operación hasta el día señalado para la celebración de la subasta.

Algunas cuestiones de las expuestas son matizables y precisan de una aclaración, siquiera breve. En un alarde garantista debería ser reformado el contenido del artículo de referencia ordenando que la comunicación de esta opción a favor del deudor se produzca de oficio por parte del órgano jurisdiccional.

contiene el artículo 693.3, y optando por una postura flexible, tanto al hipotecante no deudor como al tercer poseedor del bien hipotecado que hubiese acreditado al acreedor la adquisición del bien contra el que se despacha ejecución, o bien incluso en este último caso y ateniéndonos a los datos registrales de la hipoteca (art. 130 LH, y doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1999) otorgar dicha consideración de forma automática al tercer poseedor con su derecho inscrito registralmente, pero no al que no tiene inscrita su adquisición que debería contar con el consentimiento del acreedor para poder liberar la vivienda.

³² Cfr., MARTÍNEZ DE SANTOS, A., "La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria", *cit.*, pág. 7.

diccional, y no tenga que ser incitada por la iniciativa del acreedor, puesto que se deja en manos de quien ha dispuesto el inicio de la ejecución forzosa el ejercicio de una opción que la ley no le otorga. Así, y con independencia del motivo que sea, incluso fraudulenta o dolosamente, si el acreedor omite esta petición puede truncar una legítima opción legal del deudor que conlleva una consecuencia irremisible, y no pocas veces dolorosa, como es la pérdida del bien inmueble que alberga su vivienda familiar. Cierto es que en esta línea argumental, y tomando como eje la regulación normativa, tampoco nos encontramos ante un derecho absoluto e irrenunciable del deudor, sino simplemente ante una opción legal condicionada, a nuestro juicio de forma deficiente y lesiva, a una previa conducta o actividad del acreedor. Debiera por tanto reformarse en este sentido la regulación legal disponiendo que dicha comunicación al deudor se practique siempre, y de oficio, por el órgano jurisdiccional ante quien se ventila la ejecución.

En segundo término ha de precisarse qué se considera, a estos efectos, vivienda familiar³³. A nuestro juicio debe prevalecer una interpretación flexible, no formalista, por el mero hecho de que la propia norma —u otras que pudieran ser de aplicación como el Código Civil— no aportan luz al respecto, y en tal sentido entendemos que debe primar la protección al deudor para que pueda liberar el bien hipotecado sobre la formalidad que nos lleve a valorar si en definitiva es la vivienda familiar real o sólo la que figura en la constitución de la hipoteca. En este sentido³⁴ básicamente se trata de delimitar este tipo de inmuebles frente a otros como pueden ser locales comerciales, naves industriales, etc....

En caso de transmisión del bien hipotecado, y cuando ya fue ejercitada la opción de rehabilitación del artículo 693.3 LEC, ¿estaría disponible a favor del nuevo deudor? Entendemos que la respuesta debe ser rotundamente afirmativa. Se trata de una relación crediticia nueva, pese a que provenga de una subrogación, entre nuevos sujetos, y por tanto con un nuevo deudor-ejecutado, y por tanto dicha opción legal estaría plenamente vigente.

Efectuada dicha rehabilitación, bajo la concurrencia de las condiciones y requisitos expuestos, el tribunal decretará, mediante providencia, terminado el procedimiento. En este caso entendemos que la acción hipotecaria no se ha agotado puesto que la vida del crédito se ha rehabilitado mediante esta

³³ Cfr., MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “La liberación de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria”, *cit.*, pág. 6, y Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Palma de Mallorca de 19 de septiembre de 2001 (La Ley 8956/2001).

³⁴ Vid., PINEDA, L., “La rehabilitación del préstamo hipotecario: una demanda social incorporada a la nueva LEC”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1920, 2002, pág. 11.

opción legal y en caso de un posterior incumplimiento de la obligación sería perfectamente factible acudir judicialmente a iniciar una ejecución hipotecaria inmobiliaria por la vía privilegiada del artículo 681 y siguientes de la LEC. Registralmente no tiene por qué haberse producido ninguna eventualidad, la hipoteca subsiste, y la nota marginal expedida previa petición del juzgado para hacer constar la certificación de dominio y cargas podría cancelarse mediante nuevo mandamiento en tal sentido remitido por el juzgado competente y que ha dado por concluido el procedimiento tras la rehabilitación del préstamo hipotecario vía artículo 693.3 LEC.

Anunciábamos en el encabezado del presente epígrafe que nuestra intención es la de desvelar y presentar en sociedad una propuesta de revisión del modelo. En cierto modo entendemos beneficioso hacerlo desde el contrapunto con la novedad explícita y ya factible de la rehabilitación del préstamo hipotecario demandado judicialmente de ejecución forzosa que instaura el artículo 693 LEC, reconociendo eso sí, que nuestra aportación dista en casi todos sus aspectos, y finalidad, del elemento con el cual lo comparamos. Propugnamos³⁵ la articulación de un derecho de rescate del bien hipotecado ejecutado forzosamente a favor del deudor siempre y cuando se produzca en los términos y condiciones, que debieran ser previstos legalmente, y que a continuación detallamos. Se arbitraría en definitiva una posibilidad legal para recuperar el bien inmueble ejecutado una vez que éste ha sido enajenado y rematado a favor del mejor postor (adjudicatario) en el marco de una ejecución judicial hipotecaria.

La reversión al deudor ejecutado del bien objeto del procedimiento judicial debería estipularse sobre el tablero de una serie de condiciones determinadas que salven algunos de los obstáculos, objeciones e inseguridades que esta solución pueda deparar. Núcleo de su consideración y viabilidad sería en primer lugar su regulación legal inserta en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entendemos que debe ser en este texto normativo y no en otro porque proponemos el ejercicio de un derecho que surgiría invariablemente como consecuencia de una actividad procesal previa, y que además debe conducir a un determinado resultado (el remate del bien a favor de un adjudicatario ajeno al deudor y a consecuencia de un proceso de ejecución forzosa que conlleva su enajenación), además de que como incidente de la ejecución (aún finalizada técnicamente la misma) podría ser controlada su regularidad por el órgano judicial ante el que se despachó y verificó la enajenación forzosa otor-

³⁵ No como novedad del momento sino que ya lo planteamos algún tiempo atrás en la monografía *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 568 y siguientes.

gando una ventaja de seguridad jurídica y legalidad en el desenvolvimiento y ejercicio legítimo del rescate del bien.

Además debe ser un derecho de carácter estrictamente subjetivo, concedido únicamente al deudor (o al hipotecante no deudor o en último término al poseedor del bien enajenado, con constancia registral de su titularidad), un derecho no negociable, ni transmisible, de carácter personal e intransferible, y con una clara finalidad social (que nunca debe olvidarse en la regulación legal de las instituciones) como es la de paliar la pérdida irremisible de un bien inmueble cuya importancia en todo patrimonio personal parece fuera de toda duda, protegiendo en esta vertiente la propiedad adquirida.

De trascendental importancia en la estructura de la figura ofertada serían las condiciones y requisitos para su ejercicio, cuya finalidad ínsita deber ser garantizar ante todo la seguridad jurídica y no lesionar las expectativas y derechos generados en el tráfico inmobiliario del bien enajenado. Es lógico que en este punto las cautelas sean máximas y la prudencia aconseje cualquier toma de posición. Parece recomendable, en uso de la metodología jurídica clásica, acudir en este punto a las experiencias de derecho comparado, puesto que la figura del derecho de rescate no es una invención inaudita sino que se viene experimentando³⁶, desde las particularidades que le son propias, en el derecho norteamericano, en el cual se configura como *redemption right*³⁷, y en el derecho portugués bajo la figura de la *remiçao*, si bien en este último caso su naturaleza jurídica es más próxima a la de un derecho de preferencia cualificado, establecido para determinadas personas y por su relación próxima al deudor, en la adquisición del bien.

³⁶ Además de las referencias que exponemos, y que han sido objeto de nuestra investigación, tenemos noticia cierta también de la aplicación de este derecho de rescate o recuperación del inmueble por parte del deudor en Argentina, concretamente en la Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción núm. 24441 (de 1995) que disciplina el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. En el caso de que concurren las circunstancias del art. 64 de dicho texto legal podría articularse el rescate del bien inmueble ejecutado.

³⁷ También denominado en algunos Estados, pertenecientes a los Estados Unidos de América, como *right to redeem*. Ambas denominaciones en su traducción nos abocan a un “derecho de redención” del bien, dentro de la cual tradicionalmente se diferencia, como expone DE LA PUENTE ALFARO, F., “La eficacia de los derechos reales con especial atención al de hipoteca en los Estados Unidos de América. Un caso concreto: el Condado de Dane, Wisconsin”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674, 2002, pág. 2272, entre el derecho de redención en equidad que tiene como objetivo evitar una enajenación de la finca garantizada por la hipoteca, y el derecho de redención legal (*redemption right*) que es el derecho a recuperar la finca una vez que ha sido enajenada por un procedimiento válido de ejecución de la hipoteca. Como aclara el autor citado en este segundo caso, que es el que a nosotros ahora interesa, mediante el pago de lo obtenido en la subasta (y no por tanto del importe de la deuda por la cual se despachó ejecución) se puede recuperar la finca de cuya titularidad se privó al ejecutado, siendo por tanto, más propiamente, a nuestro juicio, un verdadero derecho de rescate o reintegración al patrimonio.

Vamos por tanto a exponer de forma muy somera cada una de ellas, como preámbulo a la formulación de nuestra propuesta para la evolución e innovación en el modelo español de ejecución de la garantía hipotecaria. En el caso norteamericano³⁸ se concibe el “redemption right”³⁹ como un elemento conatural a la propia esencia de la ejecución forzosa del bien hipotecado. Es claro que a día de hoy no existe en España⁴⁰ institución asimilable al *redemption right*⁴¹, —derecho de rescate— y que consiste en conceder al deudor, y a otros interesados, durante un periodo de tiempo determinado y posterior a la enajenación forzosa y judicial de un bien inmueble la posibilidad de recuperar el mismo siempre y cuando paguen la cantidad estipulada normativamente.

Durante este periodo de interinidad en el cual el ejercicio del “redemption right” esta pendiente, el adjudicatario recibe un título acreditativo de la adjudicación del bien pero que no tendrá eficacia constitutiva hasta el transcurso del plazo para rescatar el bien, e incluso se mantendrá en posesión del mismo al deudor⁴². Básicamente con ello se trata de evitar la pérdida inmediata e irremisible del bien inmueble para el deudor, sobre todo en aquellos casos, en que la cuantía de la deuda no sea excesivamente desproporcionada con respecto a la obligación contraída, el incumplimiento de la obligación crediticia,

³⁸ Ha de apuntarse que no todos los Estados que integran los Estados Unidos de América contemplan el empleo de esta opción (así por ejemplo es el caso de los Estados de Texas, Louisiana —Louisiana Code of Civil. Procedure § 13:3886—, o Pennsylvania, *vid. Wayne County Bank and Trust Co. v. Hutchinson State* 13 Pa.d. & C.3d 622 (Pa.Com.Pl. 1980)), En cambio si lo contemplan y regulan expresamente el Estado de Kansas en § 60-2414 Kansas. Statoutes, (*vid.*, HIATT, “Right of redemption of real property in Kansas”, 10 *Washburn Law Journal* págs. 285-295, 1971) u otros como Florida —sin limitación temporal para su ejercicio *vid. Marriot v. Schulties*, 553 So.2d 1316 (Fla. Dist. Ct. App. 1989) y Fla.Stat. § 45.0315 (1993)—; New York —case *Belsid Holding Corp. v. Dahm* 12 A.D. 2d 499, 207 N.Y.S.2d 91 (1960); Ohio— Ohio. Rev. Code Ann. § 2329.33 —limitado temporalmente hasta la confirmación de la venta por la corte, que suele ser entre dos semanas y un mes después de la venta— o Minnesota —por un período de seis meses, *vid.*, Minn. Stat. § 580.23 y 581.10. *Vid.* HOFFMAN, M.B., “Partial redemption in Colorado foreclosures”, 67 *Denver University Law Review*, págs. 61-78, 1990, McCORMACK, J.L., “Redemption and reinstatement under the Illinois mortgage foreclosure law”, 77 *Illinois Bar Journal*, págs. 822-829, 1989, BAUER, P.B., “Judicial foreclosure and statutory redemption: the soundness of Iowa’s traditional preference for protection over credit”, 71 *Iowa Law Review* págs. 1-91, 1985.

³⁹ *Vid.*, NELSON, G, WHITMAN, D., “Reforming foreclosure: the uniform nonjudicial foreclosure act”, 53 *Duke Law Review*, 1399, págs. 1401-1514, 2004.

⁴⁰ Podía aproximarse lejanamente a esta situación la interpretación del art. 1506 de la LEC de 1881 en cuanto pudiera dar lugar a la articulación de una situación muy parecida a la que ofrece el *redemption right*, o en la actualidad la posibilidad de rehabilitación del préstamo hipotecario que concede el artículo 693.3 LEC.

⁴¹ Kan. Stat. Ann. § 60-2414 como referencia al ejemplo que vamos a exponer. *Vid.* DOERING, M.B., KING, J.B., LAZZO, M.J., RUANE, J.P., SUTER, M.M., *Mortgage foreclosure in Kansas*, Eau Claire, 1991, páginas 42 a 47.

⁴² Reconocido expresamente en el caso *Fed. Land Bank of Spokane v. Snider*, 808 P.2d 475, 480 (Mont. 1991).

no atendiendo los vencimientos periódicos correspondientes, derivan de situaciones coyunturales que con la concesión de este derecho, y el período de gracia que conlleva, podrían favorecer la recuperación económica del deudor evitando la pérdida definitiva del bien inmueble, más aún si se trata de la vivienda familiar, por causa de situaciones excepcionales.

La contrapartida, como puede adivinarse en la inseguridad jurídica que se crea, especialmente en cuanto a la titularidad del bien y respecto de terceros o acreedores posteriores a la hipoteca ejecutada (que cuentan con ciertas expectativas en caso de que se consume el rescate del bien puesto que pueden dirigir sus acciones frente al deudor a reintegrar en su patrimonio el bien trabado realmente), más aún cuando en el caso norteamericano la solución no es uniforme, encontrando Estados que entienden extinguidos dichos derechos por la concurrencia de una ejecución hipotecaria válida, y desvinculando de forma irreversible la hipoteca, y por tanto la expectativa de garantía, desde el momento en que se ejecutó un gravamen anterior, a otros que entienden que el rescate devuelve la normalidad jurídica a los gravámenes constituidos respecto del bien reintegrado y por tanto la supervivencia y exigibilidad de las garantías reales, o no, constituidas y no extintas.

Ese factor de interinidad y relativo desconcierto dominical que el “redemption right” despliega mientras es efectivo ha de ser compensado por coordenadas ciertas de tiempo⁴³ que se concede para su ejercicio y personas⁴⁴ que pueden llevarlo a cabo⁴⁵. El período en que se extiende la posibili-

⁴³ BIGLEY, T.W., “Property law -the equity of redemption: who decides when it ends?”, 21 *William Mitchell Law Review*, págs. 315-333, 1995. Así los periodos oscilan entre un mes y veinticuatro meses desde la fecha de la venta para ejercitar el derecho de rescate (ejemplos: Colorado 75 días desde el día de la venta —Colo. Rev. Stat. § 38-38-302 (1), excepto para agricultural real estate que es de seis meses—, Oregon, ciento ochenta días Or. Rev. Stat. § 23.560 (1), Utah —seis meses—, New Mexico —nueve meses—, N.M. Stat. Ann. § 39-5-19-). PRIAL, V., “Impact of the automatic stay on redemption periods”, 54 *Syracuse Law Review* 193, págs. 193-213, 2004.

⁴⁴ Unos estados sólo permiten que sea el deudor ejecutado, otros que pueden efectuarlo también los acreedores posteriores e incluso cualquiera que se haya constituido en parte en el procedimiento como es el caso del Estado de Michigan —Mich. Comp. Laws Ann. § 600.3140, *vid. case Titus v. Cavalier* 276 Mich. 117, 267 N.W 799 (1936)—.

⁴⁵ En el caso concreto del Estado de Kansas que tomaremos como modelo básico para la exposición de esta solución legal (regulado en el Kansas Statoute § 60-2414) establece el período de ejercicio del derecho de rescate en doce meses, pudiendo reducirse a seis si ha sido pagado al menos una tercera parte del crédito asegurado hipotecariamente antes de que se ejecutara judicialmente la garantía, por tanto restando de pagar dos tercios de la deuda original el período de ejercicio es de doce meses (Kan. Stat. Ann. § 60-2414 (a) y (m). Como se advierte en AMERICAN BAR ASSOCIATION *Foreclosure Law...*, *cit.*, pág. 184 “except for the mortgagor of a mortgage encubering agricultural lands or one-or-two family dwellings owned by or held in trust for natural persons, a mortgagor may agree in the mortgage to a redemption period shorter than twelve months or may wholly waive the period of redemption” —Kan.Stat. Ann. § 60-2414 (a)—.

dad de rescatar el bien no puede ser negociado por las partes⁴⁶ en cuanto a alargar, acortar o extinguirlo, pero si pueden los tribunales, si la propiedad está abandonada o no ocupada de buena fe acortar o extinguir el periodo de rescate que debería aplicarse⁴⁷. En todo caso, y con vistas a su importación en nuestro sistema jurídico, no es recomendable su vigencia por un período de tiempo incierto o en su defecto extenso, siendo recomendable, a nuestro juicio, que no sobrepase el plazo de un año desde la aprobación judicial del remate.

La otra gran cuestión es el señalamiento de las personas que disfrutan de esta posibilidad. De nuevo una propuesta relativamente estricta parece recomendable. Si tomamos como referencia el caso norteamericano la normativa es variada, y muy heterogénea en función de cada uno de los Estados que lo regulan, concediéndose en algunos casos sólo al deudor ejecutado, en otros a éste junto a sus familiares directos, y en los supuestos más flexibles incluso se permite la cesión del ejercicio de este derecho a terceros (situación denominada como *assigns to redeem*⁴⁸), e incluso en las posibilidades más am-

⁴⁶ Con la excepción vista en la nota anterior. Además, siguiendo el ejemplo del Estado de Kansas, en Kan. Stat. Ann. § 60-2414 (m) establece: "Owners reduced redemption period. In the event a default occurs in the conditions of the mortgage or instrument of the most senior lien foreclosed before 1/3 of the original indebtedness secured by the mortgage or lien has been paid, the court shall order a redemption period of three months. If, after proper showing, the court finds that the total outstanding amount of all mortgages or liens is less than 1/3 of the market value of the property, the court shall order a redemption period of 12 months. If the court finds after a hearing with not less than 21 days' notice to all parties, that the defendant owner has involuntarily lost such owner's primary three-month period of redemption, the court may extend the three-month period of redemption an additional three months. If the court orders a redemption period of six months or less, the right of the defendant owner or successors and assigns to redeem is exclusive for the first two months of the redemption period. This subsection shall not apply in the event redemption rights have been shortened, waived or terminated pursuant to subsection (a).

⁴⁷ Kan. Stat. Ann. 60-2414 (a). Si así lo hace debe especificar que pedido de rescate concede a los acreedores posteriores, sin que pueda exceder de tres meses, Kan. Stat. Ann. 60-2414 (b). "Right of redemption by defendant owner. Except as stated in subsection (m) and as otherwise provided by law, the defendant owner may redeem any real property sold under execution, special execution or order of sale, at any time within twelve months from the day of sale, for the amount paid by the current holder of the certificate of purchase, including expenses incurred by the holder of certificate of purchase in accordance with subsection (d), together with interest at the rate provided for in subsection (e) (1) of Kan.Stat. Ann. 16-204, and amendments thereto, costs and taxes to the date of redemption. The defendant owner in the meantime shall be entitled to the possession of the property. If the courts finds after hearing, either before or after sale, upon not less 21 days' notice to all parties, that the property has been abandoned, or is not occupied in good faith, the period of redemption for the defendant owner may be shortened or extinguished by the court..."

⁴⁸ Kan. Stat. Ann. § 60-2414 (h): "Transfer of the right of redemption. The rights of the defendant owner in relation to redemption may be assigned or transferred, and the assignee or transferee shall have the same right of redemption as the defendant owner. The assigned or transferred right of redemption shall not be subject to levy or sale on execution".

plias a favor de los acreedores posteriores si no se ha ejercitado previamente por las personas en cuyo favor se establece⁴⁹.

Otro elemento predeterminado es la cuantía que debe abonar la persona que ejercita el “redemption right”. En el caso de los Estados norteamericanos que lo contemplan el precio que se debe abonar para rescatar el bien, que temporalmente ha sido transferido al adjudicatario pero sólo mediante un certificado que da cuenta de su compra bajo la pendencia del ejercicio de este derecho pasado el cual se le dará plena propiedad puesto que entretanto el antiguo propietario sigue en posesión del bien, comprende la cantidad pagada por el adjudicatario en la venta judicial del bien, junto a los intereses que ese monto haya repercutido y los gastos que la adjudicación le haya causado en el período transcurrido, las costas e impuestos derivados desde el día de venta a la fecha de rescate. Esta opción no nos parece equitativa ni justa, y puede propiciar cierto lucro al deudor que puede verse beneficiado, a costa del acreedor, si el monto total de dicha cantidad es inferior a la cantidad adeudada por el préstamo hipotecario que garantizaba el bien, ejecutado y rescatado, y con ello obtener en definitiva la propiedad del bien por una cantidad inferior a la de la obligación que el mismo no ha satisfecho tal y como había pactado.

El modo⁵⁰ de llevar a cabo el rescate se hace efectuando el pago en la oficina del Secretario del tribunal ante la cual se despachó la ejecución, éste recibirá el pago, emitirá una carta de pago en que hará constancia del ingreso efectuado quedando liberado el bien, y por tanto rescatado para la propiedad del ejecutado —que temporalmente quedo en suspenso ante la venta judicial del mismo a través de una ejecución judicial seguida en virtud de la garantía hipotecaria que gravaba el bien—.

En el caso portugués se regula en el Código de Proceso Civil, y tras la profunda reforma a que se ha visto sometido en la materia de ejecución forzosa en 2003, una institución, denominada *remiçao*⁵¹ (artículos 912 a 915) que

⁴⁹ Si el hipotecante ejecutado ha renunciado expresamente a ejercitar el derecho de rescate los acreedores posteriores tienen un período de tres meses desde la fecha de venta del bien para llevar a cabo su redemption right. Kan. Stat. Ann. 60-2414 (b). Si un acreedor preferente comparece antes de terminar el período de rescate le está concedido por disposición legal —Kan. Stat. Ann. 60-2414 (b)— que pueda ejercitar el rescate del bien como si de otro acreedor se tratara.

⁵⁰ Kan. Stat. Ann. § 60-2414 (f): “Mode of redemption. The party redeeming shall pay the money into the office of the clerk of the district court for the use of the persons entitled to it. The clerk shall give a receipt for the money, stating the purpose for which it is paid. The clerk shall also enter the transaction on the appearance docket of the case, showing the amount paid...”.

⁵¹ Implica el acto de rescatar, y por tanto derivada etimológicamente del verbo “remir” que en portugués define la actividad que consiste en rescatar algo pagando un precio por dicha liberación, lo cual encaja totalmente en la institución a la que conceptúa.

concede al cónyuge y a los parientes en línea recta (ya sean ascendientes o descendientes) del ejecutado un especial derecho de preferencia para la adquisición del bien enajenado judicialmente en una ejecución forzosa. Instaurado como *dereito de remir* (art. 913 del Código Procesal Civil portugués) implica, etimológicamente, el rescate, la liberación del bien, pagando la deuda. Como novedad descollante respecto del caso norteamericano aparece a primera vista la exclusión del propio deudor ejecutado como sujeto susceptible de disfrutar de esta opción procesal. De nuevo una finalidad social, al menos aparentemente, late en el fondo del asunto, la protección del patrimonio familiar para evitar la salida de los bienes hipotecados y ejecutados. Se configura este “derecho de reintegración” (o devolución) para que lo pueda ejercitar el cónyuge, los ascendientes o descendientes, y por este preciso orden⁵² tal y como especifican los artículos 912 y 915 del Código de Proceso Civil portugués, para reintegrar todo o parte de los bienes adjudicados o vendidos y mediante el pago del precio por el que el bien haya sido adjudicado o vendido. Se configura como un derecho de preferencia cualificado que prevalece frente a otros derechos de preferencia establecidos legal o convencionalmente, y que circunscrito al proceso de ejecución forzosa debe ejercitarse en un plazo de tiempo concreto que varía en función del tipo de venta o ejecución que se haya efectuado respecto del bien cuya reintegración patrimonial se pretende y también de si ya se ha formalizado por escrito la transmisión.

En el caso que nos ocupa, la venta de bienes hipotecados esta únicamente es posible, según el artículo 875 mediante posturas en sobre cerrado (*venta en carta fechada*), en cuyo caso el período abarca bien hasta que se haya emitido el título de transmisión del bien o el transcurso del período de preferencia que se establece en quince días desde el depósito del precio por parte del adjudicatario del bien. En este segundo supuesto, cuyo el adjudicatario ha depositado ya la cantidad con la cual paga el bien, y se ejercita el *dereito de remir* da lugar a que quien lo ejercite debe acrecer en un 5% la cantidad a abonar (precio pagado por el bien) como indemnización para compensar al frustrado adquirente.

Desglosadas, siquiera de forma somera y sintética, ambas soluciones (*redemption right* y *remição*) nos conducen al mismo destino: el adjudicatario de un bien inmueble en el marco de una ejecución forzosa judicial ve frustrado su expectativa dominical por el ejercicio de un derecho, de configuración y naturaleza puramente procesal puesto que a consecuencia de

⁵² En caso de concurrir varios ascendientes o descendientes se concede preferencia a los del grado más próximo sobre los de grado más remoto, abriéndose entre los iguales una licitación particular para ceder la opción a aquel que ofrezca mayor precio.

actuaciones procesales surge y en el ámbito de un proceso se desenvuelve, que implica el retorno del bien al patrimonio familiar del que se desgajó con motivo de la exigencia y realización de la garantía real que lo sujetaba.

Es pacífico que no dejan de ser opciones legales muy interesantes, sobre todo por el trasfondo protector de la propiedad y el patrimonio familiar que conllevan, cuya adopción en el sistema procesal civil español no se presentaría llegado el caso traumática, siempre y cuando se regulasen con precisión milimétrica sus elementos, condiciones, requisitos y efectos. Así debería preverse un límite temporal para el ejercicio del derecho de rescate —nos parece suficiente un año, no negociable entre las partes pero sí modificable, en atención a ciertas circunstancias, por el órgano jurisdiccional. rescate del bien. En cuanto a la garantía de seguridad jurídica que debiera rodear el ejercicio del derecho de rescate, se anotaría en el Registro la adjudicación provisional y condicional a favor del rematante, que se convertiría en definitiva de no ejercitarse en el período establecido el derecho de rescate, otorgándole entretanto un certificado judicial, o registral, que avale sus derechos hasta que pasado el plazo de reversión del bien consolide su titularidad. Este mecanismo permitiría entretanto que se mantuviese en posesión del inmueble al antiguo propietario para evitar acarreo y desalojos inútiles y breves, tras este plazo, y adjudicado definitivamente el bien podría extenderse del oportuno auto judicial que de constancia del evento y correspondiente mandamiento al Registro para la normalización total y definitiva de la situación registral del bien inmueble.

En principio creemos que no debieran establecerse causas enumeradas, y cerradas, que permitan o concedan el ejercicio del derecho de rescate, sino que debe ser libre y a favor del deudor o sus familiares directos. El ejercicio de este derecho de rescate entendemos que debería hacerse por el valor de la deuda no atendida con el acreedor, y no por el valor de remate del bien, para evitar con ello un daño al acreedor y un lucro injusto al deudor como ya hemos explicado anteriormente, y que además debería establecerse una indemnización, perfectamente referenciada a un porcentaje del precio pagado en concepto de rescate del bien, cuyo destinatario sería el adjudicatario, provisional, del bien para compensar los posibles perjuicios que se le causen. En resumen el derecho de rescate operaría como una especie de opción del deudor, tras la adjudicación del bien mediante la correspondiente enajenación en un proceso de ejecución forzosa, que como cláusula suspensiva evita la transmisión directa e inmediata del bien al rematante hasta que no transcurra un plazo de tiempo determinado legalmente durante el cual abonando la cuantía por la que se despachó ejecución más las costas judiciales más una indemnización al adjudicatario podría evitar la pérdida dominical definitiva del bien.

En conclusión, si comparamos la situación procesal configurada en el artículo 693. 3 LEC con la propuesta de derecho de rescate del bien ejecutado que hemos sugerido, en la primera se comprueba que el bien cuya ejecución se ha instado no ha llegado a ser enajenado ni adjudicado a un tercero en ningún momento y que únicamente se ha procedido a una rehabilitación del préstamo hipotecario que había entrado en crisis por un incumplimiento del deudor, con lo cual el procedimiento termina anormalmente mediante un sobreseimiento. Por contra el segundo caso el préstamo garantizado hipotecariamente ha quedado extinguido por el ejercicio de la acción correspondiente que ha dado como consecuencia una enajenación y adjudicación judicial del bien que lo garantiza, además el procedimiento en este caso se ha desarrollado normalmente y hasta el final, pero el bien inmueble objeto de la ejecución forzosa es salvado y retenido en el patrimonio del deudor, *in extremis*, al recuperarlo efectuando el abono de la deuda, extemporánea y extrajudicialmente, antes del traspaso dominical de la propiedad merced a una solución condicional limitada en el tiempo y condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos.

B) Eurohipoteca: aspectos generales y procesales

La integración de España en la Unión Europea ha supuesto profundos cambios estructurales, económicos y sociales en nuestro país. El marco normativo no ha escapado de este fenómeno comunitario y progresivamente muchas de las instituciones jurídicas típicas de nuestro sistema legal van siendo alcanzadas por la pretensión europeísta de uniformidad. El anhelo comunitario de establecer una convergencia legislativa entre los sistemas legales de cada uno de sus Estados miembros y paralelamente de ofrecer sus propias instituciones para que con ello armonicen las soluciones jurídicas por igual a todos los ciudadanos de la Unión y favorecer, en definitiva, la libre circulación de personas y servicios que constituye uno de los pilares esenciales de la construcción del espacio europeo sin fronteras interiores.

A tal fin la Unión Europea ha desarrollado dos tipos de políticas, compatibles entre sí. Por una parte una política general de unificación, con objetivos generales y muy abiertos, que viene encarnada básicamente por el Tratado por el cual se establece una Constitución para Europa (2004), el cual a día de hoy se encuentra ciertamente navegando un mar de dudas y sin rumbo conocido, y cuya entrada en vigor para 2008 no es muy probable, al menos con la forma y contenido que fue aprobada. Por otro lado la Unión Europea ha ido desarrollando simultáneamente toda una serie de instrumentos específicos, concretos, vinculantes la mayoría de ellos, a través de los cuales va

generando una convergencia legal impostergable en aquellas materias (variadísimas desde el punto de vista legal, tanto material como procesal) que considera de mayor interés y de mayor enjundia para la consecución y refuerzo de lo que denomina el “espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”.

Pues bien, dentro de este segundo grupo de actividades normativas de la Unión Europea, y dentro del círculo de influencia correspondiente a las garantías reales crediticias nos encontramos con que la Unión ha elaborado un Libro Verde⁵³ sobre el crédito hipotecario en la Unión Europea en 2005, dentro del cual nos presenta una novedad que en conexión con el argumento del presente estudio puede, en el futuro, depararnos una nueva vía de revisión, y ampliación, del modelo de garantías reales sobre bienes inmuebles como es la propuesta de establecimiento de lo que denomina “eurohipoteca”⁵⁴.

El objetivo de la Comisión mediante la presentación del Libro Verde sobre el crédito hipotecario en la UE es la de consultar y contrastar si la regulación normativa comunitaria del mercado del crédito hipotecario de vivienda en la Unión es necesaria y conveniente, cara a un aumento de la competitividad y a la integración de los servicios financieros en general y de los servicios financieros al por menor en particular, dada la importancia y reper-

⁵³ Presentando por la Comisión el 19 de julio de 2005, Referencia: COM(2005) 327 final. Ha de hacerse constar que en la técnica comunitaria de preparación de normas legales es frecuente iniciar el procedimiento de elaboración de las mismas con lo que se denomina “libro Verde” que viene a ser un anteproyecto del futuro marco normativo que se somete a consideración de los distintos operadores implicados en la regulación del mismo para que con las consideraciones y aportaciones de estos se de forma posteriormente, aunque no obligatoriamente, a un Libro Blanco, en nuestro caso previsto para 2006, en el cual figurarían los resultados de la consulta, y con la evaluación de impacto completa proceder, en su caso, a la elaboración de la correspondiente Directiva o Reglamento.

Dictaminado por el Comité Económico y Social Europeo en el pleno de los días 14 y 15 de diciembre de 2005, puede ser consultada su posición en el documento de referencia 2006/C 65/21 publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 17 de marzo de 2006 (C 65).

⁵⁴ Es referencia inexcusable en este sentido el Grupo de Investigación configurado como tal, sobre cuya composición y trabajos pueden consultarse las referencias que nos indica el Anuario de Derecho Civil, Tomo LVII, Fascículo IV, 2004, págs. 1529 y siguientes, o bien la dirección electrónica <http://www.eurohypothec.com>

Además, en el caso de los miembros españoles integrados en dicho Grupo de Investigación son de consulta obligatoria los trabajos de Muñiz Espada, E., Bases para una propuesta de eurohipoteca, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; Nasarre Aznar, S., “La reforma del derecho registral inglés. Un modelo de Registro flexible para una Eurohipoteca”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 683, 2004, Núñez Iglesias, A., “El préstamo hipotecario transfronterizo: la eurohipoteca”, Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña, núm. 93, 2001, Sánchez Jordán, M.E., “La eurohipoteca”, Libro Homenaje al Prof. Luís Díez-Picazo, Tomo III, Thomson-Cívitas, Madrid, 2003, y Nasarre Aznar, S., “Looking for a model of Eurohypothec”, *Real Property Law and Procedure in the European Union* (coord. Christoph Schmid), Florence 2005, disponible electrónicamente en el website del European University Institute Florence (www.iue.it) y cuya versión electrónica he manejado.

cusión, de todo punto incuestionable, de los préstamos hipotecarios en la economía de la Unión y de sus Estados miembros. Para la Unión Europea un aumento de competitividad vendría a favorecer el desarrollo del crédito hipotecario y que este, al igual que en otros aspectos, pueda circular libremente dentro de la Unión, puesto que se constata que actualmente el recurso a la financiación hipotecaria se encuentra estrechamente vinculado a los establecimientos y servicios financieros del país en el cual se encuentra el bien inmueble que se hipoteca como garantía del crédito solicitado, persiguiendo por tanto la Unión hacer más atractiva la entrada y establecimiento de los operadores del mercado financiero hipotecario en otros países de la Unión distintos a aquel en el cual funcionan habitualmente, ello debe propiciarse, evidentemente, cuando exista el clima y entorno normativo que permitan una demanda y una oferta crediticia inmobiliaria sin trabas (legales o formales) y bajo una convergencia de precios, condiciones y tipología crediticia hipotecaria⁵⁵.

La Unión es sensible a las notables diferencias existentes entre los mercados hipotecarios e inmobiliarios de sus Estados miembros y de ahí su iniciativa, incipiente, de aproximación y convergencia, para limar en la medida de lo posible la singularidad de cada estado miembro en cuanto a la normativa, historia, tradición y factores culturales en la regulación del crédito y la garantía hipotecaria, afrontando el reto desde una perspectiva global, tanto económica, como social, como jurídica, pues en este último ámbito de nuestra incumbencia, la propia Unión percibe el riesgo asociado a los préstamos hipotecarios y su consecuencia judicial, en cuanto a la disparidad de procedimientos de ejecución, costes de los mismos, tiempo que conllevan, alcance y medios para hacer efectivo el valor de la garantía real en caso de impago, que se contemplan en todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión.

¿Porqué es importante esta posible unificación, y en que sentido, general, no técnico-jurídico, convendría una aproximación en materia de crédito hipotecario?, pues en principio, y según los vaticinios de la Comisión porque de salir adelante el anhelo comunitario en esta materia, pronostica como poten-

⁵⁵ Según indica el Libro Verde a finales de 2004 el valor de los préstamos hipotecarios de vivienda pendientes de reembolso representaba alrededor del 40% del PIB de la Unión Europea, y en el caso particular de algunos Estados miembros, como el nuestro, la deuda hipotecaria está en unos niveles históricamente elevados y en constante crecimiento en relación con el PIB o con la renta familiar disponible, pero se topa, desde una perspectiva comunitaria general de aproximación, con el obstáculo de la gran diversificación entre los mercados de crédito hipotecario en la UE. Además ha de tenerse en cuenta que tanto en la Unión, como en el estrato interno español, la compra de vivienda representa para el ciudadano una de las inversiones patrimoniales más importantes y decisivas, y que la gran mayoría de la ciudadanía ha de acudir al préstamo hipotecario como mecanismo para el acceso a la misma.

ciales beneficios: la bajada del coste general de los préstamos hipotecarios o de vivienda, una mayor y más completa oferta de productos financieros auxiliares asociados al crédito hipotecario (por ejemplo en la rama de los seguros), una mayor cobertura y servicio a los prestatarios, incluidos algunos que en la actualidad puedan quedar marginados en muchos mercados del crédito hipotecario (indica a título de ejemplo los prestatarios no preferentes en razón de su baja solvencia, o los extranjeros). En definitiva no es más que otra de las armas comunitarias para eliminar los problemas transfronterizos (en este caso conjuntamente de circulación de capitales y de repercusión jurídica de las relaciones económicas) que en cierto modo, y en muchas ocasiones, inmovilizan el imparable avance de la unificación comunitaria.

En la estructura del Libro Verde sobre el crédito hipotecario la Comisión de la Unión Europea aborda cuatro grandes áreas, interrelacionadas: protección de los consumidores, financiación, asuntos legales y garantía real, por coherencia con nuestra finalidad y el contenido del trabajo vamos a centrar seguidamente nuestras reflexiones en aquellos apartados de cada una de estas áreas que tienen una influencia directa sobre la ejecución judicial de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles, en el actual modelo español, y en una relativa predicción revisionista de futuro del mismo.

Dentro de la vertiente estrictamente jurídica, y tomando como antecedente el Convenio de Roma de 1980 que regula la legislación aplicable a los contratos relacionados con los créditos hipotecarios, y cuya remodelación parece inminente para generar un Reglamento comunitario (en la línea de unificación del derecho civil contractual y de obligaciones que se está efectuando en el seno de la Unión Europea), en el caso de las garantías reales, como la hipotecaria, se mantendría el tradicional principio de *lex rei sitae*, y por tanto la referencia normativa inexcusable que regularía la cuestión (en su vertiente tanto material como procesal) sería la del país en que está situada la propiedad sobre la cual se constituye la hipoteca. Esto conlleva, en su deriva procesal, que la ejecución forzosa de la garantía hipotecaria se llevaría a cabo según los mecanismos de venta, enajenación, forzosa de dicho país, y por ello, y cara a una eventual regulación comunitaria, y única, de futuro, el buscar la convergencia de todos y cada uno de los complejos sistemas nacionales (con procedimientos distintos y tradiciones judiciales dispares) en un modelo común, o al menos muy semejante entre sí, lo cual en las circunstancias actuales se nos antoja hartamente complicado y dilatado en el tiempo. Si entendemos que la ejecución coactiva de la garantía hipotecaria, e igualmente predicable para una ocasional eurohipoteca, debe mantener su virtualidad forzosa en el marco judicial, y no admitimos en este punto la posibilidad de que el impago hipotecario pueda ser ventilado mediante

medios alternativos, y extrajudiciales de solución de conflictos como puedan ser la mediación⁵⁶ (tal y como parece colegirse de la recomendación trigésima del Libro Verde), salvedad hecha de soluciones, claramente ya sin residuos judiciales o “parajudiciales”, como es el pacto previo para la venta del bien ante Notario (caso español) en caso de impago.

Este elemento se revela como una de las máximas preocupaciones jurídico-legislativas de las que es consciente la propia Comisión para la articulación de la “eurohipoteca” por cuanto la disparidad de fórmulas de ejecución forzosa de la garantía hipotecaria entre los distintos estados miembros, entiende que “pueda dificultar la actividad transfronteriza y quizá pueda suponer un aumento del precio de los créditos hipotecarios. O algo más básico, que esta variedad pueda tener un efecto directo en las estructuras de financiación, en especial inhibiendo la mancomunación transfronteriza de las garantías reales hipotecarias. De este modo la Comisión plantea, en consonancia con la trascendencia y significado de lo que es un Libro Verde comunitario, la dificultad *a priori* de lograr mejoras significativas en los aspectos relativos a los procedimientos de ventas forzosas (en materia de crédito hipotecario) mediante normas obligatorias de la propia Unión, y señala como pieza de evolución un postrero planteamiento gradual a través del cual fomentar mejoras en los procedimientos de ejecución forzosa, tomando para ello como directriz la información sobre el coste y duración de los mismos en todos los Estados miembros y su eficacia en la protección de los intereses de todos los implicados, para establecer una serie de “marcadores” (actualizables) que sirvan de guía y referencia respecto a la eficacia de los procedimientos en la materia en cada Estado miembro y en caso de no cumplirse considerar posibilidades y medidas más rotundas.

A nuestro parecer dos son las cuestiones que requieren ser precisadas. Una es la propia soberanía de cada una de las jurisdicciones de los Estados miembros, dentro de las cuales, y la materia de la ejecución forzosa de la garantía hipotecaria (y por extensión de los procedimientos de enajenación judicial de bienes) no es una excepción, son las tradiciones e instrumentos jurídicos propios los que marcan la aplicación, lógicamente desigual, del crédito, la hipoteca, la propiedad y en definitiva de la exigibilidad coactiva de esta garantía real. En este ámbito y situación la actividad de la Unión Europea es estéril de todo punto. Ahora bien hay una segunda cuestión donde sí realmente la Unión puede hacer efectivos sus proyectos y deseos de aproxi-

⁵⁶ *Vid.*, MARTÍN DIZ, F., “Alternativas extrajudiciales a la solución de conflictos en materia civil y mercantil: perspectivas comunitarias”, *Revista Jurídica La Ley*, diario núm. 6480, 2006, págs. 1-12.

mación y convergencia, y que a su vez entendemos se desdoblaría en una faceta dual:

a) Regulando un instrumento de crédito hipotecario propio, esto es desde su propia función normativa, y en ese sentido y contexto se enmarcaría la “eurohipoteca”. El propio Libro Verde, justificando que la idea no es nueva, la considera como un instrumento a escala comunitaria para garantizar los préstamos sobre la propiedad, es decir para la garantía real hipotecaria, que podría utilizarse de manera flexible, debilitando el vínculo (la accesibilidad) entre la garantía real hipotecaria y el crédito hipotecario, facilitando con ello la creación y transferencia de hipotecas.

b) Aproximando en la medida de lo posible los regímenes de derecho material y procesal relacionados con la garantía hipotecaria y el crédito, llevando a una cierta “uniformización” de la figura del crédito hipotecario que cada Estado miembro regule internamente, y en idéntico sentido y alcance respecto de los procedimientos judiciales que coactivamente permitan hacer efectiva la garantía hipotecaria mediante la realización forzosa del bien sujeto a la misma.

En cuanto a esta vertiente procesal de la “uniformización” del crédito hipotecario en la Unión Europea deberían ventilarse no sólo cuestiones puramente estructurales, como son las que apunta el Libro Verde, del tipo del coste o el tiempo que se precisan para la ejecución forzosa de una hipoteca en cada uno de los Estados de la Unión sino que habría que solventar disparidades mayores como los tipos de procedimientos que se admitirían (judiciales, extrajudiciales, ambos, o sólo alguno de ellos con exclusión del otro); quienes podrían intervenir como partes en la ejecución, los órganos jurisdiccionales ante los cuales se ventilaría la cuestión en el caso judicial, y los órganos o personas habilitados para las ventas forzosas de bienes hipotecados en el caso extrajudicial, los valores y cuantías mínimas de enajenación del bien, las formas admitidas —en sede judicial— de realización del bien, la posibilidad o no de ejercitar derecho de rescate del bien una vez enajenado, las repercusiones registrales de la ejecución de la garantía hipotecaria, y otras muchas más que resultarían demasiado prolijas de detallar, sin que ello obste a que llamemos la atención, a título de ejemplo, sobre algunas, que no todas, de las más significativas cuestiones en liza y donde las diferencias de unos a otros Estados son muy trascendentales.

Retomando la primera de las vertientes, aquella en la cual la Unión Europea apostaría por un instrumento propio y exclusivo para ofrecer a escala comunitaria una garantía real que como indica MUÑIZ ESPADA⁵⁷ permita gra-

⁵⁷ Cfr., *Bases para una propuesta de eurohipoteca*, cit., pág. 122.

var un inmueble situado en un Estado miembro de la Unión Europea para garantizar un préstamo concedido por una entidad financiera situada en otro Estado miembro y con la característica principal de que se propone como garantía inmobiliaria independiente de la existencia de un crédito personal concreto, desvinculada causalmente de la obligación que garantiza en cada caso. Ello facilitaría, en palabras de la autora, un derecho real de garantía dotado de mayor negociabilidad y muy adecuada a buena parte de los negocios jurídicos del tráfico actual, especialmente transfronterizo. En esta circunstancia se encontraría la mayor ventaja de la hipoteca, su flexibilidad, independencia del crédito, transferibilidad y con ello dimensión transfronteriza, respecto de la hipoteca interna tradicional respecto de la cual sería, llegado el caso, perfectamente compatible y podría coexistir simultáneamente con ella respecto de un mismo bien.

La eurohipoteca vendría caracterizada, según NASARRE AZNAR⁵⁸, por:

- a) Ser un derecho real para garantizar una o más obligaciones crediticias.
- b) No reemplazaría ni sustituiría a la hipoteca regulada internamente en cada Estado miembro, por tanto no sería un elemento intrusivo.
- c) Independencia respecto de la obligación o el crédito que garantiza, que incluso le permitiría preexistir a dicha obligación o crédito, cederse entre instituciones financieras de unas a otras, como el caso de préstamos sindicados en que se opta por diversificar riesgos.
- d) Puede englobar más de un crédito u obligación siempre y cuando tanto el acreedor como el deudor sean el mismo y estén de acuerdo, y por tanto si necesidad de crear nuevas hipotecas adicionales.
- e) Puede ser utilizada tanto para garantizar hipotecas constituidas entre acreedor y deudor de un mismo Estado miembro como en el caso de que exista respecto a alguno de ellos, o a ambos, un elemento transfronterizo.
- f) La eurohipoteca únicamente se destinaría a garantizar el capital prestado, en si misma no devenga intereses, sino que los generan, en su caso, el préstamo al que garantiza pero la eurohipoteca por si misma no da lugar a su rendimiento.
- g) Su coste debería ser igual exactamente al de constituir una hipoteca doméstica (nacional) en relación a los gastos fiscales, honorarios, comisiones, etc...

⁵⁸ *Cfr.*, “Looking for a model of Eurohypothec”, *cit.*

h) Debería reunir tres elementos de identidad propia esenciales: seguridad, flexibilidad y carácter transnacional (pan-europeo).

i) Es absolutamente compatible con la responsabilidad personal del deudor respecto de la cantidad garantizada con la eurohipoteca, y por tanto respecto a una posible repetición frente a su patrimonio personal además del bien gravado por este derecho real de garantía.

j) Sería inscribible en el Registro de la propiedad, con un rango fijo respecto a otros derechos de garantía sobre bienes inmuebles y en relación a cualquier otro tipo de cargas. En buena lógica dicho rango vendría dado por el tradicional principio de prioridad temporal en la inscripción.

k) Es ejecutable forzosamente por sí misma, como título de ejecución suficiente y con ello sin necesidad de prueba alguna sobre la existencia de la obligación o la deuda y en consecuencia realizable, en caso de incumplimiento por impago, a través del correspondiente procedimiento de ejecución judicial o extrajudicial (mediante venta privada).

l) Una vez ejecutada forzosamente, al igual que en el nivel interno, los derechos con rango preferente subsistirían y el adjudicatario se subrogaría en su responsabilidad, mientras que los de rango posterior quedarían extinguidos.

De este modo, y en el plano puramente material del porvenir de la eurohipoteca, como resalta NASARRE AZNAR, y partiendo de la independencia de la garantía respecto de la obligación garantizada, con una sola hipoteca independiente sobre un bien inmueble sería posible garantizar durante un largo período de tiempo créditos sucesivos que el autor pueda haber contratado con un mismo acreedor, con la constitución de ese único derecho real de garantía se podría abarcar en el tiempo un número de créditos suficiente hasta la cuantía de la hipoteca, siempre y cuando acreedor crediticio y acreedor hipotecario sean el mismo. En el camino por recorrer hasta su configuración han de salvarse numerosos interrogantes que nos plantea MUÑIZ ESPADA⁵⁹ como son: ¿quién podría constituirla y cómo se constituiría?, sus costes, rango, transmisión, extinción, realización o sus formalidades básicas, la intervención del Notario, el Registrador y su constancia registral⁶⁰.

⁵⁹ *Op. cit.*, págs. 126 y 127.

⁶⁰ En este sentido hay que recordar la existencia del Proyecto EULIS (European Land Information Service), financiado por la Comisión Europea, a través del cual se pretende reforzar la cooperación entre propietarios y supervisores de los registros y facilitar el acceso transfronterizo a los mismos. Puede obtenerse más información en las direcciones electrónicas www.eulis.org y www.eulis.net

A ello añadimos nosotros algunos problemas procesales que pueden llegar a plantearse, como:

a) Si sería ejecutable en un país distinto del que radica el bien hipotecado en caso de estar constituida sobre un inmueble (y por tanto contraviniendo un tradicional principio en la materia y de reserva jurisdiccional absoluto por los Estados, que establecen como fuero absolutamente restrictivo y exclusivo el conocimiento de todas las cuestiones sobre los inmuebles ubicados en su territorio a favor de sus órganos jurisdiccionales).

b) Si podría llegar a encajar, a efectos de título de ejecución, en la figura del Título ejecutivo europeo —ya en funcionamiento y regulado a nivel comunitario mediante el Reglamento 805/2004— y con ello lograr su ejecución en un Estado miembro distinto de aquél en que radica el bien inmueble gravado por la eurohipoteca.

c) Si no afectaría disfuncionalmente a la hora de optar por la eurohipoteca las divergencias de sistemas judiciales de realización forzosa existentes en cada Estado miembro (de no estar unificados o al menos con una cierta convergencia en los aspectos que anteriormente señalamos) y centralizar su viabilidad hacia aquellos Estados miembros con procedimientos de ejecución forzosa más rápidos y sencillos, y por ello si no debiera ir vinculada obligatoriamente a una determinada forma y procedimiento de ejecución forzosa judicial (o incluso extrajudicial) predeterminada y regulada en el propio instrumento normativo que acoja la eurohipoteca y que se aplicaría de manera uniforme en todos los Estados miembros, evitando desigualdades o utilizations fraudulentas de este instrumento.

d) Si el deudor ejecutado podría oponerse a su ejecución, en un trámite específico al efecto, o se trataría de un proceso de ejecución sumario y de cognición limitada al no ser necesaria la prueba de las cuestiones nucleares de la relación crediticia que soporta la eurohipoteca (existencia de la obligación, cuantía de la deuda). Si optásemos, como parece evidente, por un principio de asimilación, en cuanto a su ejecución forzosa, con la hipoteca nacional, en el caso español esto no sería posible si no encajase en las específicas opciones defensivas del artículo 695 LEC, pero nos llevaría a una desigualdad de trato respecto a aquellos otros países comunitarios que sí contemplan que el deudor oponga, en sede de ejecución forzosa judicial, las excepciones y medios de defensa que surjan de la obligación garantizada.

Por lo anteriormente expuesto no parece recomendable, ni proporcionado con los datos obrantes, sugerir la supresión de los sistemas de ejecución judicial de garantías hipotecarias inmobiliarias de cada Estado miembro en aras

a uno común, en consonancia con la eurohipoteca o con carácter general dentro del panorama de aproximación legislativa de la Unión Europea, en vista de que según las estadísticas disponibles sólo el 1% del crédito hipotecario del total europeo es de carácter transfronterizo, y las proyecciones más optimistas calculan que en el futuro no supere el 5%.

Parafraseando a MUÑIZ ESPADA, sobre todo y por encima de todas las cuestiones anteriormente apuntadas, ¿qué modificaciones, también de carácter procesal, serían necesarias hacer en cada uno de los derechos nacionales para adoptar la eurohipoteca? Aquí radica, en la dificultad para determinarlas, y en que una vez localizadas y analizadas las soluciones ofrecidas sean factibles, viables y aceptadas por los Estados, en gran medida el futuro de esta propuesta y con ello de una evolución del modelo de garantía real hipotecaria que de forma muy sólida disponemos desde hace siglos.

IV. EPÍLOGO

El modelo de ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles no es, como no lo debe de ser ningún instrumento jurídico, un arquetipo estático, sino que debe estar abierto y preparado para evolucionar y perfeccionarse. En el presente trabajo hemos pretendido apuntar algunas posibles vías de “ruptura”, como puedan ser la introducción de un derecho de rescate del bien ejecutado y la posibilidad de compartir espacio jurídico con una nueva modalidad de derecho de garantía real en el marco del crédito hipotecario, proveniente de la Unión Europea, en forma de “eurohipoteca” hacia la cual, los acontecimientos, tarde o temprano, pudieran conducirnos si previamente las instituciones implicadas salvan los escollos que su instauración y asimilación interna en los Estados miembros presenta.

**LA IMPLANTACIÓN DEL REGISTRO
INGLÉS: ENSEÑANZAS DE UNA LENTA
CONQUISTA**

Nicolás Nogueroles Peiró
Registrador de la Propiedad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES.—III. EL PRIMER INFORME SOBRE LA LEY DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA (1829) DE LA REAL PROPERTY COMMISSION: a) El informe; b) El apéndice del informe; c) La comunicación de John Tyrrell; d) principios y organización propuestos por John Tyrrell: d.1. Principios; d.2. Organización.—IV. EL SEGUNDO INFORME DE LA REAL PROPERTY COMMISSION DE 1830 SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UN REGISTRO DE LA PROPIEDAD: A) El informe: 1. El Registro como solución a los problemas del modelo vigente; 2. Revisión de las tradicionales objeciones a la implantación del Registro; 3. La regulación y organización del Registro. B) El apéndice.—V. EL FRACASO DE LOS PROYECTOS POSTERIORES AL SEGUNDO INFORME DE 1830 Y EL INFORME DEL “SELECT COMMITTEE” DE 1832 SOBRE EL REGISTRO.—VI. EL PRIMER INFORME DE LA “REGISTRATION AND CONVEYANCING COMMISSION” DE 1850: a) El establecimiento del Registro; b) Efectos del Registro; c) Los diferentes sistemas registrales; d) La opinión disidente de algunos miembros de la Comisión; e) La propuesta de Robert Wilson.—VII. INFORME DE LA “REGISTRATION OF TITLE COMMISSION” DE 1857: A) Introducción; B) La “Registration of Deeds” o “Registration of Assurances”: a) Las ventajas de la Registration of Deeds; b) Insuficiencias de la Registration of Deeds; c) La experiencia de los Registros de York y Middlesex. C) La “Registration of Title”: a) Las diferentes propuestas organizativas; b) La propuesta de la Comisión.—VIII. LA LAND TRANSFER ACT DE 1862 Y EL INFORME DE LA ROYAL COMMISSION DE 1870 SOBRE SU FUNCIONAMIENTO: a) La Ley de 1862; b) El Informe de la Royal Commission de 1870, sobre el funcionamiento de la Land Transfer Act de 1862: b.1. Causas del fracaso; b.2. propuestas para mejorar la ley.—IX. LA LAND TRANSFER ACT DE 1875 Y EL INFORME DEL “SELECT COMMITTEE ON LAND TITLES AND TRANSFER” DE 1879.—X. LA LAND TRANSFER ACT DE 1897: EL REGISTRO OBLIGATORIO.—XI. LA EXTENSIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DE REGISTRO Y LA LAND REGISTRATION ACT DE 1925: a) El Informe de la “Royal Commission on Land Transfer Acts” de 1911; b) El Informe de “Acquisition and Valuation of Land Committee on Transfer of Land in England and Wales de 1919.—XII. REFLEXIONES EN TORNO A LA INSTITUCIÓN REGISTRAL A PARTIR DE LA EXPERIENCIA INGLESA: 1. Flexibilidad; 2. Oposición al establecimiento del Registro; 3. Interven-

ción Pública; 4. El Registro confiere el Título (Title by Registration); 5. Similitudes con el establecimiento del Registro en España.

I. INTRODUCCIÓN

Es un lugar común, aunque por ello no menos cierto, que el establecimiento de los Registros de la Propiedad está ligado al desarrollo del mercado hipotecario. Tanto la doctrina¹ cuanto las exposiciones de motivos de los textos legales² así como las declaraciones internacionales³ insisten en señalar que uno de los efectos de la institución registral es fomentar el crédito hipotecario. También es otro tópico señalar que: el llamado Registro de Derechos (Title Register —en la terminología anglosajona—) frente al Registro de Documentos (Deed Register —en la terminología anglosajona—) ofrece mayor seguridad para la propiedad y también para las garantías constituidas sobre la misma. Esta mayor seguridad redundará en unos menores costes de transacción e, incluso, en unos tipos de interés más reducidos. Y la doctrina, en particular en los países en los que conviven ambos modelos, insiste en la superioridad del Registro de Derechos⁴.

En los últimos años han visto la luz una serie de estudios sobre la integración de los mercados hipotecarios europeos⁵ que, desde una perspectiva

¹ Vid por todos en España SANZ FERNANDEZ, A. "Instituciones de Derecho Hipotecario", Tomo I, Madrid 1947, pág 35; en Italia LUZZATI, I. "Della Trascrizione", Vol. I, 4 ed, Turín 1905 pág. XXVII; en Francia BESSON, E. "Les Livres Foncieres et la Reforme Hypothécaire" Paris 1891 pág 3.

² En Inglaterra los primeros registros de documentos fueron establecidos para facilitar la concesión de créditos con garantía hipotecaria. La exposición de motivos de la ley de 1703 que estableció el Registro de West Riding de Yorkshire dice: "the principal place in the north for the cloth manufacture and most of the traders therein are freeholders, and have frequent occasions to borrow money upon their estates for managing their said trade, but for want of a register find it difficult to give security to the satisfaction of the money lenders".

³ COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA DE LAS NACIONES UNIDAS "Land Administration in the UNECE Region (Developing Trends and main Principles)" 2005 pág 22, y en "Social and Economic Benefits of Good Land Administration" 2005 págs 6 y 10. www.unece.org

⁴ COVIELLO, N. "Della Trascrizione" Vol. I, 2 edición, Napoles-Turín 1924 pág 123 "El sistema de transcripción es el que menos responde al ideal de la publicidad, es el más imperfecto y por todos se considera urgente la necesidad de reformarlo. LUZZATI, I. "Della Trascrizione" Vol. I, 4 edición, Turín 1905 pág "el crédito hipotecario está mejor establecido con el sistema tabular que con el sistema de transcripción". En un estudio publicado en Francia en el siglo XIX se propone como modelo para garantizar la propiedad y fomentar el crédito hipotecario la legislación austríaca. "Considerations économiques et financiers sur les ressources de l'Empire d'Autriche", Paris 1863, pág 14 y ss. Desde la perspectiva del análisis económico también se considera más eficiente el Registro de Derechos, MICELI, TH.J. "The Economic Approach to Law" Stanford 2004, pág 187.

⁵ OLIVER WYMAN "Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets", octubre 2003, este estudio fue elaborado para la European Mortgage Federation www.hypo.org.

económica, han permitido constatar las afirmaciones que los juristas llevaban haciendo durante más de un siglo. En cierta manera se ha podido medir, con todas las limitaciones que conlleva esta afirmación, los efectos que el Registro tiene sobre el mercado hipotecario siendo los aspectos más relevantes: a) el coste de formalización de las hipotecas ⁶; b) el tiempo de formalización del registro de las hipotecas ⁷; c) el tiempo medio de ejecución de las hipotecas ⁸; d) el tipo de interés de los préstamos con garantía hipotecaria ⁹.

Si del análisis de todas estas variables resulta la superioridad del modelo registral de derechos de origen germánico, también seguido por los países anglosajones, la pregunta es obvia ¿por qué no ha triunfado legislativamente en todos los países de la Unión Europea el llamado Registro de Derechos si existe acuerdo doctrinal y una evidencia empírica? Para intentar responder a esta pregunta en los epígrafes siguientes analizaremos la historia de la implantación del Registro en Inglaterra y Gales. El caso inglés es particularmente interesante porque, por un lado, sirve para mostrar que en los países del common law también hay registros, no son una peculiaridad latino-germánica, y, por otro lado, los avatares que durante más de un siglo tuvo que sufrir el registro inglés, los diferentes fracasos y resistencias, para poder llegar a lo que es en la actualidad no difieren mucho de lo que aconteció en el continente. Una historia rica en matices, en ensayos y errores.

LONDON ECONOMICS “The costs and benefits of the integration of EU Mortgages Markets” agosto 2005, informe elaborado para la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea. AFI “Función económica del Registro de la Propiedad Inmobiliario” diciembre 2005, trabajo elaborado para el Colegio de Registradores de la Propiedad Bienes Muebles y Mercantiles de España.

⁶ El coste operativo sobre el saldo vivo del crédito hipotecario en los países con registro de derechos (Alemania 0,43, Reino Unido 0,40 y España 0,38) es inferior a los países con registro de documentos (Francia 0,72 e Italia 0,68). OLIVER WYMAN “*Study on the Financial Integration of European Mortgage Market*” octubre 2003, pág 44

⁷ El tiempo de registro de las hipotecas contado en meses es superior en los registros de documentos (Italia 1,2 y Francia 1) que en los registros de derechos (Reino Unido 0,75, Alemania 0,35 y España 0,20) OLIVER WYMAN op cit pág 46

⁸ El tiempo medio de ejecución de las garantías hipotecarias es superior en los países con registro de documentos (Italia llega a los 5 años) que en los países con registro de derechos (Reino Unido y Alemania 12 meses y España 9 meses) OLIVER WYMAN op.cit pág 46. Aunque esta variable está estrechamente ligada con el funcionamiento de los Tribunales de Justicia y, en particular, con la existencia de un procedimiento de ejecución especial.

⁹ La creación de la Unión Monetaria Europea en vigor desde 1999 ha permitido la existencia de un mismo mecanismo para la fijación de los tipos de interés. Los tipos de interés, como es bien sabido, dependen de factores como la inflación o la competencia de los mercados. Tomando el diferencial existente entre los tipos de interés hipotecarios y los tipos interbancarios se observa unos menores diferenciales para los países con registros de derechos (España 1,3 y Alemania 1,9) frente a los países con registros de documentos (Italia 2,1 y Francia 2,5). Para un análisis más pormenorizado puede verse MENDEZ GONZALEZ, F. “Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 700, pág 602.

II. ANTECEDENTES

El establecimiento de un Registro de la Propiedad, frente a lo que pudiera parecer, no es ajeno a la tradición jurídica inglesa ni es un cuerpo extraño dentro del “common law”. El antecedente de las leyes de Registro inglesas se suele situar en el Statute of Enrolments de 1535¹⁰, que consistía en la inclusión o registro de los documentos escritos duplicados cortados y sellados en una oficina pública, en este caso los Tribunales Reales (Kings Courtes) y con el que se trató de poner fin a la contratación secreta, carente de toda publicidad¹¹, en la que se transfería simplemente por medio de un documento (deed). A través del “lease” y “release”¹², con dos escrituras, se evitó cumplir con el Statute of Enrolments y el secreto en la contratación quedó reforzado ayuno de cualquier publicidad. Las primeras leyes de Registro no se aprobaron hasta el s. XVIII, pese a los múltiples intentos anteriores a esa época. Eran leyes de ámbito local (Yorkshire y Middlesex), establecidas a petición de los Jueces del Condado dados los perniciosos efectos de la contratación privada¹³. Pero la interferencia de la “equity” llevaba a dar preferencia a los títulos no registrados sobre los registrados y con ello se impedía que el Registro ofreciese la seguridad deseada. Desde 1535, época del “Statute of Enrolments” de Enrique VIII, hasta 1832, momento en el que comienza la discusión del nuevo modelo de “registration of title” (Registro de Derechos) frente al hasta entonces paradigma de la “registration of deeds” (Registro de Documentos), se suceden veintiséis leyes o proyectos de ley ante el Parlamento inglés relacionados con el registro de la propiedad inmobiliaria¹⁴. Esto último representa una media de una ley o proyecto relativo al

¹⁰ STEWART STEWART-WALLACE, J. “*Principles of Land Registration*” Londres 1937, pág 24.

¹¹ El principio de que la contratación tenía que ser publicada fue superado por medio del “use” (derecho de disfrute) que no necesitaba ninguna formalidad o publicidad. ROWTON SIMPSON, S. “*Land Law and Registration*” Book 1, Cambridge, pág 37.

¹² Puede verse con más detalle el proceso en ROWTON SIMPSON, S. op.cit, pág 38.

¹³ “The lands were secretly conveyed by ill-disposed persons, and that several who had purchased lands, or lent money thereon, had been undone by prior and secret conveyances and incumbrances” recogido en Real Property Commissioners “First Report 1829” appendix (suggestions), pág 525. También es de gran interés la exposición de motivos de la ley del Registro de Middlesex, recogida en la misma pág 525, en la que se describen los problemas surgidos como consecuencia de la contratación secreta y las cargas ocultas. La ley para impedir el fraude mediante hipotecas secretas (Act 4th William 3d, c.16.), que pretendía privar al deudor hipotecario que ocultaba (not giving notice) la existencia de hipotecas o gravámenes por juicio del derecho a cancelar (equity of redemption), resultó inútil al haber sido aprobada en la misma sesión parlamentaria otra norma que hacía inútil sus previsiones (puede verse en la misma página 525).

¹⁴ Entre las leyes destacan: la ley de 1663 que estableció un “register of deeds” en Bedford Level, las leyes de 1703, 1707 y 1735 que establecieron los Registros de West, East y North Riding en Yorkshire respectivamente y la ley de 1708 que estableció el Registro de Middlesex. Estos

Registro cada doce años y así durante tres siglos¹⁵. Pocas materias han recibido tanta atención como el Registro.

El sistema de contratación inmobiliaria (conveyance), vigente en Inglaterra al comienzo del siglo XIX, era considerado excesivamente “caro, lento e inseguro”, y además las escrituras (deeds) eran difíciles de leer, imposibles de entender y hasta desagradables al tacto¹⁶. Era necesaria asimismo la investigación de los títulos, que resultaba lenta, costosa y complicada (requería especiales conocimientos jurídicos) porque los títulos eran sólo la historia escrita de la posesión, y un mínimo de prudencia exigía que cada comprador los examinase¹⁷. El título para poder ser “marketable” debía haber permanecido indiscutido (clear) durante sesenta años¹⁸ y aun así, no era seguro.

La implantación de un sistema de contratación inmobiliaria¹⁹ de tipo registral (Registered Conveyancing), sencillo, barato y seguro, encontraba su

registros de documentos (deed registers) han estado funcionando en Riding y Middlessex hasta 1974. Una experiencia de más de 200 años, considerada por algunos como un completo fracaso, y que será tenida en cuenta durante el siglo XIX por todas las comisiones que estudien la propiedad inmobiliaria y la creación de títulos seguros. La pretensión de implantar un Registro de Documentos en toda Inglaterra y Gales no fue definitivamente abandonada hasta 1911, según apunta HOWELL, J “Deeds Registration in England: a complete failure?” *Cambridge Law Journal* 58(2), July 1999, página. 366. Los solicitors, en un último intento de impedir la implantación del “Register of Titles”, propugarán la implantación del “Register of Deeds”.

¹⁵ STEWART STEWART-WALLACE, J “*Introduction to the Principles of Land Registration*” Londres 1937, página 25

¹⁶ “difficut to read, imposible to understand and disgusting to touch” OFFER, A. “*Property and Politics 1870-1914*” Cambridge 1981, pág 23. Indica POLLOCK, F. “*Land Laws*” Londres 1896, pág 165, que las escrituras no sólo eran caras por su extensión (length), teniendo en cuenta del sistema de retribución de los solicitors, sino que desde finales del siglo XVI el medio normal de contratación sobre un freehold (dominio) era mediante un “lease and release” lo que en la práctica suponía dos escrituras y más gastos. Las tarifas de los “solicitors y attorneys” fueron consideradas desde el siglo XVIII excesivamente altas y continuarán siéndolo durante los doscientos años siguientes. ABEL-SMITH, B. y STEVENS, R “*Lawyers and the Courts*”, Harvard 1967, página 19.

¹⁷ POLLOCK, F. “*Land Laws*”, Londres 1896 pág 171.

¹⁸ WILLIAMS, J. “*Principles of the Law of Real Property*” Londres 1896, pág 554. Los sesenta años no convierten al título en inatacable, existe posibilidad de recuperar la propiedad inmobiliaria pasados sesenta años, Apunta Williams que el plazo de sesenta años, entre otras razones, puede relacionarse con lo que se consideraba duración habitual de la vida humana.

¹⁹ El término “conveyancing” es el proceso por el cual se transmite un título de propiedad. Sin embargo, con el tiempo se ha identificado el documento por el que se efectúa la transmisión con conveyance. La conveyance aparece estrechamente relacionada con el contrato. ABBEY, R. y RICHARDS, M. “*Conveyancing*”, Londres 2000, pág 2 dicen “Conveyancing is the process by which legal title of property is transferred” y en relación con el contrato añaden “When you consider that conveyancing is about the transfer of title and these transfers are in the main made by contract,..... Each conveyance on sale will involve preparing a written contract”. Hemos preferido traducirlo por “contratación inmobiliaria”, siguiendo a BAZ IZQUIERDO, F. “*Derecho Inmobiliario e Hipotecario Inglés*” Madrid 1980, pág 110, aunque podría también utilizarse la expresión “formalización de la transmisión inmobiliaria”.

principal oposición en la clase jurídica, solicitors y barristers, que de este modo dejarían de percibir sus emolumentos²⁰. Estos juristas habían logrado imponer un régimen de monopolio en la contratación inmobiliaria (conveyancing) a lo largo de todo el territorio inglés. En sus orígenes la contratación inmobiliaria en Inglaterra no estaba reservada a los juristas pero, en 1712, los miembros de la “Company of Scriveners” (Compañía de Escribanos) obtuvieron el monopolio de dicha contratación en la City de Londres²¹. Los solicitors y attorneys organizados en la “Society of Gentlemen Practisers in the Courts of Law and Equity” deseaban también este monopolio y en 1729 pretendieron que se les concediese la exclusiva en la redacción de todo documento sujeto al “Stamp Duty” (Impuesto del sello, similar al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados). Para conseguir sus fines, los solicitors y attorneys, lanzaron en 1749 un ataque contra los scriveners que dio sus frutos en 1760, al conseguir romper el monopolio de estos últimos en la City de Londres²². Conseguido el primer objetivo, los solicitors y attorneys reclamaron para sí lo que antes fue exclusivo de los scriveners, pero esta vez extendido a todo el territorio inglés: el monopolio de la conveyancing, que obtuvieron por ley en 1804²³. Los solicitors, fundamentalmente, tenían un fuerte interés en mantener un sistema de contratación privada²⁴, que tantos ingresos les reportaba, y, posteriormente cuando el establecimiento de un Registro de la Propiedad será irreversible, se mostrarán partidarios de un sistema de Registro de Documentos (Deeds Registry).

Frente a las reticencias de solicitors y barristers, ya en el siglo XVIII, eminentes juristas como Blackstone se lamentaban del carácter secreto de la contratación inmobiliaria y consideraban de gran importancia el establecimiento de un Registro²⁵. Esta necesidad se acentúa en el s. XIX, cuando el proceso de

²⁰ BRIAN SIMPSON, A.W. “*A History of the Land Law*” Oxford 1986, pág 273

²¹ Durante el siglo XVII los “scriveners” notarios centraron su actividad en actuar como agentes financieros y en el ejercicio de la banca por ello gran parte de la actividad de redacción de los documentos y la autenticación de las transacciones inmobiliarias fueron asumidas por los attorneys, que no estaban formalmente habilitados para ello. READY, N.P. “*Brooke’s Notary*” Londres 2002, pág 14

²² En el caso *Harrison v. Smith* la Compañía perdió el monopolio en la redacción de escrituras, el Tribunal dijo con claridad que los attorneys tenían derecho a realizar “conveyancing” en el territorio de la City. Con anterioridad, en el caso *Auditor Curles*, el Tribunal había sentenciado “it doth not appertain to an attorney to make writing”. READY, N.P. “*Brookes Notary*”, Londres 2002, pág 15, y, ABEL-SMITH, B, STEVENS, R. “*Lawyers and the Courts*” Harvard 1967, pág 22.

²³ OFFER, A “*Property and Politics, 1870-1914*” Cambridge 1981, pág 19, y ABEL-SMITH, B., STEVENS, R. op.cit pág 22 explican detalladamente este proceso.

²⁴ BRIAN SIMPSON, A.W. “*A History of the Land Law*” op.cit. pág 273

²⁵ HOLDSWORTH, W.S. op.cit pág 307. En 1826 James Humphreys publicó su propuesta de Código para Inglaterra, bajo el título de “*Observations on the Actual State of the English Laws of Real Property, with the outlines of a Code*”, en el que proponía establecer un registro general de documentos y cargas. HOLDSWORTH, W.S. op.cit pág 307, señala que esta propuesta había sido

industrialización que se fue desarrollando en Inglaterra propicia un movimiento a favor de la economía de mercado (Free Trade Movement), y que prestará especial atención al sistema de transmisiones inmobiliarias, mostrándose claramente favorable al establecimiento de un Registro de la Propiedad, pese a las críticas de intervencionismo (officialism)²⁶.

No obstante todo lo anterior, el punto que constituye el inicio del proceso que llevará al establecimiento en Inglaterra de un sistema registral moderno fue la creación de la Comisión de la Propiedad Inmobiliaria “Real Property Commission” en 1828, de la que emanarán cuatro informes sucesivos, en los años 1829, 1830, 1932 y 1934, el segundo de los cuales, el de 1930, estará íntegramente dedicado al establecimiento de un Registro de la Propiedad en todo el territorio de Inglaterra y Gales. La Comisión de la Propiedad Inmobiliaria estuvo formada, desde sus inicios, por la élite de los conveyancers²⁷ y esto explicará en gran medida el contenido de los informes, como veremos más adelante.

III. EL PRIMER INFORME SOBRE LA LEY DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA (1829) DE LA REAL PROPERTY COMMISSION

a) El informe

La Comisión considera que la ley de la Propiedad Inmobiliaria es casi perfecta y requiere pocos cambios, a lo sumo cambios formales pero no sustantivos²⁸. Sólo se contienen dos referencias a un posible Registro para todo el territorio del Reino (General Register): 1) sería un instrumento para superar algunas carencias, ya que el Registro serviría para reducir los plazos de prescripción y limitar las acciones de reclamación²⁹; 2) ninguna otra medida, como el establecimiento de un Registro General de Docu-

formulada, con anterioridad, durante el período de la Commonwealth por Mathew Hale. El proyecto de Humphreys obtuvo el reconocimiento de Jeremias Bentham, partidario de la codificación y racionalización de las leyes en Inglaterra, según indica ANDERSON, J.S. “Lawyers and the making of English Land Law 1832-1940” Oxford 1992, pág 5

²⁶ COLQUHOUN DILL, T.R., “*Transfer of Land by Registration of Title*” Londres 1893, pág 35, reconoce que una de las razones en contra del establecimiento de un Registro es que este supone una intervención del Gobierno en el ámbito de la contratación inmobiliaria, sin embargo, desde la perspectiva del Free Trade Movement, responde diciendo: que no es una interferencia en un ámbito privado sino una nueva faceta que los particulares no pueden realizar.

²⁷ La Comisión estaba formada por John Campbell, William Henry Tinney, John Hodgson, Samuel Duckworth y Peter Bellinger Brodie.

²⁸ Real Property Commissioners. First Report 1829, pág 8.

²⁹ Real Property Commissioners. First Report 1829, pág 48.

mentos (General Registry of Deeds), ha sido pedida tanto y desde distintas instancias³⁰.

El Registro recogería las transmisiones de bienes y las cargas constituidas sobre los mismos de manera que cualquier persona que tenga que contratar con ellos pueda conocerlos, con la ventaja de que los gastos de conservación de los documentos y escrituras desaparecerían, los costes de investigación de las titularidades se reducirían y facilitarían la prevención del fraude en la contratación inmobiliaria. La prevalencia entre los derechos se resolvería con arreglo a la prioridad.

Sin embargo, la Comisión se muestra cautelosa por la novedad que supondría introducir un Registro en todo el territorio y temerosa de los obstáculos que podrían surgir³¹. No obstante la Comisión apunta que uno de los mayores inconvenientes para el adecuado funcionamiento de los registros es la “*doctrine of equitable notice*”, a la que nos referiremos más adelante y que va a estar presente en ulteriores informes y comunicaciones. Y en definitiva, aunque es consciente de las ventajas del Registro, no se muestra decidida a su implantación. Sus planteamientos son propios de unos conveyancers orgullosos de su ley y coherentes con la afirmación realizada al principio del informe sobre el carácter “cuasi-perfecto” de su ley, lo que refleja el poco entusiasmo de esta élite hacía el Registro.

b) El apéndice del informe

En el apéndice se recogen las comunicaciones y respuestas enviadas por los juristas, en su mayoría barristers y solicitors, a las preguntas y encuestas remitidas por la Comisión. Estas comunicaciones formulan muchas de las cuestiones que en los siglos venideros seguirán planteadas; ¿cuál es la naturaleza de la función registral?³², ¿cuál es el mejor medio de financiar los costes de un Registro?³³ y ¿cuáles son los beneficios del funcionamiento de un

³⁰ Real Property Commissioners. First Report 1829, pág. 60

³¹ Ni las experiencias de los Registros de los condados de Yorkshire y Middlesex, ni tampoco la del Registro de Irlanda, consideradas todas ellas imperfectas, son prueba suficiente de la utilidad de los Registros y, lo que es más grave, de los pasos a seguir para su implantación.

³² Tanto los partidarios como los detractores del Registro convienen que es una función judicial y debe ser encomendada a un jurista. J. Pemberton (barrister) Real Property Commissioners, “First Report 1829”, appendix pág. 455. “The registrar should be a barrister of not less than ten years standing at the bar, and should be a judge of all matters touching the registering alienations of real property”.

³³ El Registro se financiaría con un fondo constituido por los ingresos provenientes de los impuestos que graven las transmisiones. La autofinanciación está presente en la incipiente formulación del registro inglés.

sistema registral?³⁴. Algunas de las respuestas que se intuyeron entonces, hace casi 200 años, siguen conservando su actualidad. Sin embargo, en cuanto a los efectos del Registro ninguna respuesta va más allá de la mera oponibilidad³⁵.

c) La comunicación de John Tyrrell

Entre todas las respuestas destaca de manera especial la formulada por John Tyrrell, posteriormente incorporado a la Comisión para la elaboración del segundo informe. Tyrrell expone la necesidad de establecer un Registro, los problemas derivados de su implantación, aborda la manera de organizarlo e, incluso, llega al detalle de proponer un modelo de Libro Diario y otro de Inscripciones³⁶.

No considera necesario introducir grandes cambios en la legislación sustantiva sobre propiedad inmobiliaria, y coincide con la Comisión en que lo defectuoso son los mecanismos de transmisión de la propiedad y de creación de derechos sobre los bienes inmuebles, que debe corregirse mediante la implantación de un Registro que facilite la prueba de la misma y su investigación. Ello permitiría luchar contra los continuos fraudes en la contratación inmobiliaria. Tyrrell enumera hasta ocho frecuentes fraudes y engaños³⁷, similares a los existentes en la llamada “España negra del tráfico inmobiliario”³⁸ previa a la aparición de la Ley Hipotecaria, que en síntesis consisten en: suprimir cargas y hacer desaparecer escrituras, transmitir derechos distintos de los que se es titular, alterar la prioridad entre las distintas cargas y el enriquecimiento de los intermediarios, solicitors, mediante la ocultación de información relevante a los contratantes. Como consecuencia de lo anterior, los compradores pueden verse privados de derechos que suponían haber adquirido o los adquieren con más gravámenes de los que pudieron conocer.

³⁴ El Registro servirá para reducir costes en la contratación, evitar fraudes y disminuir los litigios. Lo anterior facilitará las pequeñas transacciones y, con ello, el acceso a la propiedad de un mayor número de ciudadanos. F. Vesey (barrister), Real Property Commissioners “First Report 1829” appendix pág 452 y J. Pemberton (barrister). Real Property Commissioners, “First Report 1829”, appendix pág 456.

³⁵ E. Berkeley Portman y Th. Wilson (barristers). Real Property Commissioners. “First Report 1829” appendix pág 442

³⁶ J. Tyrrell Real Property Commissioners. “First Report 1829” appendix(suggestions) págs 520 a 547.

³⁷ J. Tyrrell Real Property Commissioners. “First Report 1829” appendix(suggestions) pág 521

³⁸ Expresión acuñada por Garcia Herguedas y recogida por GARCIA GARCIA, J.M. “*Derecho Hipotecario o Inmobiliario Registral*” Tomo I, Madrid 1987, pág 183

El Registro como solución a estos problemas se encontraba ya en la doctrina inglesa desde 1652 y estaba avalada por la experiencia de otros países, tanto del “civil law” cuanto del “common law”³⁹. Los obstáculos a la implantación del Registro se debían a la defectuosa regulación y no a un rechazo de la institución registral, que ofrece más ventajas que inconvenientes⁴⁰.

Entre estas ventajas destaca que: protege frente a fraude, facilita la prueba de los derechos, reduce los costes y los tiempos de las transacciones, ayuda a la simplificación de los títulos, aumenta el valor de los inmuebles y facilita la obtención de créditos⁴¹. Tales afirmaciones siguen siendo válidas hoy.

En cambio, se aduce en contra del Registro que: añade un nuevo coste, la necesidad de crear una nueva institución y dotarla de funcionarios, los daños que pueden resultar de la actuación negligente de los funcionarios, la confusión que puede surgir entre los títulos depositados y los no depositados en el

³⁹ En 1652 el Juez Matthew Hale escribió un tratado señalando los perniciosos efectos de la contratación secreta y propugnando abiertamente el establecimiento de un registro de contratos (registry of conveyance, office of enrolment). Le siguió Shepherd, para el que los adquirentes sin un Registro carecen de seguridad y nunca pueden afirmar que son propietarios. También Gilbert en la primera edición de su tratado de los “tenures” señala que la contratación secreta es la causa de muchos males pues originariamente la transmisión inmobiliaria requería un acto público que diese suficiente notoriedad. Y Blackstone señalaba la falta de publicidad como uno de los males del sistema inglés y abogaba por el establecimiento del Registro.

⁴⁰ Real Property Commissioners. “First Report 1829” appendix (suggestions) pág 526.

⁴¹ 1) Protege frente a la desaparición de cargas o vinculaciones preferentes. 2) Protege frente a títulos fraudulentos o falsos, también frente a títulos antedatados y ante la posible desaparición de documentos. 3) Permite de forma segura depositar y guardar las escrituras. 4) Evita que un derecho pierda el carácter de “marketable” por la simple pérdida de un documento o por la imposibilidad de probar la línea de sucesión del adquirente. 5) Proporciona un principio de prueba a los compradores y a los acreedores hipotecarios. 6) Reduce los costes de enajenación de la propiedad por las siguientes razones: a) facilita la prueba al reunir en un mismo lugar todos los documentos necesarios y los hace accesibles, b) permite disminuir el contenido de las escrituras y, por tanto, su tamaño, c) convierte en innecesarias determinadas cautelas dirigidas a proteger al adquirente frente a cargas ocultas y escrituras secretas escrituras, d) simplifica los títulos, e) convierte en innecesarios los “covenants” que tienen por finalidad proteger al adquirente de los posibles vicios en la titularidad del transmitente. 7) Disminuye el tiempo necesario para enajenar la propiedad, al facilitar la prueba de la propiedad y reducir el número y tamaño de las escrituras. 8) Reduce los costes y el valor de los inmuebles y facilita la accesibles. b) permite disminuir el contenido de disminuye las dificultades para obtener créditos hipotecarios al facilitar la contratación y ser más seguros los títulos de propiedad; el resultado son uno tipos de interés inferiores. 9) La certeza y seguridad de los títulos así como la facilidad para la contratación aumenta el valor de los inmuebles. 10) Facilita y robustece la prueba de los derechos. 11) Disminuye la litigiosidad al eliminar o hacer innecesarios una serie de procedimientos ante los Tribunales sobre la prioridad de las cargas o la custodia de las escrituras. 12) Reduce los costes para litigar al facilitar el acceso a los medios de prueba. 13) Protege al titular registrado frente a enajenaciones fraudulentas y, en su caso, facilita la recuperación del inmueble. 14) Permite establecer una regulación unitaria de los requisitos de validez para las enajenaciones y superar las regulaciones fragmentarias existentes en materia de registros. 15) Permite la conservación y custodia de las escrituras de un modo más seguro. En definitiva son pocas las ramas del Derecho que no resultaran afectadas por el establecimiento de un Registro (General Register).

Registro y, sobre todo, el hecho de dar publicidad a escrituras y transacciones de carácter privado.

Sin embargo, Tyrrell responde a estas objeciones señalando que: los costes de registrar se compensan no sólo con las ventajas que proporciona el Registro sino también con los costes en los que se deja de incurrir; la organización que requiere el Registro no es mayor que la existente para las Oficinas de Enrolment o Annuities que deberán desaparecer; los posibles daños derivados por negligencia de los funcionarios del Registro no son mayores que en los que incurren los agentes en el complicado procedimiento de contratación privada; la confusión que puede surgir entre las escrituras conservadas en el Registro y el contenido de las no registradas puede superarse con una adecuada organización de los índices que permita mostrar los documentos relacionados con un mismo derecho; la divulgación (disclosure) de datos, hasta entonces secretos, tiene como finalidad evitar el fraude y el engaño en las ventas aunque sería posible establecer restricciones en el acceso. Las restricciones en el acceso no son un inconveniente para disfrutar de las ventajas provenientes

Pero antes de implantar un sistema registral es preciso llevar a cabo una amplia investigación y discusión. Deben recogerse las opiniones de los funcionarios de los Registros de Middlesex, Yorkshire, Escocia e Irlanda así como la de los usuarios de dichos Registros e indagar el funcionamiento de la institución registral en otros países del continente. No obstante Tyrrell anticipa algunas de sus ideas relativas a los principios y a la organización del sistema registral. Tanto el plan propuesto cuanto algunas de los principios serán recogidos el Segundo Informe de la Comisión sobre la Propiedad Inmobiliaria de 1830⁴².

d) Principios y organización propuestos por John Tyrrell

d.1. Principios

Frente a la situación existente propone Tyrrell que lo registrado se entienda conocido y nada que no aparezca registrado se reputará conocido⁴³, superando la doctrina de que el mero registro no es prueba de que la situación jurídica es conocida⁴⁴, porque esta doctrina producía incerteza y confusión, al

⁴² Real Property Commissioners. "Second Report 1830".

⁴³ Real Property Commissioners. "First Report 1829" appendix pág 530 "The Register should be made notice, and nothing should be made notice which does not appear upon the Register".

⁴⁴ "Real Property Commissioners. "First Report 1829" appendix pág 529.

tener que examinar en cada caso concreto si el comprador o acreedor hipotecario había conocido una determinada situación inmobiliaria y en la práctica llevaba a cometer perjurio, convirtiendo las leyes sobre registros en papel mojado.

Aunque existen problemas que son particulares del derecho inglés y, por tanto, también su solución⁴⁵ sin embargo existen otros que son comunes a toda organización registral:

a) El carácter de la inscripción y el valor de los asientos: La inscripción no debe ser obligatoria (compulsory) pero sí incentivada, la prioridad se concederá al documento que primero acceda al Registro y serán ineficaces los documentos no registrados frente a los registrados⁴⁶.

b) El plazo para inscribir: No debe existir un plazo para registrar, los particulares han de poder registrar en cualquier momento. Sin embargo, las personas que hayan celebrado un contrato y este no haya accedido pueden solicitar que se practique en el Registro una advertencia (caveat) para impedir el registro de derechos contradictorios.

c) La autenticidad de los documentos: Para que pueda ser registrado un documento debe ser autentico y esto tiene como finalidad evitar los fraudes. La manera de probar la autenticidad debe ser simple y la misma para el Registro que para los Tribunales. La prueba del otorgamiento de la escritura debería hacerse por testigos presenciales bajo juramento o por otras personas que reconozcan la letra manuscrita ante el Registrador o su delegado con facultades para examinar a los testigos.

d) Las situaciones jurídicas que pueden registrarse: Pueden ser registradas no sólo las escrituras de compraventa e hipoteca sino también los testamentos (wills)⁴⁷ y los documentos judiciales. Las cargas y rentas que recaen sobre los bienes de la Corona, de la Iglesia y de las instituciones de benefi-

⁴⁵ Entre ellos, los derivados de la "equity". Los derechos en "equidad" no pueden afectar a lo registrado. Las hipotecas de equidad (equitable mortgages), que surgen por el mero depósito de una escritura en poder del acreedor, deben desaparecer y quedar únicamente aquellas que son registradas. Además la inscripción en el Registro no debe alterar la naturaleza de un derecho y convertir lo que es "equity" en "legal".

⁴⁶ Real Property Commissioners. First Report 1829, appendix (suggestions) pág 531.

⁴⁷ La posibilidad de registrar los negocios mortis causa supone un avance respecto a los "registros de documentos" existentes en el continente que en sus primeras leyes no admitieron esta posibilidad. En Francia hay que esperar hasta la reforma de 1935, en Italia hasta 1942 para que se admita el acceso de las herencias al registro mientras que en Luxemburgo y Bélgica todavía no se admiten. Para un estudio más detallado puede verse NOGUEROLES PEIRÓ, N. "La evolución de los sistemas registrales en la Unión Europea", Noticias de la Unión Europea", N.º 265, pag 122.

cencia deben también poder reflejarse en el Registro así como las declaraciones judiciales de incapacidad y los procedimientos concursales ⁴⁸.

Para facilitar la investigación de los títulos propone relacionar los Registros de la Propiedad con los Registros del Estado Civil, de manera que un duplicado de los datos del Registro Civil fuese enviado al Registro de la Propiedad para ser indexado y coordinado con los datos de las transacciones ⁴⁹.

d.2. Organización

¿Debe existir una única o una pluralidad de oficinas? Las posibilidades son: una oficina central para toda Inglaterra y Gales ubicada en Londres o una pluralidad de oficinas situadas en cada condado con una sede central a la que se remiten duplicados ⁵⁰. Tyrell no considera esencial este problema pero opina que el ahorro de costes de personal y de edificios, así como, el ahorro en duplicados de documentos inclinará la balanza a favor de un Registro central ⁵¹. Aunque el problema radica en quién controlará la contratación inmobiliaria: los solicitors de Londres o los locales.

La oficina registral, según la propuesta de Tyrell constará de dos departamentos; uno dedicado a comprobar la autenticidad de los documentos pre-

⁴⁸ Los registros europeos de documentos tardaron algún tiempo en llegar a admitir el acceso de determinados documentos judiciales. Francia el decreto ley de 17 de junio de 1938 admitió la transcripción de los embargos judiciales. NOGUEROLLES PEIRÓ, N. “La evolución de los sistemas registrales en la Unión Europea”, Noticias de la Unión Europea”, N.º 265, pag 122

⁴⁹ La inseguridad derivada de no poder determinar la genealogía del título y, en particular, trazar la identidad de las personas se cuantifica en una tercera parte del valor del bien. Los solicitors ante la dificultad incrementaban las tarifas y los compradores retenían parte del precio de venta para cubrirse de la inseguridad. Real Property Commissioners “First Report 1829” appendix (suggestions) página 537

⁵⁰ Las razones a favor de una oficina única son: su creación es más barata, su manejo y gestión es más sencilla, permite un funcionamiento uniforme del registro, permite gestionar mejor los documentos que comprendan fincas situadas en diversos condados y, en última instancia, es más fácil comunicarse con la capital del país que con la capital del condado. Mientras que las razones a favor de la pluralidad de oficinas son: que cuanto menor sea el Registro también menor será el riesgo de confusión, la obtención y presentación de documentos será más sencilla y barata, la existencia de una única oficina favorece a los solicitors de la capital en detrimento de todos los demás y, en última instancia, lleva a que el negocio de las transmisiones se concentre en Londres cuando el conocimiento de las fincas y de sus derechos se encuentran en el ámbito local.

⁵¹ El problema no es tanto de una única o una pluralidad de oficinas cuanto si existe una sola personalidad jurídica y por tanto un solo responsable, el Registro, o esta recae sobre cada oficina y su titular. Inglaterra en 1862 optará por un registro central y establecerá oficinas en distintos condados. En cambio los sistemas con pluralidad de oficinas han introducido por distintas vías (asociativa colegial, creando departamentos en la administración) mecanismos de socialización de la responsabilidad y unificación de la gestión.

sentados y otro destinado a conservar los documentos y facilitar su prueba, que además controlará la actuación del primero⁵². Existirá un “Entering Book” y un “Register Book”.

Tyrrell es consciente de que su modelo de registro no garantiza la exactitud (accuracy) del título ni evita las investigaciones retrospectivas pero si facilita estas últimas y las hace más baratas. Sin Registro, concluye, no habrá seguridad ni para los compradores ni para los acreedores hipotecarios y, por ello, la implantación del Registro servirá, más que cualquier otra modificación de la legislación, para simplificar los títulos y facilitar su prueba⁵³.

La propuesta de Tyrrell merece una valoración muy positiva más que por la calidad técnica por el planteamiento de los problemas y ventajas del Registro. Gran parte de los problemas planteados siguen conservando su vigencia, las exigencias de seguridad, claridad, certeza, simplificación, reducción de costes y de tiempos siguen estando presentes, basta ver (con todas sus insuficiencias y simplificaciones) los informes anuales del Banco Mundial, bajo el título Doing Business, en los que dedica un apartado al Registro de la Propiedad. En cuanto a la calidad técnica de la propuesta el mismo autor reconoce sus insuficiencias que no son más que las derivadas de los Registros de Documentos, propios de la época, aunque atisba el tracto⁵⁴ y un contenido amplio. Tanto la propuesta cuanto el Informe de la Comisión dejan abierto el problema de si basta modificar la legislación registral dejando inalterada la legislación sustantiva para lograr la certidumbre de los títulos o si toda implantación de un registro debe ir precedida de una modificación en la legislación sustantiva⁵⁵.

⁵² La propuesta de Tyrrell regula con detalle el “Entering” y el “Register Book presentando incluso modelos que se pueden encontrar en su comunicación. Real Property Commissioners, “First Report 1829” appendix (suggestions) págs. 540 a 545. Estos modelos están inspirados en los libros del Registro de Middlesex, aunque con alguna diferencia. Sin embargo lo más difícil y vital en un registro de documentos es la adecuada organización de los índices a los que Tyrrell propone incorporar planos

⁵³ Real Property Commissioners “First Report 1829” appendix (suggestions) pág 547

⁵⁴ Ninguna transacción realizada por un heredero o legatario debe poder acceder al registro sin estar previamente registrado el testamento o la designación de albaceas, esto supone introducir un tímido principio de tracto.

⁵⁵ Entre los juristas ingleses pueden advertirse las siguientes posiciones: 1) satisfechos con la situación existente, 2) partidarios de implantar un sistema registral, y 3) nada puede hacerse hasta que la legislación sustantiva (land law) sea modificada y simplificada, posición defendida por HOLDSWORTH, W.S. “An Historical Introduction to the Land Law” Oxford 1927, pág 308 para quien era imposible tener títulos seguros y que la contratación fuese barata mientras la legislación permitía: la existencia de un gran número de derechos reales, presentes y futuros, en “derecho” y en “equidad”; la existencia de dos tipos distintos de sucesión intestada; un sistema de vinculaciones que admitía la creación de todo tipo de cargas sobre los inmuebles y una la legislación sobre hipotecas que permecía inalterada. El error de la Comisión fue creer que no hacía falta reformar

IV. EL SEGUNDO INFORME DE LA REAL PROPERTY COMMISSION DE 1830 SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE UN REGISTRO DE LA PROPIEDAD

A) El informe

El segundo informe de la Comisión es considerado como el inicio de la moderna discusión⁵⁶ sobre la implantación, en todo el país, de un Registro de la Propiedad. En realidad, este segundo informe, en cuya elaboración participa también John Tyrrell, plasma gran parte de las ideas anticipadas en la comunicación presentada por éste al primer Informe.

La Comisión dedicará todo el informe a tratar únicamente el Registro; sus ventajas e inconvenientes, sus efectos, la manera de organizarlo y recabará no sólo la opinión de juristas ingleses sino que se unirán informes de otros países en los que funcionan registros. La implantación de un Registro, dice el informe, excede en importancia a cualquier otro asunto y está directamente relacionado con todas las ramas de la legislación que tratan de la propiedad inmobiliaria y los derechos reales.

La Comisión estima necesario el acceso de todos los documentos a un Registro para conseguir la seguridad de los derechos, ante la insuficiencia de los documentos, por sí solos, para aportar una prueba completa y hacer inatacable la posición del adquirente⁵⁷. Ciertamente, el documento puede pro-

la legislación sustantiva y que estableciendo el Registro se corregirían sus defectos. A partir de la segunda mitad del siglo XIX se tomó conciencia de la necesidad de modificar la legislación sobre la propiedad inmobiliaria pág 309 y POLLOCK, F. *"The Land Laws"*, Londres 1896, pág 175. Sin embargo MAINE, H.S. *"Dissertations on Early Law and Custom"* Londres, 1891, pag 357 defendía que el establecimiento de un Registro terminaba teniendo consecuencias sobre la doctrina y la interpretación del derecho, que se realizaría bajo la sombra del Derecho registral. En el apéndice al Segundo Informe, al que nos referiremos más adelante, William Hayes mantiene que la introducción del Registro acabará por revolucionar el sistema legal. Real Property Commissioners, "Second Report 1930" appendix pág 367. En nuestra opinión es cierto que el establecimiento de un Registro está ligado al régimen jurídico de la propiedad y de los derechos reales y, por ello, la experiencia internacional nos muestra que primero se modifica la legislación sustantiva y después se dictan leyes sobre registro (así aconteció en el siglo XIX y, también, en el siglo XX en los países que abandonaron el régimen comunista). Pero también es cierto: a) que los Registros de la Propiedad pueden funcionar con distintos mecanismos de transmisión de la propiedad, no están vinculados a un mecanismo en concreto; b) que el Registro de la Propiedad, cuando responde al "title system" no sólo es un mecanismo de publicidad sino, como muy bien ha visto la doctrina inglesa, es un sistema de contratación (conveyancing) MEGARRY & WADE *"The Law of Real Property"* Londres 2000 pág 201. En conclusión la regulación y complejidad de la propiedad y los derechos reales influirán en la agilidad del Registro pero esté, a la larga, influirá sobre la eficacia de los derechos reales (con mayor o menor intensidad según el sistema).

⁵⁶ STEWART STEWART-WALLACE, J. *"Principles of Land Registration"* Londres, 1937, pág 25.

⁵⁷ Real Property Commissioners. "Second Report 1830, pág 3" en todos los países civilizados el "título" sobre la tierra se acredita por documentos escritos y el comprador busca, estando

bar que en un determinado momento tuvo lugar un acto adquisitivo pero no que dicha situación se siga manteniendo⁵⁸.

Sin embargo el cambio de un sistema establecido en el tiempo va a generar nuevos problemas y, por ello, es preciso que los beneficios derivados de la implantación de un Registro sean muy superiores a los males que trata de evitar. El informe realiza un análisis de la situación vigente enumerando los males existentes, las ventajas de la implantación de un Registro y las objeciones a su establecimiento.

1. *El Registro como solución a los problemas del modelo vigente*

El mayor mal que debería ser subsanado por la implantación de un Registro es la inseguridad de los derechos o títulos⁵⁹. El sistema hasta entonces imperante se basa en la posesión del inmueble y en la tenencia de los documentos como mecanismo para ofrecer cierta certidumbre. Pero la posesión no es prueba de la naturaleza del derecho que la origina⁶⁰, porque puede surgir por muy diversas razones e incluso cambiar su fundamento, y, tampoco la posesión de las escrituras es una prueba irrefutable (conclusive)⁶¹.

Los inconvenientes del sistema y los riesgos a los que se ven expuestos los adquirentes son de tal naturaleza que si fuesen conocidos por estos quedarían alarmados. Pero el conflicto más frecuente es el que tiene lugar entre titulares de derechos de garantía sobre un mismo inmueble. La principal consecuencia de toda esta inseguridad no es la pérdida de derechos, sino el gravoso proceso de investigación al que hay que someter cada transacción, utilizando fuentes de información colaterales, más allá de los documentos, lo que supone una mayor dilación en el tiempo y un incremento de costes⁶².

autorizado por la ley para ello, la prueba del derecho del vendedor más allá del hecho de la posesión. Es obvio que un documento no puede ser un título completo a menos que a la parte a quien se le presente se le pueda asegurar que no hay ningún otro documento oculto que pueda desvirtuarlo. En consecuencia, los medios para conocer todos los documentos necesarios para que el título sea completo o para proteger al adquirente de los documentos que han sido ocultados a su conocimiento, deben ser proporcionados por la ley; en otras palabras debería existir un "Registro General". Este texto sigue conservando hoy su vigencia y resulta aplicable a los diferentes sistemas registrales en tanto que señala la insuficiencia de la posesión y pone de relieve las limitaciones de los documentos para proporcionar una prueba del derecho

⁵⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L. "*Derecho Inmobiliario Registral*", Madrid 2001, pág.136.

⁵⁹ Real Property Commissioners. "Second Report 1830" pág 4 "The most important evil is the insecurity of Title". Sin embargo para otros el gran mal está en la investigación de los títulos que es difícil, tediosa y costosa. POLLOCK, F. "*The Land Laws*", Londres 1896, pág.176.

⁶⁰ Real Property Commissioners. "Second Report 1830" pág 4.

⁶¹ Real Property Commissioners. "Second Report 1830" pág 4.

⁶² Real Property Commissioners. "Second Report 1830" pág 7.

El informe continua analizando los inconvenientes del sistema inglés de contratación inmobiliaria⁶³, siguiendo un orden que recuerda la comunicación de Tyrrell al primer informe. Algunos de los inconvenientes son similares a los existentes en otros países: la existencia de cargas ocultas, la supresión o destrucción de las escrituras, la falsificación y alteración de las escrituras; mientras que otros son propios del derecho inglés: los “covenants” y los problemas de la “notice” (“actual” o “constructive”). Todo ello produce una depreciación del valor de los inmuebles y convierte a algunos títulos en “unmarketable”⁶⁴.

2. *Revisión de las tradicionales objeciones a la implantación del Registro*

La Comisión, una vez propuesto el Registro como remedio, pretende mostrar que este no dará lugar a más inconvenientes que los que pretende evitar y estudia las objeciones a su implantación:

La verdadera causa de la no implantación hay que verla en la actitud del legislador, ante la falta de un movimiento popular, y en la resistencia de los juristas que acuden a otros mecanismos alternativos para suplir la implantación del Registro.

El incremento del coste de las transacciones que supone el Registro no es un verdadero obstáculo a su implantación; los costes son un argumento a favor del Registro, por la multitud de costes que evita⁶⁵.

En realidad, la objeción más frecuente y que cuenta con más partidarios es que el Registro constituye un medio de publicar situaciones que pertenecen al ámbito privado⁶⁶. Sin embargo, no es imprescindible para que el

⁶³ Real Property Commissioners. “Second Report 1830” págs 8 a 18

⁶⁴ “Así dice el informe” que la depreciación de la propiedad inmobiliaria causada por la general percepción de inseguridad del título y por la tardanza y coste de las transacciones relativas a inmuebles, si fueren evitados por un Registro, este contribuiría a incrementar el valor de los inmuebles y disminuir el tipo de interés en las hipotecas. Real Property Commissioners. “Second Report 1830” pág 18

⁶⁵ Real Property Commissioners. “Second Report 1830” pág 20.

⁶⁶ Los sucesivos proyectos para implantar un Registro presentados a partir de 1830 ante el Parlamento fracasaron, entre otros motivos, por la oposición a un registro abierto. Los temores a que fuesen conocidas las deudas de los propietarios así como que los caza-dotes pudiesen conocer la posible fortuna de las hijas de los propietarios fueron alguno de los motivos aducidos por los contrarios a la implantación del Registro. Pero un registro cerrado podría permitir a los defraudadores introducir documentos falsos en los Registros de los que el propietario sólo tendría conocimiento en el momento de la desposesión. La solución adoptada en los Registros de Middlesex y Yorkshire fue admitir un Registro abierto pero sólo de los extractos, en consecuencia, el Registro no proporciona toda la información relevante y han de realizarse nuevas investigaciones, lo que

Registro cumpla su función que sea totalmente abierto, el acceso podría restringirse a aquellos que tuvieran un derecho sobre el inmueble o alegasen una justa causa para investigar. Pero la Comisión se muestra decidida partidaria del Registro abierto por entender que, en última instancia; los beneficios derivados de la apertura sobrepasan los males ⁶⁷.

La objeción más seria a la propuesta de la Comisión tiene carácter eminentemente práctico y consiste en la dificultad de encontrar un medio rápido de búsqueda y acceso a los documentos registrados ⁶⁸. El problema está estrechamente relacionado con el modo de organizar el Registro y especialmente los índices. La Comisión rechaza el sistema de índices personales ⁶⁹ y considera excesivamente costoso e impracticable un sistema que refiera los inmuebles a un mapa. Finalmente el Informe propone clasificar las escrituras bajo diferentes encabezamientos referidos a los derechos ⁷⁰. Esta propuesta resultará impracticable pero tiene un gran valor al señalar, hace casi 200 años, las insuficiencias del folio personal, particularmente en un registro concebido como depósito de documentos. Muchos Registros tendrán que esperar al siglo xx para comenzar a superar las deficiencias del folio personal aunque sin cambiar de sistema registral ⁷¹.

supone incremental costes de investigación. ANDERSON, J.S. “*Lawyers and the making of English Land Law 1832-1940*” Oxford 1992 pág 47. Esta situación hoy se encuentra en algunos Registros, que, pese a ser abiertos, la información que ofrecen es muy limitada y obligan al particular a realizar nuevas investigaciones, es el caso de los registros nórdicos en materia de hipotecas.

⁶⁷ Este problema que ha sido y es materia de discusión en la organización de los Registros. Un mismo sistema registral permite distintas configuraciones: en Alemania existen limitaciones al acceso, Austria es partidario de una amplia apertura. El problema no será de determinar quién tiene legitimación sino también que datos son los que se pueden facilitar. Inglaterra, en esta materia, atravesará por distintas etapas que culminarán en 1990.

⁶⁸ La Comisión acierta al señalar la insuficiencia organizativa de los Registros de documentos. El problema de los índices es determinante para el funcionamiento de este tipo de Registro. La experiencia ulterior muestra como a partir de índices bien llevados algunos Registros de documentos han alcanzado un grado considerable de eficiencia; es el caso holandés.

⁶⁹ En Middlesex la búsqueda de la última adquisición, por parte de un solicitador y su ayudante, tardaba diez días y costaba un mínimo de 200 libras. En otros muchos casos la búsqueda era impracticable.

⁷⁰ Real Property Commissioners. “Second Report 1830”. pág 27.

⁷¹ El ejemplo paradigmático es Francia, que tras el Decreto de 4 de enero de 1955, introduce el fichero inmobiliario. Italia con la mecanización de los años 80 permite hacer consultas por finca. Para un estudio más detallado NOGUEROLES PEIRÓ, N. “La evolución de los sistemas registrales en la Unión Europea” Noticias de la Unión Europea, Febrero 2007, N.º 265, pag 122 y ss.

3. La regulación y organización del Registro

El Informe, después de examinar las ventajas e inconvenientes de una única oficina o una pluralidad, se inclina a favor de un modelo de oficina única en Londres ⁷².

Todo documento referente a una propiedad inmobiliaria por el que se cree o transmita un derecho o carga sobre un inmueble podrá ser registrado, excluyendo los censos enfiteúticos (copyhold) y las propiedades temporales de duración inferior a 21 años (leases). La novedad es la propuesta de los “caveats”, que permiten reservar la prioridad registral a favor de un comprador o un hipotecante por un período determinado. También las resoluciones judiciales, cuando crean cargas o derechos reales, deben ser registradas ⁷³. Y al igual que las escrituras (deeds), los testamentos (wills), negocios mortis causa, son objeto de registro ⁷⁴.

Se plantea por otra parte si ha de registrarse la totalidad del documento o si basta con un extracto del contenido de la escritura, optando la Comisión por el depósito de la totalidad del documento por considerar que ofrece mayor información y resulta menos costoso que el extracto del mismo ⁷⁵.

Para autenticar los documentos ⁷⁶, propone el Informe que cuando la escritura tenga una antigüedad menor a 12 meses, desde la fecha de otorgamiento, y resulte atestiguada por dos testigos no sea necesaria una autenticación ante el encargado del Registro. Pero siendo de una antigüedad superior

⁷² Real Property Commissioners. “Second Report 1830”. pág 27. Esta recomendación dará lugar a la oposición de los “solicitors” locales que tendrán que delegar en los solicitors londinenses las gestiones ante el Registro. Los solicitors de Londres, en aquel tiempo, distaban de ser baratos y, además, difícilmente estaban capacitados para realizar búsquedas en las que se exigía unos conocimientos que sólo los solicitors locales podían de poseer como el nombre local de las fincas o parajes, los linajes y nombres de los propietarios. El Registro Central suponía mayores costes para el particular y también una mayor dilación. ANDERSON, J.S. “*Lawyers and the making of English Land Law 1832-1940*” Oxford, 1992, pág. 48. También criticó la centralización el registrador adjunto de West Riding. HOWELL, J. “*Deeds Registration in England a complete failure?*”, Cambridge Law Journal, 58(2), pág 379

⁷³ Esto supone un avance respecto los registros de documentos de la Europa continental que en el siglo XIX no admitían documentos judiciales.

⁷⁴ Los registros de documentos de la Europa continental excluyeron del acceso al registro los negocios mortis causa. El modelo propuesto por la Comisión supone un avance respecto a la situación existente.

⁷⁵ Real Property Commissioners. “Second Report 1830” pág 30. En los Registros de Middlesex, Yorkshire e Irlanda se registran los extractos de los documentos.

⁷⁶ En Alemania y Suecia la autenticación tiene lugar por el reconocimiento de las partes ante los Tribunales, en Francia Italia ante notarios. En muchas colonias inglesas y estados americanos por el reconocimiento de las partes, de los testigos o representantes, ante una autoridad judicial. Real Property Commissioners. “Second Report 1830” pág 33.

a 12 meses, el documento debe ser reconocido ante el Registro por comparecencia de las partes o aportando una declaración jurada (affidavit). Cuando se trate de documentos judiciales (judgements) y deudas de la corona (Crown debts) el documento será autenticado por la firma del funcionario correspondiente.

En otro orden de cosas, se estima que los derechos registrados, adquiridos a título oneroso, deben prevalecer sobre los no registrados y entre los derechos registrados, la preferencia se determinará por la prioridad, ya sea un derecho “legal” o “equitable”. El problema, sin embargo, está relacionado con el conocimiento (notice) y plantea la Comisión; si el conocimiento de un negocio no registrado privará a las partes de la protección registral. La mayoría de la Comisión entiende que el conocimiento efectivo (actual notice)⁷⁷ de una escritura no registrada no afectará a la prioridad de la escritura registrada que contiene una adquisición a título oneroso⁷⁸. Entre las partes, los documentos que contienen adquisiciones a título oneroso, tienen plena fuerza legal sin necesidad de ser registrados pero respecto a terceros adquirentes a título oneroso los efectos son distintos.

Al final del informe la Comisión eleva unas conclusiones sobre los posibles errores del sistema y otras sobre los efectos benéficos del establecimiento de un Registro.

a) Conclusiones para evitar los posibles errores del plan, sobre el Registro, propuesto por la Comisión:

1. Los requisitos para registrar han de ser pocos y sencillos.
2. La oficina registral debe ejercer un control de acceso
3. Los títulos registrados deben estar ordenados y relacionados de manera que facilite su investigación y localización.

Si se cumplen estos requisitos entiende la Comisión que resultará difícil la existencia de errores⁷⁹.

⁷⁷ La doctrina inglesa distingue el “actual notice” y la “constructive notice” (conocimiento presuntivo)

⁷⁸ Real Property Commissioners. “Second Report 1830” pág 36.

⁷⁹ La Comisión estima poco frecuentes los casos en que se realice una venta sin mostrar la adquisición anterior, por tanto, las posibilidades de pérdida del derecho son muy improbables. Aun así, si tuviera lugar la pérdida, el Registro daría preferencia a la parte a la que se debería dar preferencia. La Comisión en esta materia incurre en cierto simplismo al pretender que los casos de error o fraude desaparecerían con un Registro tan básico y tampoco queda claro a quién se daría preferencia en caso de pérdida de un derecho. Real Property Commissioners. “Second Report 1830” pág 62.

b) Conclusiones sobre los efectos benéficos del establecimiento de un Registro según el plan previsto por el informe ⁸⁰.

1. Los títulos serán seguros porque no se verán afectados por la doctrina de la equidad sobre el conocimiento (equitable doctrine of notice), ni tampoco por las posteriores actuaciones de los terceros.

2. Se simplificarán los títulos de manera que cada derecho de propiedad dará lugar a un título, los documentos estarán mejor conservados y serán menores los riesgos de pérdida. También se dificultará el fraude.

3. La investigación de los títulos será más fácil, reduciendo los costes y el tiempo. También se facilita la obtención y aportación de pruebas ante los Tribunales, con ello disminuirá la litigiosidad.

Por último, llama la atención que después de formular las conclusiones, la última página del informe se dedique a reflexionar sobre los efectos del Registro en los emolumentos de los solicitors, que son retribuidos en atención al número y extensión de las escrituras así como de las copias que expidan. Esta faceta, opina la Comisión, está muy bien retribuida ⁸¹ pero, uno de los efectos del Registro será reducir estos emolumentos. Sin embargo, hay otra parte del trabajo de los solicitors, que la Comisión no explicita, que requiere una gran preparación y cuidado, de la que se deriva una gran responsabilidad, y que está mal retribuida. En definitiva, la Comisión, que estaba integrada por solicitors, entiende que el bien público exige que los solicitors estén bien retribuidos y que no disminuya su consideración social; para ello propone una elevación de sus tarifas y un cambio de mecanismo de retribución.

⁸⁰ Real Property Commissioners. "Second Report 1830" pág 63. La Comisión establece catorce conclusiones que son las siguientes: 1 Los títulos serán seguros ante una supresión fraudulenta de documentos o su no presentación por ignorancia, error o fraude. 2 Los títulos serán simplificados de manera que cada derecho de propiedad sobre un inmueble este contenido en un solo título. 3 Los títulos no estarán expuestos a la doctrina del conocimiento formulada por los Tribunales de Equidad (equitable doctrine of notice). 4 Los actos posteriores al título, realizados por terceros, no perjudican a este. 5 Los títulos tampoco podrán ser perjudicados por la ulterior pérdida o sustracción del documento. 6 La falsificación de las escrituras resultará más difícil. 7 La aportación de pruebas ante los Tribunales resultará más fácil y barata. 8 Serán mayores las prevenciones para evitar la falsificación de escrituras o la ocultación de derechos prioritarios. 9 Los títulos dejarán de ser "unmarketable" por no poder presentarse una escritura. 10 Los derechos en "equidad" así como los desmembrados (secondary) serán "marketable". 11 Disminuirán los peligros de celebrar contratos sin haber recibido previamente el título. 12 Los retrasos y costes derivados de la investigación de los títulos, previos a la celebración del contrato, disminuirán. 13 También los costes y el tiempo de la "conveyance" se reducirá, se reducirán las escrituras, tendrán menor contenido y tamaño. 14 Muchos motivos de litigio relacionados con los títulos, los contratos o las escrituras desaparecerán.

⁸¹ "they are liberally paid" Real Property Commissioners. "Second Report 1830" pág 65.

Ciertamente, el establecimiento del Registro ira unido durante el siglo XIX al nuevo papel que en la contratación inmobiliaria deberán desempeñar los solicitors y su retribución. El problema no será específico de Inglaterra, ni siquiera será un problema del siglo XIX. Nada nuevo bajo el sol.

B) El apéndice

Al igual que en el apéndice del primer informe se encontraba el germen del segundo informe, en este apéndice se contienen las ideas que serán el centro del posterior debate sobre el modelo de Registro: el “Register of Title”.

La Comisión al iniciar sus trabajos dirigió una propuesta sobre el establecimiento de un Registro General que fue contestada por tres barristers y cinco solicitors. Entre todos, destaca el solicitador Thomas George Fonnereau quien por primera vez, en el ámbito anglosajón, utiliza la expresión “Register of Title”⁸². Se persigue que el título sea seguro (security of title) y agilizar las transmisiones y el Registro es un medio adecuado para lograr dichas finalidades, pero un Registro diferente a los existentes. Los Registros de Middlesex son calificados como “peor que inútiles” (worse than useless), expresión que años después empleará Torrens⁸³, porque aunque facilitan la búsqueda de cargas y gravámenes, sus virtudes se ven oscurecidas por la doctrina que presume conocidas las situaciones extraregistrales (actual and constructive notice). Señala Fonnereau, acertadamente, que lo importante no es que el Registro pueda mostrar todo o parte de la escritura y, ni siquiera, que fuese prueba de la escritura (evidence of deed) sino que para que el sistema pueda funcionar el Registro ha de ser prueba del título o derecho (title)⁸⁴. La persona que aparece en el Registro es el propietario para todo lo concerniente al tráfico jurídico. Y, para superar las dificultades de los Registros locales, añade en la parte segunda del apéndice: que lo que aparece en el Registro se considera conocido, mientras que lo que no está registrado carece de validez⁸⁵. Todo esto supone un cambio de perspectiva en el diseño del Registro que traería como ventaja la no necesidad de investigar la cadena de transmisiones, siendo suficiente consultar el último asiento que aparece en el Registro, y, un aumento de confianza en las titularidades inscritas, esencial para el tráfico jurídico. La llevanza del Registro debe corresponder a registradores

⁸² Real Property Commissioners. “Second Report 1830” appendix pág 11.

⁸³ TORRENS, R. “*An Essay of the Transfer of Land by Registration*” Londres-Melbourne 1882 pág 10.

⁸⁴ “by making the register evidence not of a deed, but of a title” Real Property Commissioners. “Second Report 1830” appendix pág 11.

⁸⁵ Real Property Commissioners, “Second Report 1830” appendix 96.

con una importante formación jurídica y el coste del Registro debe ser satisfecho por los que obtienen su protección (la propiedad registrada pasado cierto número de años no estará sujeta a disputas sobre su título)⁸⁶.

Pero el proyecto no está exento de problemas: la oposición de la aristocracia y la doctrina del conocimiento (*doctrine of notice*), la gran dificultad que supone para la puesta en marcha del sistema la identificación de las propiedades, y el gran problema que siempre ha surgido, y sigue surgiendo⁸⁷, una vez implantado un Registro, que es estimular a los ciudadanos para que sus propiedades sean registradas. Fonnereau cree que la obtención de un título inatacable es suficiente incentivo a tal fin, pero el tiempo demostrará el error de esta apreciación.

En la parte segunda del apéndice, ante una carta-circular de la Comisión sobre aspectos concretos del Registro⁸⁸, se encuentra la respuesta de Thomas Jefferson Hogg⁸⁹ que compara la compra de una acción con la compra de un inmueble. La primera, cualquiera que sea su importe, es sencilla y rápida, mientras que la adquisición de un inmueble, aunque sea de poco valor o haya permanecido durante siglos en la misma familia (con lo que no existen problemas de titularidad), siempre comporta un procedimiento caro y lento (*enormous expense and tedious delays*). La verdadera razón que explica estas diferencias se encuentra en el título de la propiedad, que en las acciones no es más que un asiento en un registro, a diferencia del título de propiedad de los inmuebles, constituido por un conjunto de complicadas escrituras a lo largo del tiempo. Esto lleva Hogg⁹⁰ a sintetizar brillantemente los dos tipos de Registro posibles: a) un Registro en el que la totalidad del título se encuentra en el asiento registral, no consistiendo el título en nada más y, b) un registro de instrumentos, en el que el título se contiene en los instrumentos y no en los asientos del Registro. En este segundo caso el Registro no es más que un añadido para ofrecer más seguridad o para cumplir otras finalidades. El registro de instrumentos o documentos supondría añadir una carga más a un procedimiento intolerable. Los Registros pueden implantarse para atender a distintas finalidades como son: evitar falsedades, evitar litigios y ofrecer seguridad y

⁸⁶ Real Property Commissioners, "Second Report 1830" appendix 97.

⁸⁷ Basta recordar los problemas que hoy tienen los programas de titulación de tierras, en Perú, Brasil o Guatemala, para que los ciudadanos lleven sus títulos al Registro, sobre todo las segundas transmisiones. La historia del Registro español, en particular en Galicia, también conoce las dificultades.

⁸⁸ "Expediency of a General Register, its practicability, the mode of registration, the effects to be attributed to Registration" Real Property Commissioners. "Second Report 1830" appendix pág 2.

⁸⁹ Real Property Commissioners. "Second Report 1830" appendix pág 52.

⁹⁰ Real Property Commissioners. "Second Report 1830" appendix pág 52.

certeza pero, en opinión de Hogg, en Inglaterra todo eso se ha conseguido aunque a un precio exorbitante. Por ello, el motivo para reformar la legislación sobre propiedad inmobiliaria e implantar el Registro se encuentra en los enormes costes y crueles retrasos que dificultan la enajenación de la propiedad ⁹¹.

Reconoce Hogg las dificultades de la implantación del Registro, al tener que relacionar cada título con un inmueble e inscribirlos en un libro. Sin embargo la experiencia de otros países de Europa, con títulos tan complicados y confusos como los ingleses, que han conseguido implantar un registro de derechos (title), logrando que las transmisiones sean más baratas, ágiles y seguras, es una prueba real de la posibilidad de implantarlo. Para lograr este objetivo propone: una implantación gradual, empezando por un pequeño condado, y recabar información de los países del continente europeo que han desarrollado sistemas registrales similares. El establecimiento de un Registro supone siempre una intervención pública sobre la propiedad y en Inglaterra, más que en ningún otro país, existe una desconfianza hacia el gobierno y también a mostrar ante unos funcionarios el estado de los bienes inmuebles. Para vencer esta desconfianza propone que los títulos registrados gocen de más ventajas que los documentos no registrados ⁹².

Por otra parte, aunque la propuesta de Hogg no desarrolla los efectos de los asientos del Registro —no dice si el título será indefeasible—, resulta un gran avance para su época sostener que los asientos del registro constituyen el título, el único y completo título ⁹³. La integridad, que tantos quebraderos dará a la doctrina hipotecarista, hace su aparición (the entire title). Pero también es muy interesante su propuesta organizativa de conectar el Registro Inmobiliario con el Registro Civil para que el Registro sea visto como algo benéfico e igual para todas las clases ⁹⁴.

Aunque el Registro propuesto por el informe no se llevó nunca a la práctica, sin embargo influyó grandemente en el posterior debate sobre la implantación del Registro, no sólo en Inglaterra sino también en las colonias. El llamado “Register of Title” (Registro de Derechos) aparece mencionado en las comunicaciones de dos juristas contenidas en los apéndices y a partir de

⁹¹ Real Property Commissioners. “Second Report 1830” appendix pág 52

⁹² También relaciona Hogg la oposición a la publicidad registral con el fomento del “crimen stellationatus”. Real Property Commissioners, “Second Report 1830” appendix, pág 54. La extensión del estelionato en Europa y la consideración del Registro como instrumento contra el se refleja también en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861.

⁹³ Real Property Commissioners, “Second Report 1830” appendix pág 54

⁹⁴ Aunque esta propuesta esta relacionada con los problemas religiosos de la Inglaterra del primer tercio del siglo XIX y las competencias de las diócesis.

entonces la doctrina inglesa centrará aquí el debate sobre el Registro. También Torrens parece haber tenido en cuenta las reflexiones contenidas en el informe⁹⁵ y la posterior Comisión discutirá sobre la idoneidad de implantar un Registro de Derechos. La construcción del mecanismo de transmisión de inmuebles de modo similar a la transmisión de las acciones llevará diseñar el modelo registral inspirándose en la bolsa de valores⁹⁶, también esta intuición se encuentra en el apéndice. El informe analizará correctamente los motivos a favor y en contra del sistema registral y realizará un análisis de los posibles costes y beneficios. A pesar de no ser muy adecuado el diseño del sistema, sin embargo superaba los modelos existentes en el continente al pretender incorporar los títulos sucesorios y buscar una manera de organizar los índices de manera más efectiva que los índices por personas.

V. EL FRACASO DE LOS PROYECTOS POSTERIORES AL SEGUNDO INFORME DE 1830 Y EL INFORME DEL “SELECT COMMITTEE” DE 1832 SOBRE EL REGISTRO

Los proyectos de implantación de Registros presentados durante los siglos XVII y XVIII habían fracasado por la oposición de los solicitores, la superficialidad de los proyectos y por la inexistencia de una necesidad social atendido el número de transacciones⁹⁷. Sin embargo, en el siglo XIX cambiaron las circunstancias y aumentaron el número de transacciones sobre bienes inmuebles, pero la oposición de los solicitores al establecimiento del Registro continuo siendo una constante durante todo el siglo, a lo que se unió el temor de los pequeños propietarios de que el Registro fuese un instrumento para establecer un nuevo impuesto sobre la propiedad⁹⁸.

En diciembre de 1830 John Campbell, miembro de la Real Property Commission, presentó en el Parlamento un proyecto dirigido a establecer un

⁹⁵ En opinión de HOGG, J.E. “*The Australian Torrens System*”, Londres, 1905, pág 14, el germen del sistema Torrens se encuentra en la doctrina surgida del informe de 1830. En particular cita Hogg las comunicaciones, ya vistas, de Fonnereau y Hogg a las que añade la de William Hayes, también contenida en las páginas 354 a 368 del apéndice.

⁹⁶ Mientras que el sistema Torrens fue diseñado inspirándose en el Registro de Buques el Registro inglés se inspiró en el Registro de acciones y participaciones. ROUFF, THEODORE. B.F. “*An Englishman Looks at the Torrens System*”, Sidney 1957, pág 2

⁹⁷ STEIN, R.T.J. y STONE, M.A., “*Torrens Title*”, Sidney 1991, pág 11. En Inglaterra hasta principios del siglo XIX sólo 24 nobles poseían cada uno más de 100.000 acres. Esto significaba que eran pocas las transacciones y los terratenientes solían establecer vinculaciones para impedir las transmisiones. La existencia de pequeños propietarios, titulares de un acre o más, era muy reducida. Dice Johnson en “*The Small Landowner*” que en Inglaterra el número de pequeños propietarios era seis veces inferior al existente en Francia.

⁹⁸ Tratman citado por STEIN, R.T.J. y STONE, M.A. “*Torrens Title*”, Sidney 1991, pág 12.

Registro Central en Londres, que volvió a ser presentado en junio de 1831. Más de 1200 propietarios y ciudadanos de Sommerset se opusieron alegando que el Registro impediría constituir hipotecas rápidas y secretas, la Corporación de propietarios de Lincoln alegaba que se favorecía la curiosidad insana, y, la ciudad de Liverpool decía que se aumentaría la litigiosidad. Incluso se consideró inconstitucional el proyecto por privar a los propietarios de la custodia de sus escrituras. Otros intentos posteriores tampoco llegaron a obtener la aprobación de la Cámara de los comunes ⁹⁹.

Este Informe es sólo una reafirmación del presentado en 1830 por los Real Property Commissioners, también en la línea del Registro como depósito de documentos. Sin embargo, propone superar la doctrina del conocimiento, haciendo inmune al adquirente inscrito respecto al presunto o posible conocimiento de la enajenación anterior no registrada, salvo en el caso de fraude, lo que supone un adelanto respecto a los Registros de Documentos que en el siglo XIX se implantarán en el continente europeo. Pero la incertidumbre sigue estando presente en todas las transmisiones aunque se haya empleado la máxima diligencia para adquirir ¹⁰⁰.

De entre las posibles objeciones a la implantación de un Registro el Comité destaca la dificultad para conceder hipotecas ¹⁰¹ y los peligros que surgen de la publicidad de las situaciones patrimoniales de los particulares. El resultado final del Informe sigue las opiniones expresadas por John Campbell ¹⁰².

VI. EL PRIMER INFORME DE LA “REGISTRATION AND CONVEYANCING COMMISSION” DE 1850

Esta Comisión se crea para averiguar si los obstáculos que afectan a la propiedad inmobiliaria pueden disminuirse estableciendo un sistema de registro de documentos y simplificando las formas de redacción de docu-

⁹⁹ Los avatares se detallan en WILKINSON; H.N. “*Land Registration in England and Wales before 1925*”, *The Conveyancer*, Vol 36, pág 391.

¹⁰⁰ Select Committee, “Report 1832”, pág 4.

¹⁰¹ La “legal mortgage” exigía una transmisión del título y con en pago otra re-transmisión. Además el título estaba sujeto a inspección por los sucesivos adquirentes. En cambio, la “equitable mortgage” sólo exigía el depósito de las escrituras y este procedimiento, además, era secreto. ANDERSON, J.S. “*Lawyers and the making of the English Land Law 1832-1940*”, Oxford 1992, pág 46.

¹⁰² Las opiniones de Campbell, que también formaba parte de la Real Property Commission, son seguidas literalmente en el Informe. Puede verse Select Committee, “Report 1832” appendix, pág 13 y ss, en las que se contienen las contestaciones de Campbell, en particular la quinta contestación.

mentos para la contratación inmobiliaria, y los medios por los que puede esto lograrse ¹⁰³.

a) El establecimiento del Registro

1. Introducción. En lugar de ofrecer razones a favor del Registro, la Comisión analiza las objeciones en su contra y las causas que han llevado al fracaso de todos los intentos para implantarlo.

El Informe entiende por obstáculo de la propiedad (*burdens of land*) todo aquello que tiene como efecto disminuir el valor de la propiedad o detraerla del fin al que su propietario quiere destinarla ¹⁰⁴. Desde esta perspectiva, no son sólo obstáculo los gastos que conlleva intentar que el título sea seguro (*positive burdens*) sino también el retraso o el temor a las dilaciones, que es la principal causa de la depreciación del valor de los inmuebles.

El sistema de contratación inmobiliaria es complicado e inseguro. Si la posesión del inmueble no es prueba de la propiedad, menos todavía lo es la posesión de las escrituras. Aunque en la práctica no era frecuente la supresión de las escrituras, bastaba la mera posibilidad para hacer necesaria la investigación ¹⁰⁵. Y lo que es posible que ocurra hace que sea estrictamente necesario protegerse de ello ¹⁰⁶.

2. El diseño del modelo registral. El principal problema es cómo conseguir un sistema registral que funcione, ésta es la más difícil e importante tarea de la Comisión. En una primera aproximación el Informe dice que el sistema registral debe de ser sencillo, seguro y lo menos costoso posible ¹⁰⁷.

La finalidad del sistema es asegurar al adquirente que no existe ningún documento que pueda vencer o modificar el título y proporcionarle los medios para que pueda, de un modo rápido y sencillo, asegurar su título. Si el

¹⁰³ Registration and Conveyancing Commission. "First Report 1850", pág 2.

¹⁰⁴ Registration and Conveyancing Commission. "First Report 1850", pág 6.

¹⁰⁵ La investigación del título llevaba consigo la necesidad de realizar búsquedas en diferentes lugares y un gran coste. Los distintos juristas que responden a las preguntas de la Comisión la consideran: "manifold, intricate, chargeable, tedious, and uncertain". Registration and Conveyancing Commission. "First Report 1850" pág 5.

¹⁰⁶ Registration and Conveyancing Commission. "First Report 1850", pág 5.

¹⁰⁷ Registration and Conveyancing Commission "First Report 1850" pág 6. Richard Torrens debió inspirarse en este informe así como en el de 1830 cuando dijo que el sistema de registro debía ser "reliable, simple cheap and speedy". ROUFF, T.B.F. "An Englishman looks at Torrens System" Sidney 1957, pág 6.

Registro no puede conseguir este objetivo se convierte en un engaño en vez de un medio para proporcionar seguridad ¹⁰⁸.

Comparte las propuestas de los anteriores informes, en especial el de 1830, pero la gran novedad es proponer la organización de los índices utilizando un mapa al que referenciar las fincas. La búsqueda en el “Map Index” permitirá conectar el inmueble con los documentos que le afectan y con ello, cumplir con una de las finalidades del Registro: ofrecer al comprador los medios para descubrir todos los documentos que pueden afectar al derecho que pretende adquirir ¹⁰⁹.

El Informe se muestra partidario de un mapa de carácter público ¹¹⁰ y no privado, para reducir los gastos de los particulares por su utilización, unificar criterios y facilitar la reducción del tamaño de las escrituras evitando descripciones tediosas e innecesarias. El mapa haría más precisos los contratos y reduciría los costes de investigación.

Sin embargo, la posibilidad de utilizar mapas fue rechazada por la “Real Property Commission” por las siguientes razones: 1) los excesivos costes que suponía elaborar un mapa de todo el territorio; 2) las dificultades para delimitar la propiedad después de su división y alteración de los linderos; 3) la dificultad para establecer linderos de determinadas propiedades; 4) la necesidad de cambiar la manera de redactar las escrituras ¹¹¹.

La Comisión formula su propuesta de índices para la ordenación del Registro en términos similares al plan de Duval, sustituyendo el “Index to Roots of Title” por el “Land Index” del distrito en el que se hará referencia a las fincas afectadas por la escritura. Siguiendo la propuesta de Duval existirá un segundo índice, ahora llamado Index of Titles, en el que se recogerán los datos de la escritura. La Comisión propone iniciar la implantación del sistema de manera gradual en distintas partes de Inglaterra. Sugiere la Comisión la realización de un estudio para adaptar los mapas existentes a su utilización por el Registro ¹¹².

b) Efectos del Registro

El Informe aborda el problema de las escrituras registradas que se remiten a “trusts” contenidos en otras escrituras no registradas y conecta esta

¹⁰⁸ Registration and Conveyancing Commission. “First Report 1850” pág 6.

¹⁰⁹ Registration and Conveyancing Commission, “First Report 1850”, pág 16.

¹¹⁰ Registration and Conveyancing Commission, “First Report 1850”, pág 19.

¹¹¹ Real Property Commissioners, “Second Report 1830”, pág

¹¹² Registration and Conveyancing Commission. “First Report 1850”, pág 25.

cuestión con la “doctrina del conocimiento”. Lo esencial del sistema de registro es que muestre todos los documentos que pueden afectar al comprador y este no se vea perjudicado por documentos que no le conciernen. Y si las partes que han querido dejar algún negocio al margen del Registro, no están obligadas a buscar la protección de este. Tienen bastante con la protección extra-registral ¹¹³. La Comisión entiende que hay que establecer una norma clara: ningún propietario puede verse afectado por la referencia existente en una escritura registrada a cualquier documento no registrado, aunque de ello se deduzca la existencia de un “trust” ¹¹⁴. De lo contrario el Registro dejaría cumplir sus funciones ¹¹⁵ y se perjudicaría al comprador

Esta regla no sólo debe aplicarse a los “trusts” sino también a cualquier otro derecho contenido en un documento no registrado al que se refiera una escritura registrada. Con ello se deja en manos de los titulares de los derechos la decisión sobre el grado de protección que quieren atribuirles ¹¹⁶ y se refuerza el valor de lo registrado.

c) Los diferentes sistemas registrales

Tras el Informe de 1830 y la experiencia europea, la Comisión no puede pasar por alto la existencia de otras alternativas, y así, el Informe presta atención al acto de registrar como decisión judicial, a la que llama “Judicial Registration”; y a la propuesta del “Register of Titles”, obra de Wilson, que asimila la transmisión de la propiedad con la transmisión de las acciones.

La “Judicial Registration” ofrece mayor seguridad que la “Registration of Deeds” porque el asiento registral no sólo ofrece seguridad frente a ulteriores actos de disposición, también registrados, del mismo transmitente sino que proporciona el título. Por ello, el acto de registrar es un acto judicial ¹¹⁷. Pero este sistema es inaplicable a Inglaterra porque la complejidad de los derechos

¹¹³ Registration and Conveyancing Commission, “First Report 1850” pág 30

¹¹⁴ Registration and Conveyancing Commission, “First Report 1850” pág 31

¹¹⁵ Este problema se sigue planteando en la actualidad en aquellos sistemas que siguen la técnica del encasillado y, ante su insuficiencia, remiten a datos que constan en las escrituras. También en algunos países, aparentemente avanzados en materia registral, en los que el Registro no es más que un directorio para ir buscando escrituras por los diferentes protocolos notariales (incrementando además los costes de investigación)

¹¹⁶ Registration and Conveyancing Commission. “First Report 1850”, pág 31

¹¹⁷ Registration and Conveyancing Commission. “First Report 1850” pág 35. OLIVER, B. “*Derecho Inmobiliario Español*”, tomo I, 1892, pág 230 “los asientos en los Registros organizados, según el sistema alemán, son el resultado de un acto de jurisdicción voluntaria, y hasta cierto punto reúne los elementos de una verdadera declaración judicial que causa estado.

impide asegurar sin riesgo de error qué derechos recaen sobre una porción de tierra. Cada enajenación supondría la realización de un juicio de la mayor complejidad. Para introducir un sistema de “Judicial Registration” deberían realizarse cambios legislativos que exceden las funciones encomendadas a la “Registration and Conveyancing Commission”¹¹⁸. De este modo, la Comisión se inclina a favor de la “registration of deeds” por entender que este modelo, a diferencia de los otros, no requiere una previa reforma de los derechos reales. Es más, este modelo puede servir para facilitar la introducción de las reformas de la “Law of Real Property”¹¹⁹.

En las palabras finales del Informe la Comisión hace gala de una gran prudencia al reconocer que el Registro, por sí solo, no es suficiente para que las transmisiones de inmuebles sean baratas y sencillas. El Registro servirá para facilitar la prueba de los derechos (the evidence of title) pero no evitará los inconvenientes que surgen de la complejidad de los derechos ni salvará los defectos e insuficiencias de la ley¹²⁰.

d) La opinión disidente de algunos miembros de la Comisión

En esta Comisión no hubo acuerdo de todos sus miembros; cinco¹²¹ estuvieron conformes mientras que dos¹²² mantuvieron una posición discrepante en algunos puntos y no firmaron el Informe final, formulando un “voto particular”.

La mayor discrepancia se encuentra en la recomendación de formar un mapa público que sea la base de los índices, por considerar que dificultará las transmisiones, introducirá incerteza en los títulos y, a la larga, creará un nuevo obstáculo en el mecanismo de transmisión. Consideran más adecuada la propuesta del Informe de 1830 junto con la posibilidad de utilizar mapas privados¹²³.

Los discrepantes también se muestran partidarios de abolir la “doctrine of notice” frente al Registro porque esta doctrina lo devalúa. Pero la supresión de esta “doctrina”, dirigida a evitar los fraudes, obliga a buscar en el Registro un remedio alternativo que, opinan, no se ha encontrado. Los errores en el

¹¹⁸ Registration and Conveyancing Commission. “First Report 1850”, pág 36.

¹¹⁹ Registration and Conveyancing Commission. “First Report 1850”, pág 36.

¹²⁰ Registration and Conveyancing Commission. “First Report 1850”, pág 37.

¹²¹ Langdale, Beaumont, Henry Bellenden Ker, Walter Coulson, Geo Ferre.

¹²² Joseph Humphry y Francis Broderip.

¹²³ Registration and Conveyancing Commission, “First Report 1850”, Supplementary Paper, pág 39.

funcionamiento del Registro pueden convertirlo en un mecanismo para defraudar más que para proteger los derechos.

Y por último opinan que las funciones del registrador deben ser meramente administrativas evitando concederle facultades ampliamente discrecionales.

En definitiva consideran que el Informe es oscuro, poco desarrollado y no presta la debida atención a temas como los mapas. Un “Map System” sólo puede establecerse concediendo un derecho ilimitado de entrar e inspeccionar viviendas y edificaciones privadas, pero su elaboración es muy costosa y lenta, lo que supondría posponer los beneficios del Registro ¹²⁴.

e) La propuesta de Robert Wilson

En el apéndice al Informe destaca la propuesta de Robert Wilson, favorable a Register of Title, acompañada de los distintos modelos de certificados necesarios para organizar el Registro ¹²⁵.

Parte Wilson de la idea que el “derecho a enajenar” es idéntico cuando se trata de una manzana, una acción de ferrocarril o un inmueble. Si el acto de enajenación es sencillo y uniforme también deben serlo los medios por los que se ejercita el derecho ¹²⁶. Se pregunta ¿por qué es tan difícil transmitir un derecho llamado “freehold” cuando resulta tan fácil transmitir una acción de ferrocarril? y ¿por qué las leyes hacen posible que exista una lista de titulares de acciones de ferrocarril y no de todos los propietarios de inmuebles? Mientras que para un tipo de propiedad el adquirente es informado de quién está legitimado para transmitir, para otro tipo de propiedad el adquirente debe llegar a dicha conclusión por sí mismo mediante una laboriosa investigación de carácter retrospectivo.

La titularidad de las acciones está siempre actualizada y no depende del transcurso de sesenta años; la legislación no remite a una tediosa e incierta enumeración de transmisiones. Esto es consecuencia de un determinado sistema registral que evita las investigaciones retrospectivas y declara quién es el dueño.

¹²⁴ Registration and Conveyancing Commission, “First Report, 1850”, Supplementary Paper, pág 41.

¹²⁵ Registration and Conveyancing Commission, “First Report, 1850”, Appendix VII, Carta de de Mr R. Wilson a Coulson, págs 244 a 246, Appendix VIII, recoge las “forms” (modelos) preparados por R. Wilson, págs 247 a 434, y en las pág 483 a 510.

¹²⁶ Registration and Conveyancing Commission, “First Report 1850” appendix, pág 244.

Wilson pretende construir un Registro en el que el registrador no tenga facultades judiciales y para ello es necesario que los documentos de transmisión sean muy simples, en forma impresa, sin variaciones, porque de lo contrario, sólo cabrían dos alternativas: reducir el Registro a un mero archivo de documentos en los que el registrador tiene meras funciones administrativas y cada persona por sí misma investigará la titularidad; o se atribuye a las decisiones del registrador el valor de vincular a las partes ausentes ¹²⁷.

Wilson pretende demostrar que el mecanismo de transmisión de acciones es aplicable, en sustancia, a la transmisión de los bienes inmuebles ¹²⁸. El acto de enajenación no es más que un cambio en el elemento subjetivo de una relación personal, no la transferencia de algo material. Pero en la propiedad inmobiliaria el propietario puede constituir derechos derivados, hipotecas o arrendamientos (mortgages, leases), lo que supone introducir varios “actos de referencia”. Esto significa que la “propiedad” de las acciones se encuentra en un solo título y la propiedad de un inmueble está integrada por varios títulos. En las acciones y los inmuebles puede haber cambios “de” propiedad pero, en los inmuebles, también hay cambios “en” la propiedad. Esto último lleva a que los certificados de titularidad de los inmuebles, en la medida que puede transmitirse un derecho desmembrado, pueden resultar inexactos y, por ello, propone emitir uno nuevo cada vez que se transmita un derecho desmembrado de la propiedad. De este modo, la propiedad quedará siempre precisada en el certificado y, por ello, el mecanismo de transmisión también será idéntico.

Para implantar este modelo registral hace falta un periodo de transición y una introducción gradual. Durante diez o quince años el Registro sólo será un principio de prueba y el título será impugnabile y se establecerá una Oficina en Londres al frente de la se nombrará a un Barrister de alto nivel (first rate eminence) con rango de juez ¹²⁹. En definitiva se trata de transformar gradualmente un sistema retrospectivo en un sistema de certificados ¹³⁰.

¹²⁷ Hay que señalar que tanto en el Informe cuanto en la carta de Wilson cuando se habla de “Judicial Registration” no se atribuye esta función a un juez (judge) sino a un funcionario público (public officer).

¹²⁸ Registration and Conveyancing Commission, “First Report 1850” appendix, pág 244.

¹²⁹ Registration and Conveyancing Commission, “First Report 1850”, appendix, pág 483.

¹³⁰ Registration and Conveyancing Commission, “First Report 1850” appendix, pág 246.

VII. INFORME DE LA “REGISTRATION OF TITLE COMMISSION” DE 1857

A) Introducción

En los últimos veinte años fueron presentados veinte proyectos de ley dirigidos al establecimiento del Registro de la Propiedad siguiendo el modelo del Register of Deeds, pero tras el Informe de 1853 del Select Committee de la Cámara de los Comunes de 1853, el Parlamento y el Gobierno optan por estudiar un cambio de modelo. En 1854 se creó una Comisión que tenía por finalidad el estudio de la “Registration of Title como medio idóneo para facilitar la compra y transmisión de los inmuebles. Por fin, se habían impuesto las ideas apuntadas por T.G. Fonnereau y T.J. Hogg, posteriormente desarrolladas por H. Sewell ¹³¹, y, sobre todo, por R. Wilson ¹³².

La Comisión realiza un listado de los males que aquejan a los adquirentes de bienes inmuebles que no es más que una forma indirecta de enumerar las ventajas del registro. Se trata de veintiún inconvenientes que pueden reducirse a: a) facilidad para que existan títulos fraudulentos suprimiendo u ocultando escrituras, ser costosa la obtención de copias y difícil la custodia de las escrituras; b) las diferencias entre “equidad” y “legal” dan lugar a alteraciones de la prioridad y a costosos procedimientos; c) la doctrina de la “notice” que se imputa con carácter presuntivo ocasiona pérdidas de preferencia; d) situación general de inseguridad al no ser posible obtener una prueba positiva de la titularidad, sólo negativas que hacen el título siempre impugnabile; e) necesidad de realizar investigaciones históricas (retrospectivas) de los títulos en cada transmisión.

B) La “Registration of Deeds” o “Registration of Assurances”

a) *Las ventajas de la Registration of Deeds*

Este sistema registral evita los inconvenientes derivados de la desaparición de las escrituras y cláusulas frecuentes en la contratación, como los covenants ¹³³, dirigidas a la presentación de las correspondientes escrituras.

¹³¹ SEWELL, H. “A Letter to the Earl of Yarborough”, Londres 1850.

¹³² WILSON, R. “A Letter to Lord John Russell on the Transfer of Landed Property”, Londres 1853. Posteriormente publicará “Registration of Title to Land”, Londres 1863.

¹³³ Covenants for title son acuerdos que dan derecho al comprador o acreedor hipotecario para ejercitar una acción de reclamación de daños, frente al vendedor o hipotecante, si posteriormente se descubre que el título es defectuoso. ROWTON SIMPSON, S. “Land Law and Registration” Book 1, Cambridge, pág XXXIX.

Uno de los mayores inconvenientes del sistema actual de contratación es la doctrina de la “notice”; El adquirente se vería afectado por una escritura de la que presuntivamente se le imputa conocimiento. El Registro de Documentos protegería al adquirente frente a los documentos de los que no pudo tener conocimiento. En definitiva incrementa la seguridad del título y protege ante ciertos fraudes ¹³⁴.

b) Insuficiencias de la Registration of Deeds

Sin embargo hay aspectos sobre los que la Registration of Deeds se revela totalmente ineficaz y, por ello, está sujeta a las siguientes objeciones:

b1. Primera objeción: El amplio número de documentos que será necesario conservar, buscar y examinar ¹³⁵.

b2. Segunda objeción: Es una nueva carga añadida a las existentes para poder transmitir un inmueble. El Registro de Documentos no hace desaparecer ninguna de las causas que originan costes excesivos en las transmisiones. Las investigaciones siguen siendo retrospectivas y no se simplifica los documentos de transmisión. El coste de investigación supone entre uno y dos tercios del total coste de la transacción y son mayores porcentualmente cuando las enajenaciones se refieren a inmuebles de poco valor, en consecuencia los pequeños propietarios no buscarán la protección registral ¹³⁶.

b3. Tercera objeción: No se consigue una simplificación ni mayor exactitud, porque algunos documentos referidos a un inmueble puede que no accedan al Registro. En caso de utilizar extractos sería necesario completar el contenido con la escritura que permanece fuera del Registro.

b4. Cuarta objeción: Hace públicos más datos privados de los que son necesarios para la contratación inmobiliaria ¹³⁷.

b5. Quinta objeción: Dificulta la obtención de créditos depositando las escrituras en poder del prestamista ¹³⁸. No es lo mismo un certificado en el que se constata el hecho de la inscripción que en un certificado de dominio.

¹³⁴ Registration of Title Commission, Report 1857, pág 9.

¹³⁵ Los solicitors calcularon que cada año se acumularían 300.000 escrituras. La cifra fue publicada por Lord St. Leonards´ en un escrito titulado “Shall we register our Deeds?”, recogida por la Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 10.

¹³⁶ Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 13.

¹³⁷ Registration of Title Commission. “Report 1857” pág 12.

¹³⁸ Esta objeción fue tratada por el Select Committee en su Informe de 1832.

Esto último tiene lugar cuando el Registro es de derechos y no de documentos ¹³⁹.

b6. Sexta objeción: Dificulta la adquisición por la posesión continuada pues pública los defectos de los títulos e incita a impugnarlos ¹⁴⁰.

b7. Séptima objeción: No existe modo de organizar los índices del Registro de manera satisfactoria para que las búsquedas no sean complicadas, lo que convierte al Registro de Documentos en un engaño para los compradores. Los intentos de organizar los índices de la Real Property Commission y la Registration and Conveyancing Commission, han confundido los tecnicismos de la Ley de la Propiedad Inmobiliaria con el procedimiento registral ¹⁴¹ resultando insatisfactorios.

c) *La experiencia de los Registros de York y Middlesex*

La “Real Property Commission” sostuvo que estos registro eran beneficiosos y que no existía ningún intento de suprimirlos. Pero la “Registration and Conveyancing Commission” mantuvo que no servían de modelo y la “Registration of Title Commission”, en términos similares, entiende que no aportan ninguna respuesta a las insuficiencias del registro de documentos para suprimir las dificultades de la transmisión de inmuebles ¹⁴²:

C) La “Registration of Title”

a) *Las diferentes propuestas organizativas*

El establecimiento de un Registro se considera el medio para simplificar el contenido y la forma de los títulos de propiedad, agilizar las transmisiones y, con ello, reducir los costes y la tardanza de la contratación inmobiliaria ¹⁴³. La seguridad de los títulos puede lograrse por diversos medios, pero el Registro es el medio más ágil, barato y sencillo. Diversas son las propuestas dirigidas a lograr este objetivo

¹³⁹ Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 13.

¹⁴⁰ Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 13.

¹⁴¹ Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 14.

¹⁴² Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 15.

¹⁴³ Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 16.

a1. Primera propuesta: Tribunal Inmobiliario (Land Tribunal) ¹⁴⁴.

Es un Tribunal especializado el que decide registrar, a solicitud del particular, tras un exhaustivo examen del título presentado. Puede obtenerse una declaración con carácter de prueba plena de los derechos y cargas existentes. El Tribunal, en este caso, expedirá un “Certificado del Título” y, para evitar posibles daños a terceros, el Estado debe garantizar el Título. Se prevé la creación de un fondo de seguro constituido por pequeñas primas satisfechas al registrar para indemnizar a los terceros lesionados en sus derechos.

Con esta propuesta se obtiene un título inatacable, que se transmite con una inscripción en el Registro y facilita la obtención de crédito, incorporado a una cédula, fácilmente transmisible. La Comisión valora positivamente la sencillez del modelo propuesto así como las múltiples sugerencias. Sin embargo, la implantación de un Tribunal especializado que realiza un juicio similar al procedimiento de purga, dando lugar a un nuevo propietario y al pago de las cargas existentes no responde a las demandas de una sociedad en la que no hay grandes cambios en las titularidades y los bienes permanecen dentro del ámbito familiar ¹⁴⁵. Y se critica la intervención de este Tribunal para el establecimiento de cargas reales porque supondría privar al propietario del derecho a gravar su propiedad con la extensión de la que actualmente goza ¹⁴⁶.

No obstante, merece una valoración muy positiva por parte de la Comisión la propuesta de garantizar el título. El tema de la responsabilidad del sistema es una pieza esencial para el establecimiento de un Registro ¹⁴⁷. Hasta el momento en cada transmisión se investigaba la calidad del título, pero el nuevo adquirente no se fiaba de la investigación del transmitente. Ahora, será el registrador quién tras una adecuada investigación del título tomará la decisión de garantizarlo y el particular que obtiene un título garantizado deberá

¹⁴⁴ El autor de la propuesta fue Vicent Scully que aunque luego firmó el Informe definitivo formuló un voto particular (recogido en un Memorandum). Registration of Title Commission, “Report 1857” appendix, pág 67.

¹⁴⁵ “The object in that case is to obtain altogether a new proprietary, and to provide the payments of debts” Registracion of Title, “Report 1857”, pág 17 Sobre la purga puede verse PARDO, C. “Entre la purga y la fe pública”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1993, N.º 614, pag 111 y ss.

¹⁴⁶ En Irlanda existía un “Land Tribunal”, en el que se inspira esta propuesta, un sistema general de valoración de inmuebles y una institución encargada de realizar el “mapa público” llamada Ordnance Survey.

¹⁴⁷ Tal es la importancia de la responsabilidad que se llegado a decir que “sin responsabilidad no hay Registro” PARDO NUÑEZ, C. “La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado”, incluido en el libro “La Calificación Registral”, Tomo I, Madrid 1996, pág 55.

pagar un pequeña prima. Con estas primas se constituirá un fondo para las posibles indemnizaciones ¹⁴⁸. El Estado se convierte en el asegurador.

a2. Segunda propuesta: Registro del Dominio (Registration of Freehold) y empleo de mapas ¹⁴⁹.

La raíz del título, según esta propuesta, se encuentra en la posesión. El poseedor del bien se presume que es titular del derecho de propiedad mientras no se pruebe lo contrario y está legitimado para registrar su propiedad, pero su título tiene carácter presuntivo. La inscripción del dominio (freehold) debe ser provisional durante un período de tiempo, seis o veinte años, durante el cual pueden reclamar los titulares de cargas o de derechos contradictorios. Este sistema se complementa con un mapa de todas las parcelas del reino a las que se les asignará un signo numérico y que será la base para formar un libro de referencia (book of reference) que contendrá la descripción y contenido de cada distrito o parroquia así como el nombre del titular del dominio. Un delegado del registrador se desplazará a cada parroquia o distrito para recibir quejas y podrá resolver las demandas ¹⁵⁰. Sin embargo, este delegado del registrador aumentaría los costes y convertiría el registro en obligatorio.

Para la Comisión, el principal obstáculo de esta propuesta es la realización de un mapa de todo el territorio y la fijación de los linderos de las propiedades ¹⁵¹, porque los mapas existentes no son adecuados para registrar propiedades ¹⁵². Los mayores perjudicados por esta propuesta serán los pequeños propietarios ¹⁵³.

La Comisión niega que la elaboración obligatoria del mapa constituya la base del sistema, aunque reconoce las ventajas del mismo para la identificación de las fincas. Lo idóneo sería combinar la descripción literal con el empleo de un mapa cuya utilización tendría carácter facultativo, y podría ser

¹⁴⁸ Registration of Title Commission, "Report 1857", pág 18.

¹⁴⁹ Robert Wilson. Registration of Title Commission, "Report 1857", appendix, pág 83.

¹⁵⁰ Con esta propuesta hubiera logrado un Registro completo y provisional que con el tiempo devendría definitivo. ROWTON SIMPSON, S. "*Land Law and Registration*", Cambridge 1978, pág 43.

¹⁵¹ Además de por este motivo, la Comisión rechaza la propuesta de Wilson por considerar excesiva la intervención pública (statism), la visita a cada parroquia o distrito por un delegado del registrador para investigar los títulos, y la inscripción obligatoria (compulsory). ANDERSON, J.S. "*Lawyers and the making of English Land Law 1832-1940*", Oxford 1992, pág 91.

¹⁵² La elaboración de los mapas de la Oficina de Diezmos ha costado dos millones y medio de libras y se estima en más de un millón de libras la realización de mapas adecuados para el Registro. Estas cifras no incluyen el coste al que puede ascender la fijación de linderos. Esta última será una fuente de litigios y hará surgir disputas que permanecían aletargadas.

¹⁵³ La consecuencia de ello es la amenaza de que transcurrido el período provisional se pierdan los derechos no registrados. Registration of Title Commission, "Report 1857", pág 21.

público o privado decidiendo el registrador en cada caso la idoneidad del mapa ¹⁵⁴.

a3. Tercera propuesta: asimilar la transmisión de inmuebles a la transmisión de acciones ¹⁵⁵.

Esta posición había sido sostenida en el Informe de 1850 por Robert Wilson y por el Select Committee de la Cámara de los Comunes en su Informe de 1853. Según esta propuesta la persona que puede disponer de la propiedad en “fee simple” está legitimada para registrarla. El Registro se implantaría lentamente, sometiendo los títulos a una investigación durante sesenta años, salvo que el solicitante pidiese al Registrador una investigación especial del título. Si se concluye que el título es “marketable”, el Registrador podría garantizarlo frente a las reclamaciones de terceros. Al Registro solo accederían las transmisiones de inmuebles y los derechos de arrendamiento (leases), respecto de los otros derechos su titular sólo podría hacer constar en el Registro su oposición (distringas). La finalidad de esta propuesta es identificar un propietario legitimado por cada inmueble y con ello facilitar las transmisiones inmobiliarias.

Sin embargo, la Comisión entiende que las transmisiones inmobiliarias quedarían paralizadas si existen hipotecas u otros derechos y sus titulares han hecho constar su oposición. Para hacer constar en el Registro la oposición basta un simple juramento, lo que fomenta el abuso e incrementa los litigios. La insuficiencia de esta propuesta, a juicio de la Comisión, se encuentra en la limitación de los derechos que acceden al Registro ¹⁵⁶.

b) La propuesta de la Comisión

b1. Introducción

Las diferentes propuestas se muestran conformes en recomendar que la inscripción registral ha de ser la única expresión de la titularidad a los efec-

¹⁵⁴ La Comisión hace suyas la opinión de un conocido jurista, Joshua Williams, según la cual “un mapa es un buen siervo pero un mal amo” “muy útil como auxiliar pero muy dañino si se hace indispensable” Williams es autor del más importante libro inglés sobre “conveyancing” del siglo XIX. Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 22.

¹⁵⁵ W.Strickland Cookson, para el que el sistema de transmisión debe ser “simple”, “expeditious” y “cheap”. Registration and Conveyancing Commission, “Report 1857”, appendix, pág 128. En términos muy similares, Thos E. Headlam Registration of Title Commission, “Report 1857”, appendix, pág 134. Sin embargo, este autor formulará un voto particular al Informe por entender que el Estado no debe garantizar los títulos. Registration of Title Commission, “Report 1857”, memorandum, pág 51.

¹⁵⁶ Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 23.

tos de la transmisión¹⁵⁷ y que no es el “title” el objeto del Registro sino cierto tipo de propiedad, lo que debe dar lugar a una modificación legislativa y a un cambio del concepto de título. Las mayores dificultades radican en la fase de transición; entre los actuales títulos y las propiedades resultantes del Registro así como la protección de los derechos no registrados.

La Comisión asume parte de las ideas anticipadas por R. Wilson y estima que la transmisión de la propiedad debe realizarse con la sencillez y facilidad con la que se transmite la titularidad de un barco o de unas acciones. Pero matiza, que cualquiera que sea la propuesta, el propietario ha de gozar de los mismos poderes de disposición de los que goza con el actual sistema. La dificultad de asimilar la transmisión de inmuebles con la transmisión de acciones no deriva del distinto tipo de objeto sino de la diferente regulación jurídica, que responde a razones históricas. La propiedad inmobiliaria tiene una regulación de origen feudal mientras que la propiedad de las acciones ha sido modelada por decisiones del Parlamento.

El Registro debe evitar las investigaciones retrospectivas y facilitar la simplificación de los instrumentos de contratación inmobiliaria, para lograr estos objetivos debe ser una sucesión de transmisiones de propiedad y mostrar únicamente el titular actual.

Debe acceder al Registro únicamente el dominio, los arrendamientos y las cargas, pero estos últimos deben acceder en lugar distinto del dominio¹⁵⁸.

b2. Cuestiones preliminares.

Antes de exponer con detalle el modo de llevanza y efectos del Registro la Comisión considera necesario cinco puntos clave:

1. La obligatoriedad o voluntariedad de la inscripción: La Comisión recomienda el carácter voluntario del Registro pero enumera una serie de mecanismos o estímulos por los que se convertiría en obligatoria la inscripción¹⁵⁹. Pero esta inscripción voluntaria que es requisito de validez ni atribuye prioridad¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 23.

¹⁵⁸ Algunos miembros de la Comisión se muestran partidarios de admitir también el acceso de los derechos en “equidad” aunque no en el “Title Registry” sino formando un Registro distinto, únicamente a efectos de prioridad y de distribuir el precio de las ventas, lo que le aproximaría a un Registro de Documentos (Register of Assurances).

¹⁵⁹ En su análisis la Comisión mezcla la inscripción voluntaria con la constitutiva y también confunde los medios de estimular el acceso al Registro con la obligatoriedad. Privando a la inscripción del efecto mínimo que es la prioridad (hasta la conservaduría francesa otorga prioridad) el resultado de un modelo así no puede más que acabar en fracaso. No existe un incentivo adecuado para inscribir.

¹⁶⁰ Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 27.

2. El título que confiere el Registro ¿será inatacable o podrá ser destruido por la existencia de derechos anteriores al establecimiento del Registro?: El crear un título inatacable exigiría un examen judicial y que los no poseedores pudiesen hacer constar sus derechos para evitar su pérdida. El título procedente del Registro no será inatacable, estará basado en la posesión y no impedirá la investigación del título antecedente ¹⁶¹.

3. ¿Quedarán afectados los derechos anteriores al establecimiento del Registro?: La Comisión entiende que el hecho de registrar no afectará a los derechos preexistentes pero transcurrido un determinado período de tiempo, quedarán afectados si no han interpuesto la reclamación correspondiente.

4. El acceso de los derechos en “equidad” al Registro: El acceso de estos derechos (trusts y vinculaciones) acabaría con la sencillez del Registro. La Comisión, tras examinar la práctica, llega a la conclusión de que los derechos en “equidad” no deben acceder al Registro.

5. ¿Registro único o pluralidad de oficinas?: La Comisión es partidaria de un Registro Central, pero debe haber también oficinas locales para que el registrador compruebe la exactitud de la descripción y la identidad del inmueble. Lo idóneo sería una síntesis de ambos sistemas.

b3. Líneas generales del plan propuesto por la Comisión.

Se establecerá un Registro Central en Londres, bajo la dirección de un Registrador General y existirán oficinas en los diferentes distritos del reino.

El Registro puede ofrecer niveles distintos de protección; en unos casos garantiza el título y en otros no. Esto refleja el carácter flexible de la propuesta.

En el “Registro con título garantizado” la garantía no sólo opera respecto del futuro sino también del pasado. El propietario registrado sólo está sujeto a los derechos registrados, y no le afectan los derechos no registrados anteriores al registro ni los derechos que puedan surgir en el futuro. Esta es la situación recomendable que llevaría a una disminución de costes de transferencia y un incremento del valor de los inmuebles ¹⁶². Pero para que el título pueda ser garantizado, debe ser plenamente investigado por el registrador y, en caso de conformidad, imponer al adquirente el pago de una prima que será

¹⁶¹ La no necesidad de un examen adecuado de los títulos anteriores, la creación de un título débil y por otro lado creer que ello reducirá los costes y facilitará las transmisiones resulta contradictorio. Las premisas para el fracaso del sistema están sentadas con esta toma de posición por la Comisión. Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 28.

¹⁶² Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág 35.

ingresada en un fondo para atender indemnizaciones de aquellos que puedan resultar perjudicados en sus derechos.

Cuando el Registro no garantice el título registrado, la propiedad estará sujeta a todos los derechos que le afectaban al tiempo de la primera inscripción pero no le afectaran los derechos creados posteriormente. Con la primera inscripción la validez del título dependerá del título del transmitente y a medida que pase el tiempo, el título irá reforzándose hasta cumplir los plazos previstos en el “Statute of Limitations” y el título devendrá inatacable. En ese momento, el único título de propiedad transmisible será el que resulte del Registro y la investigación retrospectiva del título dejará de ser necesaria.

El Registro emitirá un certificado acreditativo del hecho de la inscripción y de la propiedad, pero hay derechos no registrados que afectan a la propiedad, actualmente denominados “overriding interests”¹⁶³. Tal certificado facilitará la obtención de créditos, sustituyendo el depósito de las escrituras en poder del acreedor, y ofrecerá más garantía para el prestamista¹⁶⁴.

Los derechos en equidad no deben acceder al Registro¹⁶⁵. Si el adquirente registrado ha obrado fraudulentamente, puede ser vencido, pero el simple conocimiento de la existencia de derechos no registrados no perjudica al adquirente inscrito.

La mejor manera de identificar las fincas en opinión de la Comisión es por una descripción literal acompañada de un plano. El Registrador debería tener amplias facultades para determinar la idoneidad de los mapas así como exigir una prueba adecuada de la descripción¹⁶⁶.

Las cargas también podrán ser registrada y el registrador, al igual que con el dominio, expedirá un certificado. La prioridad de todas las cargas vendrá determinada por la fecha de su registro, y también podrán registrarse los arrendamientos (propiedades a término) por más de veintiún años. En cada transmisión de la propiedad, y establecimiento de cargas o arrendamientos (propiedades a término), el registrador emitirá un nuevo certificado.

¹⁶³ Estos derechos inciden sobre la propiedad en su aspecto físico (servidumbres de aguas, de paso, los “profits a prendre”) o pueden conocerse por simple inspección (arrendamientos de corta duración) o se considera que gravan a los inmuebles por representar un interés público (impuestos sobre el inmueble “land tax”). Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág. 36.

¹⁶⁴ Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág. 36.

¹⁶⁵ Sin embargo se establecen algunos medios para proteger estos derechos como son los “caveats” que necesitaran el consentimiento del titular registral o de la autoridad judicial. También pueden adoptarse medidas de protección judicial como las “injunction by Court”. En materia de trusts y vinculaciones se prevé la constancia en el registro de un representante o nuevo propietario para mantener el tracto “chain of title”, Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág. 38.

¹⁶⁶ Registration of Title Commission, “Report 1857”, pág. 40.

En la confección de los índices el registrador gozará de amplias facultades. Tres serán los índices: propiedad, cargas y arrendamientos (propiedades a término). El registrador tendrá facultades para resolver las demandas siempre que exista acuerdo, en caso contrario las remitirá al juez. También tendrá facultades para dictar normas (regulations) y deberán ser distintos los honorarios (fees) según el tamaño de la propiedad. En general se considera que las facultades del registrador deben ser gubernativas y ejecutivas pero no judiciales ¹⁶⁷. Se trata de evitar la intervención pública en los asuntos privados ¹⁶⁸.

b4. Conclusiones de la Comisión.

Responde la Comisión a las objeciones que considera más importantes: el número de derechos registrables y la garantía del título.

Únicamente debe registrarse en el momento inicial la propiedad, las hipotecas y los arrendamientos, para evitar complicaciones, y cuando la sociedad se haya habituado al Registro, se posibilitará el acceso de otros derechos.

Respecto la garantía del título se objeta: que supone una intromisión del estado en actividades especulativas y que por una relación entre el Estado y un particular se afectan los derechos de un tercero que no es parte. La Comisión entiende que no se trata de una actividad especulativa y que la actuación negligente o fraudulenta de los funcionarios públicos, en materia de Registro, puede ocasionar daños cuantiosos al Estado. La obtención de un título garantizado es un desiderátum pues son mayores las ventajas que produce (aumento del valor del inmueble, mayor seguridad) que el importe de la prima de seguro que hay que pagar.

La Comisión realiza una enumeración de las ventajas derivadas del “Register of Title”, todas señaladas en las páginas precedentes del informe: 1) tiene todas las ventajas que puede reportar un “Register of Deeds”; 2) hace innecesaria la investigación retrospectiva; 3) simplifica el título de propiedad para el futuro; 4) hace seguras las transmisiones de propiedad (fee) y de los “arrendamientos” o “propiedades a término” (leases); 5) simplifica las formas de transmisión y contratación inmobiliaria (conveyance); 6) incrementa el valor en venta de los inmuebles; 7) disminuye los tipos de interés en los

¹⁶⁷ Vincent Scully dice que las facultades del registrador, al decidir si un título está garantizado, son quasi-judiciales y no gubernativas, Registration of Title Commission, “Report 1857”, memorándum, pág 55.

¹⁶⁸ En el apéndice del Informe se incluye un proyecto de ley, elaborado por el miembro de la Comisión W.D. Lewis, que contiene las disposiciones necesarias para la puesta en marcha de la maquinaria registral. Aunque la Comisión no lo comparte plenamente lo cita como modelo. Registration of Title Commission, “First Report 1857”, pág 43 y Appendix, part B, pág 142.

prestamos con garantía inmobiliaria; 8) facilita la enajenación de las distintas partes en las que se divide un inmueble; 9) permite a los adquirentes obtener un título garantizado casi al mismo coste con el que adquieren antes de su implantación ¹⁶⁹.

Finaliza el Informe, al igual que el Segundo Informe de la Real Property Commission, haciendo una referencia a la remuneración de los “solicitors”. La Comisión es consciente que la reforma propuesta afectará a los honorarios de los solicitors y por ello propone que por ley se establezca una escala de honorarios ¹⁷⁰.

Este Informe constituye la base del actual sistema registral inglés y, en opinión de la doctrina ¹⁷¹, es la más clara exposición del sistema.

VIII. LA LAND TRANSFER ACT DE 1862 Y EL INFORME DE LA ROYAL COMMISSION DE 1870 SOBRE SU FUNCIONAMIENTO

a) La Ley de 1862

En 1858 Lord Cranworth, Lord Chancellor, presentó un proyecto de ley ¹⁷², que apartándose del Informe de la Comisión de 1857 y siguiendo el modelo irlandés, pretendía atribuir a los tribunales la emisión de los certificados de los títulos y no establecer una oficina registral. En 1859 Hugh Cairns, Solicitor-General, presentó otros dos proyectos; en el primero quería establecer un Tribunal Inmobiliario que emitiese títulos inatacables (indefeasible) y, en el segundo seguía los criterios del Informe de 1857. Sin embargo, fue Bethell en 1861 quien impulsó el establecimiento del Registro y durante el mandato de Lord Westbury, en 1862, se aprobó la “Land Transfer Bill” posteriormente conocida como la “Land Registration Act”.

La aprobación de la ley fue precedida de una intensa oposición de la mayoría de los solicitors ¹⁷³, tanto dentro como fuera del Parlamento. Sin

¹⁶⁹ Registration of Title Commission, “First Report 1857”, pág 45.

¹⁷⁰ El sistema de retribución de los solicitors estaba basado en la extensión de los documentos pero algunos conveyancers se muestran partidarios de una retribución con arreglo a una escala “ad valorem”. El tema aparecerá de nuevo en el siglo XIX y será defendido por Joshua Williams.

¹⁷¹ STUART STUART-WALLACE, J. “*Principles of Land Registration*”, Londres 1937, pág 27.

¹⁷² La norma fue aprobada por la Cámara de los Lores (13 a 12) y, gracias a un cambio político, se perdió en la Cámara de los Comunes.

¹⁷³ OFFER, A. “Property and Politics 1870-1914”, Cambridge 1981, pág 30.

embargo, un grupo de solicitors que trabajaban en Londres al servicio de las agencias inmobiliarias pretendían quedarse con el grueso de la contratación inmobiliaria y por ello defendían el establecimiento de un Registro Central ¹⁷⁴. No faltaron los pragmáticos que estaban dispuestos a admitir el Registro siempre que hubiese un cambio en el mecanismo de retribuir sus honorarios: proponían la retribución con arreglo a una escala “ad valorem” ¹⁷⁵.

Según el preámbulo la finalidad de la Ley era: “dar certeza a los títulos de bienes inmuebles, facilitar su prueba, y conseguir que las transacciones sean más sencillas y baratas” ¹⁷⁶.

1. Título. El título para poder acceder debía ser perfecto e inatacable, “good” e “indefeasible” en la terminología inglesa. Esto suponía que la entrada del título en el Registro requería un examen del registrador para llegar al convencimiento de que era un título válido y “marketable” ¹⁷⁷.

El solicitante de la inscripción, en virtud de un título indefeasible, debía proporcionar una descripción exacta de la finca que comprendiese una fijación exacta de los linderos y se acompañase de un mapa o plano ¹⁷⁸. El registrador estaba facultado para realizar investigaciones dirigidas a comprobar la exactitud de la descripción; estaba obligado a dar conocimiento público y a notificar a los colindantes y cualquier persona que pudiese tener o reclamar un derecho sobre el inmueble. Existía un plazo mínimo de tres meses, desde la publicación o notificación, para formular objeciones. Transcurrido el plazo sin objeciones el registrador podía practicar el asiento ¹⁷⁹.

¹⁷⁴ ANDERSON, J.S. “Lawyers and the making of English Land Law”, Oxford 1992, pág 100. Recoge este autor las polémicas entre el “Law Times”, decididamente contrario a la implantación de un Registro, y el “Solicitor’s Journal” dominado por los solicitors de las agencias inmobiliarias de Londres.

¹⁷⁵ Para ANDERSON, J.S. “Lawyers and the making of English Land Law”, Oxford 1992, pág 104, no existía una posición unánime de los solicitors. Si bien es cierto que también existían solicitors que consideraban necesario el Registro, basta recordar a Robert Wilson, no es menos cierto que la mayoría estaban en contra, también así se manifestaron sus líderes en la Asamblea de 1859, y los años posteriores acentuarán el rechazo.

¹⁷⁶ “to give certainty to the title to real estates and to facilitate the proof thereof and also to render the dealing in land more simple and economical”.

¹⁷⁷ Land Transfer Act 1862, sección 5 “On application of a title as indefeasible, the title shall be examined by the registrar and examiners of title herein-after mentioned in such manner as general orders shall direct: no title shall be accepted for registration as indefeasible unless it shall appear to be such a court of equity would hold to be a valid marketable title”.

¹⁷⁸ El solicitante debía: 1 describir de manera exacta el inmueble; 2 manifestar la persona o personas que adquieren la titularidad y sus derechos; 3 manifestar las hipotecas cargas o gravámenes que pesen sobre el inmueble y sus titulares en “derecho” o “equidad”. Land Transfer Act 1862, sección 7.

¹⁷⁹ Land Transfer Act 1862, secciones 7,10,11,12,14.

También permitió el acceso de títulos indefeasible¹⁸⁰, con unos requisitos de prueba inferiores y, en consecuencia, con menores efectos. Pero, el procedimiento de registro era igual, en particular la necesidad de describir exactamente el inmueble y los linderos. En la práctica no fue presentado ninguno de estos títulos

2. Organización. El Registro consta de tres libros:

2.1. “Register of Estates with an indefeasible Title”, en este libro se describen las fincas como fueron finalmente admitidas, se anexan los planos y se le atribuye un número a la finca

2.2. “The Record of Title to Lands on the Registry”, aquí se hace constar el derecho y las facultades así como el nombre del titular o titulares

2.3. “The Register of Mortgages and Incumbrances”, se harán constar las hipotecas, cargas y gravámenes que afecten al inmueble, en todo o en parte¹⁸¹.

El Registro pretendía ser completo y por ello acceden todos los derechos sobre un inmueble.

3. El Registrador. Las facultades del registrador, aunque son gubernativas (ministerial) y no judiciales son bastante amplias: a) examina los títulos para determinar el carácter “indefeasible”; b) realiza de oficio investigaciones para resolver dudas de identidad, c) notifica a colindantes posibles perjudicados, d) tiene facultad para resolver las objeciones sobre el registro de un título o lo remite a los tribunales; salvo las objeciones de terceros al carácter indefeasible de un título que ha de remitirlo a los tribunales¹⁸²; e) establecer los honorarios que deben pagarse al Registro con la aprobación del Ministro de Justicia¹⁸³.

4. Efectos. Cuando nos encontramos ante un título indefeasible adquirido a título oneroso, desde la fecha del registro los derechos se entienden poseídos con la extensión expresada en el título frente a todas las personas y libres de cualquier otro derecho o reclamación, incluso de Su Majestad. En cambio si el título no es indefeasible este no perjudica a los derechos existente con anterioridad a la fecha de registro¹⁸⁴.

Pero la Ley no tuvo éxito, entre 1862 (15 de octubre) y 1869 (23 de enero), únicamente se presentaron 507 solicitudes y sólo fueron inscritas 349 fincas, 144 fueron denegadas y las restantes estaban siendo consideradas.

¹⁸⁰ Land Transfer Act 1862, sección 25.

¹⁸¹ Land Transfer Act 1862, sección 14.

¹⁸² Land Transfer Act 1862, secciones 6 y 13.

¹⁸³ Land Transfer Act 1862, sección 127.

¹⁸⁴ Land Transfer Act 1862, secciones 20 y 25.

La Ley fue un completo fracaso, el estándar exigido para que un título fuese registrado era muy elevado¹⁸⁵, se había diseñado una ley para títulos “rolls royce”. En 1868 volvió a instituirse una Royal Commission para que analizase las causas del fracaso de la Ley de 1862.

b) El Informe de la Royal Commission de 1870, sobre el funcionamiento de la Land Transfer Act de 1862

La Comisión, tras realizar una breve exposición de los distintos proyectos, analiza las causas del fracaso de la ley de 1862 y propone el sistema que considera podría funcionar satisfactoriamente.

b.1. Causas del fracaso

El Informe, de entrada, deja a salvo la actuación de los profesionales y funcionarios encargados de aplicar y aconsejar la ley. Aunque existía la creencia extendida de que la hostilidad de los solicitors era la causa del fracaso del sistema registral, la Comisión no comparte esta opinión por cuanto una reforma que facilite el negocio de la contratación también tiende a incrementar las ganancias de los que se dedican al “conveyancing”¹⁸⁶. Tampoco puede imputarse el fracaso a los funcionarios del Registro; los que ha acudido a ellos informan de su buena voluntad y preparación¹⁸⁷. No cabía esperar otra cosa de los miembros de la Comisión y de los solicitors que comparecieron ante ella¹⁸⁸.

La principal razón por la que los propietarios no acuden al Registro es el elevado coste y la tardanza que supera con mucho los tiempos y costes de la contratación ordinaria¹⁸⁹. Pero a esta razón, se añade el miedo al surgimien-

¹⁸⁵ BRIAN SIMPSON, A.W. “*A History of the Land Law*”, Oxford 1986, pág 282.

¹⁸⁶ Land Transfer Commission, “Report 1870”, pág XVI.

¹⁸⁷ Land Transfer Commission, “Report 1870”, pág XVII.

¹⁸⁸ R. Torrens criticará la ley por entender: que se mezclan principios de distintos sistemas, registration of deeds y registration of titles; que el Registro no convierte un buen título en inatacable; que la existencia de varios libros es una fuente de errores. Pero aunque no existiesen esos defectos el haber concedido nominalmente al propietario, y en la practica al solicitador, la facultad de ingresar en el nuevo sistema así como la posibilidad de desinscribir la finca es por sí suficiente para garantizar el fracaso, como sucedió también con la Ley irlandesa. TORRENS, R.R. “*An Essay on the Transfer of Land by Registration*” Londres-Melbourne, 1882.

¹⁸⁹ Según los datos del informe una venta ordinaria se podía formalizar en 4 meses y costaba 56 l. 6s 9d y registrarla tardaba 19 meses y costaba 124 l.12s 7d. Land Transfer Commission, “Report 1870”, pag XVIII.

to de nuevos litigios durante el procedimiento de registro y la percepción de que el Registro no protege más a los propietarios ni facilita las enajenaciones sino que es una carga añadida ¹⁹⁰.

Las causas de lo anterior, a juicio de la Comisión, son: primero el exigir un título un buen título sin tacha que tenga carácter de “marketable” (el título ha de tener más de 60 años cuando en las transacciones ordinarias se opera con menos años); segundo el imponer que los linderos de las fincas estén perfectamente delimitados (se exige aunque los títulos no sean indefeasible, aumenta los costes al no estar bien identificados, retrasa al ser necesario citar a los colindantes, y fomenta la litigación al hacer surgir conflictos que permanecían aletargados); tercero el permitir el acceso de los “partial interests” (derechos desmembrados del dominio y los derechos en equidad) ¹⁹¹. Las causas del fracaso son inherentes a la propia Ley y, como puede verse, la Ley fracasó en todo aquello que hizo caso omiso del Informe de 1857.

b.2. propuestas para mejorar la ley

La Comisión parte del principio de que no se trata de buscar un sistema que sea perfecto y que identifique con exactitud matemática las parcelas y todos los derechos sino que facilite la transmisión de la propiedad que evite la necesidad de investigar los derechos que sólo constan en documentos pero que no dispense de examinar la situación posesoria ¹⁹². En definitiva se trata de ofrecer un sistema más barato y sencillo, según las necesidades de la sociedad, no más caro y lento.

1. No es necesario que el título que se pretende registrar sea indefeasible basta que sea un buen título (good title); esto es aquel que ofrece una razonable apariencia de ser propietario. El título indefeasible exige un rígido examen previo y requiere mayores pruebas ¹⁹³. También propone admitir los títulos imperfectos (not clearly good) aunque haciendo constar en otra parte del Registro la imperfección ¹⁹⁴.

2. Los llamados “partial interests” (derechos desmembrados del dominio) no deben ser objeto de registro. En principio un sólo derecho debe ser

¹⁹⁰ Land Transfer Commission, “Report 1870”, pág XIX.

¹⁹¹ Land Transfer Commission, “Report 1870”, pág XXIV.

¹⁹² Land Transfer Commission, “Report 1870”, pág XXVI.

¹⁹³ Land Transfer Commission, “Report 1870”, pág XV.

¹⁹⁴ Land Transfer Commission, “Report 1870”, pág XXIX.

objeto del Registro: el dominio (absolute ownership), y los demás protegerse por medio de advertencias (notices o stops)¹⁹⁵. Estos “partial interests” se reflejan en el Registro pero no pueden servirse de esta para ser transmitidos.

3. Los “leases” por más de 21 años deben ser tratados como “absolute ownership” a los efectos de también ser registrados. La razón es sencilla; el mayor número de transmisiones inmobiliarias son leases.

4. El propietario debe ofrecer la mejor descripción de los linderos que le sea posible pero no está obligado a fijarlos con citación de los colindantes. El propietario debe identificar la parcela por sí mismo, de la manera usual, sin necesidad de una precisión matemática. Pretende la Comisión que la identificación sea fácil y sencilla dejando abierta la posibilidad de utilizar planos¹⁹⁶.

5. La función del Registrador, aunque en la Ley de 1862 es gubernativa (ministerial) la Comisión propone reforzar la función de citar a las partes en los casos de disputa y a falta de acuerdo decidir cómo proceder. También se le debe conceder facultades para imponer costas aunque sujeto a apelación¹⁹⁷.

6. No debe concederse la facultad de desinmatricular la propiedad registrada¹⁹⁸.

7. Debe mantenerse el actual sistema de Registro para los títulos indefeasible junto con el recomendado por la Comisión.

8. Los Registros territoriales (provinciales) deben establecerse para evitar que toda la transacción se realice en Londres y con ello se incremente excesivamente el coste de las pequeñas transacciones.

Las recomendaciones del Informe de 1870 supone, en la mayoría de los casos, una vuelta al Informe de 1857 que fueron olvidadas por el legislador de 1862. Se trata de establecer un Registro posibilista aunque no perfecto. Un utilitario en lugar de un “rolls royce”. En definitiva un Registro flexible con distintos grados de protección a elección del propietario según el título de que disponga y los gastos de investigación en los que esté dispuesto a invertir.

Nuevamente, al igual que Informes anteriores, el Informe finaliza haciendo una referencia a los honorarios de los solicitors y abogando por una retribución “ad valorem”.

¹⁹⁵ Land Transfer Commission, “Report 1870”, pág XXVII.

¹⁹⁶ Land Transfer Commission, “Report 1870”, pág XXIX.

¹⁹⁷ “Our proposals would not give more judicial duties than he has now, except in one respect”. Land Transfer Commission, “Report 1870”, pág XXXII.

¹⁹⁸ Land Transfer Commission, “Report 1870”, pág XXXII.

IX. LA LAND TRANSFER ACT DE 1875 Y EL INFORME DEL “SELECT COMMITTEE ON LAND TITLES AND TRANSFER” DE 1879

Land Transfer Act 1875

Siguiendo las recomendaciones del informe de 1870 la Land Transfer Act de 1875 introdujo las siguientes novedades:

Primero; Limita el número de derechos (interests) que dan lugar a una inscripción a dos: el “freehold” (dominio) y los “leases” (arrendamientos) para toda la vida o de duración superior a 21 años¹⁹⁹.

Segundo; Admite distintos clases de títulos con diferentes efectos. El título puede ser “absolute” (pleno)²⁰⁰, “qualified” (cualificado o imperfecto que sólo puede ser establecido por un período de tiempo)²⁰¹ y “possesory” (posesorio)²⁰².

Tercero; Refuerza la función del Registrador atribuyéndole amplias facultades decisorias de carácter “quasi-judicial”. El Registrador examina y decide la clase de título²⁰³, puede citar a las partes, oír sus alegaciones y resolver lo procedente²⁰⁴. A diferencia de la legislación precedente que le obligaba a remitir el expediente al Tribunal.

Cuarto; Facilita la descripción de las fincas al dejar de exigir la fijación pormenorizada de linderos con citación de colindantes. La descripción tenderá a identificar la finca de la manera más precisa a juicio del Registrador. La descripción no será prueba de la extensión ni de los linderos.

Informe del “Select Committee on Land Titles and Transfer” de 1879

a) Introducción.

El número de títulos presentados al Registro, tras la reforma operada por la Land Transfer Act de 1875, no excedía de cuarenta y ocho, en febrero de 1878²⁰⁵.

¹⁹⁹ Secciones 5 y 11 de la Land Transfer Act 1875.

²⁰⁰ Sección 7 Land Transfer Act 1875.

²⁰¹ Sección 9 Land Transfer Act 1875.

²⁰² Sección 8 Land Transfer Act 1875

²⁰³ “... shall not be registered as proprietor of the fee simple until and unless the title is approved by the registrar..” seccion 6, y “..on the examination of the title it appears to the registrar that the title can be established only for a limited period, or subject to certain reservations...” seccion 9. Land Transfer Act 1875.

²⁰⁴ Sección 17 utiliza la expresión “jurisdiction”, “The registrar shall have jurisdiction to hear and determine any such objections”. Land Transfer Act 1875.

²⁰⁵ Sólo 28 eran “freehold” los restantes eran posesorios.

Entre los meses de febrero de 1878 y marzo de 1879 sólo se habían registrado siete títulos, una media de un título cada dos meses²⁰⁶. Ante tal fracaso, mayor que el de la ley que trataba de enmendar, el Parlamento creó un Select Committee para que indagara e informase sobre la manera de simplificar los títulos, facilitar las transmisiones e impedir los fraudes en las compraventas e hipotecas²⁰⁷.

b) Causas del fracaso.

Son varias las causas que toma en consideración el Comité: 1) la imposibilidad de desinscribir un título una vez registrado; 2) la tendencia de los solicitors a no recomendar a sus clientes la inscripción en el Registro porque a la larga verán reducidos sus ingresos; 3) la existencia de una situación general de desconfianza hacia los proyectos de registro tras el fracaso de la Ley de Westbury; 4) la resistencia, tanto de los ciudadanos cuanto de los juristas, a cambiar los mecanismos de transmisión que desde antaño han sido utilizadas²⁰⁸.

Sin embargo, el Comité no negando la parte de verdad que tienen estos argumentos señala que no son la causa del fracaso de la institución registral. La ley ha fracasado, dice el Comité, porque los ciudadanos y los juristas han llegado al convencimiento de que las ventajas ofrecidas por el nuevo sistema son abstractas y lejanas y no se compensan con los gastos y dificultades que conlleva el registrar²⁰⁹. Otras causas secundarias son: una reverencia supersticiosa hacia las escrituras (deeds) así como el deseo de que no exista intervención pública en asuntos particulares.

En 1858²¹⁰ había comenzado a funcionar en Australia, con un resultado satisfactorio, el sistema ideado por Robert R. Torrens. La Comisión señaló

²⁰⁶ Select Committee on Land Titles and Transfer, "Report 1879", pág iv.

²⁰⁷ A partir de 1870 tiene lugar un en Inglaterra un boom inmobiliario que va acompañado de fraudes y falsedades. Un solicitor, Dimsdale, había sido capaz de hipotecar escrituras falsas por un importe de 300.000 Libras. En periódicos como "The Times" se pone en entredicho la honradez de los solicitors. Las "building societies" (entidades especializadas en los préstamos hipotecarios) se muestran decididas partidarias del Registro. OFFER, A. "Property and Politics 1870-1914", Cambridge 1981, pág 36.

²⁰⁸ Select Committee on Land Titles and Transfer "Report 1879", pág iv.

²⁰⁹ Select Committee on Land Titles and Transfer "Report 1879", pág v, "the Act has failed, because, rightly or wrongly, the public or their professional advisers have deliberately made up their minds that the advantages offered by the new system of registration are too speculative and remote to compensate for the immediate and certain outlay and trouble which are inseparable from it".

²¹⁰ Real Property Act de South Australia 1858, Real Property Act de New South Wales 1862.

que no era posible la aplicación analógica del nuevo sistema en la metrópoli. En Australia los títulos son concesión de la Corona y allí es más fácil encontrar un título inimpugnable. La raíz del título está clara. En cambio, en Inglaterra los títulos se fundan en “an instrument of difficult construction or doubtful validity”, y existen complicados derechos sobre cada propiedad formados a lo largo del tiempo.

c) Propuestas

1. La tensión entre voluntariedad u obligatoriedad sigue abierta. Mientras que para el primer Registrador General²¹¹ no puede implantarse un sistema de registro con carácter voluntario, el Lord Chancellor dice que no vislumbra la manera de convertir el Registro en obligatorio. La Comisión no se atreve a mantener una clara opinión al respecto; reconoce las dificultades que ello conlleva y, siguiendo el Informe de 1870, afirma que debe ofrecerse a los ciudadanos lo que ellos desean²¹².

2. La simplificación de los títulos. La simplificación de las transmisiones requiere la simplificación de los títulos. El Comité, aun reconociendo esta dificultad, señala los obstáculos y la manera de superarlo: a) la manera de retribuir a los solicitores por la extensión (at length) fomenta el que los documentos sean largos y complicados, se propone la retribución “ad valorem” como en Escocia; b) la dificultad de “trazar” los títulos en materia sucesoria, propone nombrar un representante; c) la dificultad para identificar los inmuebles para lo que se propone el empleo de planos.

3. La prevención del fraude. La seguridad de la contratación inmobiliaria proviene, hasta el momento, fundamentalmente del conocimiento de la parte con quien se contrata y de la confianza con el solicitador pero no de la ley²¹³. Sin embargo, el Comité constata que los fraudes inmobiliarios han tenido lugar en distritos en los que no hay Registros. No obstante, existen fraudes que no pueden ser prevenidos por el Registro, como los procedentes de falsas identidades, y otros que es difícil evitar aun con la mayor diligencia²¹⁴.

²¹¹ Mr.B.S.Follet “I think that any voluntary system which interferes so very much with the ordinary custom of the country would not succeed”. Select Committee on Land Titles and Transfer. “Report 1879”, Minutes of Evidence, pág 1.

²¹² “for an institution to flourish in a free country, it must offer to people the thing that they want” Select Committee on Land Titles and Transfer”, “Report 1879”, pág VII.

²¹³ Select Committee on Land Titles and Transfer, “Report 1879”, pág VII.

²¹⁴ Select Committee on Land Titles and Transfer. “Report 1879”, pág VII. TORRENS, R.R. “An Essay on the Transfer of Land by Registration”, Londres-Melbourne 1882, pág 10 en terminos muy similares dirá “all that can be expected from the best system is that fraud may thereby be

4. La necesidad de un buen índice. El Comité señala que el éxito de un sistema de Registro depende de la existencia de un buen índice que permita conocer todos los documentos que afectan a la propiedad²¹⁵. El índice debe ser sencillo, para facilitar las búsquedas, y debe estar actualizado. Las experiencias del Registro de Middlesex, basado en un índice personal, ha sido insatisfactoria²¹⁶. El Comité propone la existencia de un índice de fincas (Land Index) junto con un índice de personas. Y, para la adecuada formación del índice de fincas es conveniente la existencia de un mapa oficial (official map) anteriores.

Para que las búsquedas sean más efectivas, el Comité reconoce que serán más fáciles cuando el territorio de cada registro sea menor y de esto surge un motivo a favor de los Registros locales.

5. La publicidad de los negocios privados. Este Informe, a diferencia de los anteriores, no considera decisiva esta objeción y propugna limitar el derecho a realizar búsquedas en el Registro a los solicitantes de buena fe.

6. La pluralidad de sistemas. El informe se muestra partidario de que convivan los dos modelos de Registro (Deeds y Title) aunque señala sus preferencias por la “registration of title”. Reconoce que los Registros de Middlesex se autofinancian²¹⁷, criterio que está presente, desde sus inicios, en la implantación del Registro en Inglaterra.

d) Recomendaciones

El Informe concluye realizando una serie de recomendaciones: 1) La retribución por medio de una escala “ad valorem” de los servicios de “conveyancing”; 2) Establecer con carácter obligatorio el empleo de formularios que reducen la extensión de los documentos; 3) La realización de un mapa catastral como medio de identificar las fincas; 4) La coexistencia de

rendered more difficult, and its detection more probable”. El Comité ha señalado adecuadamente el aspecto que no puede ser contralado por el registro; el hecho de identificar a las partes, función que queda para otros profesionales, salvo que se pretenda que los negocios se celebren ante el registrador (posición que en una sociedad especializada y con división del trabajo no es recomendable).

²¹⁵ La existencia de índices adecuados es más necesario en los Registros de Documentos que siguen la técnica del folio personal, en los Registros de Derechos que siguen la técnica del folio real toda la información relevante respecto a una finca se encuentra en el folio.

²¹⁶ Realizar una búsqueda por un nombre frecuente en una parroquia, dice el Comité, obliga a examinar más de 500 escrituras. Select Committee on Land Titles and Transfer, “Report 1879”, pág X.

²¹⁷ En 1877 los honorarios (fees) del Registro de Middlesex ascendieron a 14043 libras mientras que los gastos fueron de 4372 libras. Select Committee on Land Titles and Transfer, “Report 1879”, pág XII.

un Registro de Derechos (Register of Titles) junto con un Registro de Documentos (Register of assurances) en los distritos. En este último existirán índices de personas y de fincas se utilizará, a ser posible, el Ordnance Map. Se facilitarán los registros provisionales; 5) La prioridad se determinará con arreglo a la fecha de registro; 6) Crear un cuerpo de investigadores de los Registros con facultad de expedir certificados de las búsquedas.

El Comité no se pronunció sobre la obligatoriedad de la inscripción ni sobre la función de Registrador, “ministerial” o “judicial”, y volvió a propugnar el Registro de Documentos, bajo la forma de Register of Assurances, en cada distrito. Llama la atención que el presidente del Comité, el liberal G. Osborne Morgan, que en el debate de la Transfer Act de 1875 había sostenido: que sin obligatoriedad (compulsión) el Registro era inservible y la ley se convertiría en letra muerta, no defendiese la obligatoriedad como presidente ²¹⁸.

El incremento de los fraudes en la contratación inmobiliaria había dado lugar a una amplia corriente de opinión a favor del Registro; ante esta situación los solicitors y los parlamentarios que defendían sus intereses optaron por propugnar un Registro de Documentos, similar a los existentes en Middlesex o Escocia, como mal menor que les permitiese retener el monopolio de la contratación inmobiliaria (conveyancing) frente a un “Register of Title” de carácter obligatorio ²¹⁹.

El informe contiene muchas de las peticiones que los solicitors habían formulado reiteradamente ²²⁰; en particular la que vinculaba el precio de la redacción de los documentos con el valor de los inmuebles ²²¹.

²¹⁸ En opinión de OFFER, A. “*Property and Politics 1870-1914*”, Cambridge 1981, pag 37, George Morgan Osborne había pasado de ser un abogado favorable al Registro a defender las posiciones de los solicitors (he now play the solicitors` tune).

²¹⁹ Las tesis de los solicitors fueron defendidas por el parlamentario conservador G.B. Gregory OFFER, A. “*Property and Politics 1870-1914*”, Cambridge 1981, pag 36.

²²⁰ Algunas de las medidas propuestas (creación de formularios obligatorios y nombramiento de representantes legales en las sucesiones abintestato) responden a la “estrategia de la simplificación del título”. Esta posición fue defendida por E.P. Wolstenholme, a partir de 1862, no como medio de allanar el camino para establecer el Registro sino como alternativa a su implantación. ANDERSON, J.S. “*Lawyers and the making of English Land Law*”, Oxford 1992, pag 144 y OFFER, A. “*Property and Politics 1870-1914*”, Cambridge 1981, pag 32.

²²¹ Los solicitors habían presentado unas escalas de honorarios muy altas; las pequeñas transacciones estaban sujetas a unos honorarios muy altos y respecto a los inmuebles de gran valor se calculaba los honorarios del solicitador con arreglo al valor, el resultado era un aumento de honorarios. Lo mejor de dos mundos dice OFFER, A. “*Property and Politics 1870-1914*”, Cambridge 1981, pag 37.

X. LA LAND TRANSFER ACT DE 1897: EL REGISTRO OBLIGATORIO

La “Land Transfer Act de 1897”²²² modifica parcialmente la Ley de 1875, en algunos aspectos prácticos, adopta medidas para simplificar los títulos e introduce la inscripción obligatoria (compulsory) que gradualmente podrá ser extendida a todo el territorio de Inglaterra y Gales²²³. También regula el Fondo de Seguro (Insurance Fund)²²⁴, instrumento necesario para garantizar los títulos que fue uno de los grandes olvidos de la Westbury Act de 1862 (al crear un título indefesable y no establecer un mecanismo para garantizarlo).

No obstante, el aspecto más destacado y controvertido de la reforma es la obligatoriedad de la inscripción. La Ley de 1862 había establecido la voluntariedad de la inscripción y la posibilidad de desinscribir mientras que la Ley de 1875 mantenía la voluntariedad pero no la posibilidad de desinscribir. El informe del Select Committee de 1879, presidido por el liberal Osborne Morgan, no había recomendado la inscripción obligatoria y el Ministro de Justicia, Lord Cairns, autor de las reformas de 1881 y 1882 en materia de “conveyancing”, había desaconsejado esta medida reiteradamente. También los representantes de los solicitors eran decididamente contrarios.

John Hunter, presidente de la “Incorporated Law Society”, había manifestado ante el Select Committee de 1895: que el fracaso de la Ley de 1875 se debía enteramente a la cláusula que impedía desinscribir y no a la actitud de los solicitors²²⁵; rechaza la inscripción obligatoria por entender que obliga a transferir la propiedad mediante un asiento extendido por un funcionario

²²² En 1887 fue presentado el primer proyecto de Ley en el que se establecía la inscripción obligatoria en el Registro. La iniciativa fue obra de Halsbury, Ministro de Justicia, que permaneció inalterado ante la oposición de los solicitors. Sin embargo, el proyecto no contó con los suficientes apoyos parlamentarios. Fue vuelto a presentar en los años 1888 y 1889. El primer proyecto llegó a la Cámara de los Comunes mientras que los dos siguientes ni siquiera pasaron la Cámara de los Lores. En 1893, gobernando el liberal Gladstone y siendo Ministro de Justicia Herschell, se disoció el Registro y el problema de la abolición de la Primogenitura (siguiendo el consejo de Brickdale) y fue presentado un nuevo proyecto de Ley. En 1894 fue vuelto a presentar pero no fue tenido en consideración al aprobarse la creación de un impuesto sobre bienes inmuebles en la Finance Act de 1894. El proyecto fue presentado nuevamente en 1895 y obtuvo la aprobación de la Cámara de los Lores y al pasar a la Cámara de los Comunes se nombró un Select Committee que no llegó a informar al disolverse el Parlamento. No obstante, se conservan las actas de las comparecencias (Minutes of Evidence). Nuevamente en el ministerio Halsbury, durante el gobierno conservador de Salisbury, retomó el proyecto de 1895 que sería aprobado como ley en 1897.

²²³ BRICKDALE, C.F. y SHELDON, W.R. “*The Land Transfer Acts 1875 y 1897*”, Londres 1899, pág 1.

²²⁴ Sección 20, Land Transfer Act 1875.

²²⁵ Select Committee on Land Transfer Bill, “Report 1895”, Minutes of Evidence, pág 51.

y no mediante una escritura preparada por uno mismo o su asesor²²⁶; propone reformar el sistema de transmisión por medio de escrituras (transfer by deeds) en lugar de implantar la transmisión por medio del Registro (transfer by register)²²⁷. En el fondo los solicitors seguían viendo el Registro como un competidor que amenazaba con reducir sus ingresos²²⁸. Hunter en su comparación dice ver a los registradores como unos abogados que anuncian su sistema en la prensa y no como unos “semi-jueces”²²⁹.

Sin embargo, el carácter obligatorio del Registro era defendido como necesario para implantar la institución y dificultar los fraudes; facilitar las transacciones evitando investigaciones retrospectivas y disminuir los costes²³⁰. La satisfactoria experiencia internacional, en particular Australia y Nueva Zelanda con un sistema legal similar al inglés, era invocada a favor de la obligatoriedad. En el fondo mantener la voluntariedad del Registro era dejar en manos de los solicitors el éxito de la institución. Y, estos últimos, pese a sus “estrategias de simplificación” no informaban a sus clientes de la existencia del Registro ni lo aconsejaban; seguían siendo contrarios a la existencia del mismo²³¹.

El establecimiento del carácter obligatorio del Registro fue fruto de un compromiso²³² entre el Gobierno conservador y la Law Society, que representaba los intereses de los solicitors, ante la insatisfacción derivada de la “private conveyancing”. El compromiso consistía en la implantación gradual del Registro obligatorio que debía comenzar en el condado de Londres, en el monopolio de la actuación de los solicitors como agentes retribuidos ante el Registro, en la prohibición de extensión de la obligatoriedad durante tres años y en la obten-

²²⁶ Select Committee on Land Transfer Bill, “Report 1895”, Minutes of Evidence, pág 52.

²²⁷ Select Committee on Land Transfer Bill, “Report 1895”, Minutes of Evidence, pág 52.

²²⁸ “Property market fluctuations spelt prosperity or famine for solicitors but land registration threatened them with dispossession”. OFFER, A. “*Property and Politics 1870-1914*”, Cambridge 1981, pág 68.

²²⁹ Select Committee on Land Transfer Bill, “Report 1895”, Minutes of Evidence, pág 53

²³⁰ Una síntesis de los argumentos en favor y en contra de la obligatoriedad (compulsión) puede verse, desde la perspectiva favorable a los solicitors, en BLYTH, E.H. “*Land Transfer and Land Registry*”, Law Quarterly Review, XLVIII, 1896, pág 363 y ss.

²³¹ “and who have been opposed to the system I will suppose entirely conscientiously, and therefore have not been likely to make any communication to their clients which would favor its adoption” Lord Herchell, Ministro de Justicia, Select Committee on Land Transfer Bill, “Report 1895” págs 2 y 6.

²³² Este compromiso ha sido valorado de distinta manera por los autores; Offer entiende que fue un compromiso a la defensiva, que dio lugar a una reacción contra el Consejo de la Law Society y a un cambio en las relaciones con el Gobierno; de la mutua colaboración se pasó a una oposición directa y desafiante. OFFER, A. “*Property and Politics 1870-1925*”, Cambridge 1981, pág 69; para Anderson el compromiso fue muy satisfactorio para los solicitors, aprovecharon la ocasión para obtener las mejores concesiones, en previsión de que la buena disposición del Gobierno no volviese a repetirse. No hubo cambio en la política de los solicitors, únicamente continuidad; cedieron en la obligatoriedad y mantuvieron abiertas todas sus pretensiones. ANDERSON, J.S. “*Lawyers and the making of the English Land Law*”, Oxford 1992, pág 203-205.

ción de un puesto en el Comité que elaboraba el reglamento (rules). En el último momento de la tramitación parlamentaria (en la segunda lectura en la Cámara de los Comunes) la Law Society, ante la revuelta de los solicitors provinciales, obtuvo una nueva concesión: el “County Veto”, según el cual la extensión de la obligatoriedad requería el acuerdo del Consejo del Condado. Los solicitors confiaban en su influencia en el ámbito local para impedir la extensión del Registro²³³. La oposición a la implantación del Registro se trasladó de la Cámara de los Comunes a los Consejos de los Condados²³⁴.

A partir de 1893 la Law Society insistió en un argumento ideológico: el Registro de Derechos es una interferencia del Estado en la economía. Pero los grandes impulsores del Registro en Inglaterra eran los miembros del “Free Trade in Land”, en especial Mr Cobden y sus seguidores. El Registro, para estos últimos, era un medio para facilitar la extensión del derecho de propiedad a un mayor número de ciudadanos frente a las pretensiones de la aristocracia. Para los solicitors se sustituía un sistema de transmisión de inmuebles mediante escrituras por la necesaria intervención de un funcionario público encargado del Registro²³⁵ y, por tanto, acusaban al sistema de “intervencionismo” o burocratismo (officialism). Sin embargo, para ciertos liberales, el Estado no compete sino que realiza una actividad a través del Registro que los particulares no pueden ofrecer²³⁶.

La oposición al establecimiento del Registro se traslada a la controversia voluntariedad u obligatoriedad, y a partir de 1897 se manifiesta en la oposición a la extensión de las zonas de inscripción obligatoria (compulsory). La falta de inscripción de una venta en una zona de inscripción “compulsory” es sancionada con la no adquisición del derecho (legal estate), sección 20²³⁷, y

²³³ OFFER, A. “*The origins of the Law of Property Acts 1910-1925*”, *The Modern Law Review*, Vol 40, Sept 1977, N 5, pág 506.

²³⁴ Esta medida había sido criticada por los antiguos Ministros de Justicia; Lord Campbell, en la Cámara de los Comunes el 16 de diciembre de 1830, había desaconsejado el establecimiento del Registro en un solo condado porque sería utilizado por los enemigos del Registro para concentrar sus esfuerzos e impedir su desarrollo; en similares términos Lord Herschell, ministro liberal en 1893, había escrito en “*The Times*” 5 junio, 1897, pág 11, col 3., citados por OFFER, A. “*Property and Politics 1870-1914*”, Cambridge 1981, pág 68.

²³⁵ BLYTH, E.K. “*Land Transfer and Land Registry*”, *Law Quarterly Review* 1896, XLVIII, pág 354.

²³⁶ “It is not a case of interference by the State in the conduct of business which is at present being conducted by private individuals. It is a new departure, an undertaking which private individuals, however competent, would be unable to inaugurate” COLQUHOUN DILL, T.R. “*Transfer of Land by Registration of Title*”, Londres 1893, pág 35.

²³⁷ Land Transfer Act 1897, sección 20, sub-sección 1, “registration of title to land is to be compulsory on sale, and thereupon a person shall not, under any conveyance on sale executed on or after the day so specified, acquire the legal estate in any freehold land in the county, unless or until he is registered as proprietor of the land”.

en caso de enajenar un lease, dice expresamente el reglamento²³⁸, que sólo valdrá como acuerdo y, por tanto, el título será casi “unmarketable”²³⁹. El concepto inglés de “compulsory” se aproxima al concepto continental²⁴⁰ de inscripción constitutiva, sin la inscripción no se transmite el derecho.

2. Responsabilidad. La ley introduce expresamente el derecho a una indemnización cuando se produzca la privación de un derecho por un error u omisión en el Registro o cuando el error tenga lugar por actos fraudulentos y no sea posible rectificar el Registro²⁴¹. Y para hacer efectivo este derecho se establece el Fondo de Seguro (Insurance Fund) que estará formado por una prima que se pagará por cada asiento²⁴².

3. Los linderos generales. Regula con más detalle los “general boundaries” introducidos por la ley de 1875. La descripción será literal y se utilizará un mapa oficial (ordnance map) para la identificación. No se determinarán los linderos si no existe citación a los colindantes y la aprobación de la correcta descripción corresponde al Registrador o a los Tribunales²⁴³.

4. La “adverse possession”. En 1875 fue admitida la inscripción de los títulos posesorio. La ley de 1897 admite una pluralidad de títulos —“absolute”, “qualified” y “possessory”— y también, modificando la ley de 1875, permite algunos supuestos excepcionales de prescripción frente a los pronunciamientos registrales que debe ser decidida por los Tribunales ordenando la rectificación del Registro²⁴⁴.

La ley de 1897 marca el inicio de la exitosa implantación de un Registro de Derechos²⁴⁵ no exenta de altibajos.

²³⁸ Land Transfer Rules 1898, regla 59 “shall operate only as an agreement, and shall not pass any legal estate to the assignee or lease unless or until he is registered as proprietor of the lease or underlease”.

²³⁹ ROUFF y ROPER, “Registered Conveyancing”, Londres 2004, pág 1/6.

²⁴⁰ En el derecho español la “obligatoriedad” de la inscripción está relacionada con la voluntariedad pero su falta no tiene más sanción que un apercibimiento o multa. Algo similar acontece en el derecho italiano y francés. En cambio el carácter “constitutivo está relacionado con la eficacia o validez del acto, sin la inscripción el derecho no se adquiere. Este tipo de inscripción está presente en los sistemas germánicos, en particular en Prusia que sirve de modelo al legislador inglés.

²⁴¹ Land Transfer Act 1897, sección 7, y su comentario en BRICKDALE, C.F. SHELDON, W.R. “Land Transfer Acts 1875 y 1897”, Londres 1899, pág 286.

²⁴² Land Transfer Act 1897, sección 21.

²⁴³ Land Transfer Act 1897, sección 14 y Land Transfer Rules 1898. reglas 209 a 221.

²⁴⁴ Land Transfer Act 1897, sección 12.

²⁴⁵ SIMPSON, A.W.B. “A History of the Land Law”, Oxford 1986, pág 283.

XI. LA EXTENSIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DE REGISTRO Y LA LAND REGISTRATION ACT DE 1925

La aprobación de la Ley de 1897 acentuó la oposición de los solicitors a la institución registral. Desde 1895 la Law Society había optado oficialmente por racionalizar la contratación privada (private conveyancing) como medio de impedir la pérdida de funciones en favor del Registro. Esta postura había sido defendida por Wolstenholme en 1862 y era conocida como la “estrategia de la simplificación” e intentaba ser una alternativa al Registro. Sin embargo, a partir de 1897 aumentaron las críticas, por parte de Rubinstein, al Consejo de la Law Society y, a su vez, las publicaciones de los solicitors llamaban expresamente a obstaculizar e impedir el Registro²⁴⁶.

En frente los solicitors se encontraron con Charles Fortescue Brickdale, que desde 1898 había asumido el cargo de Registrador General. Durante diez años la lucha fue de supervivencia, los solicitors se sentían ante el abismo y no dudaban en acusar de intervencionista (officialism) y bolchevique al Registro. No obstante, no pudieron impedir la extensión a la ciudad de Londres en 1903 del registro obligatorio. En 1907 los solicitors volvieron a intentar posturas aparentemente conciliadoras: a favor de la simplificación de los títulos y a fomentar la implantación del registro de documentos (registration of deeds) frente al registro de derechos (registration of title). Los Ministros de Justicia desde 1885, ya fueren de signo conservador o liberal, apoyaban el establecimiento de un “Register of Title”. Además, Brickdale había conseguido el apoyo de los bancos y las “building societies” (entidades dedicadas al préstamo hipotecario) y esperaba poder conseguir la aprobación de una ley que derogase el “County Veto” y facilitase la extensión del Registro a todo el reino.

Pero en 1908 la Law Society consiguió obstaculizar la reforma en la Cámara de los Comunes. Una nueva Royal Commission fue creada para estudiar los efectos de la Land Transfer Act de 1897. Brickdale que había comparecido, en 1908, ante la Comisión para exponer las diferencias entre Inglaterra y Alemania por existir un catastro en esta última; lanzó una propuesta maximalista en 1909 dirigida a la extensión de la obligatoriedad del Registro en todo el país y la creación de un departamento que incluyese las valoracio-

²⁴⁶ “Now; we are doing are best to thwart registration of title.... Our view is that every solicitor owes a duty to the profession, and also to the public, to throw every obstacle in the way of registration of title.” así se expresaban los solicitors en “The Law Notes” noviembre de 1899, pags 335 y 343, recogido por OFFER, A: “*Property and Politics 1870-1914*”, Oxford 1981, pág 72.

nes inmobiliarias, el Registro y, en su caso el organismo encargado de la representación gráfica de la tierra (Ordnance Survey).

a) El Informe de la “Royal Commission on Land Transfer Acts” de 1911

En enero de 1911 la Royal Commission presidida por Aldwyn formuló treinta y tres recomendaciones para mejorar el sistema. Entre las recomendaciones destaca:

1. Para determinar el carácter “absolute” del título el Registrador podrá hacerlo en virtud de un certificado de un barrister especializado en conveyancing (counsel’s certificate). El solicitador requerirá, por cuenta de su cliente, los servicios del barrister para que emita el certificado. También el solicitador o su empleado emitirá otro certificado de la adecuación del resumen (abstract) al contenido de la escritura (deed). Cuando el valor de la finca exceda de 10.000 libras el certificado deberá ser emitido por uno de los barristers incluido en una lista especial (Examiner’s of Title)²⁴⁷. Se trata de un intento de trasladar el examen y la responsabilidad del registrador al barrister y al solicitador. Sin embargo es confuso porque el registrador puede discrepar y no queda claro que responsabilidad se traslada al barrister emisor del certificado. Además en el resumen de recomendaciones se configura como una facultad del registrador²⁴⁸.

2. Conversión de los títulos posesorios inscritos en títulos de dominio (absolute title) por el transcurso de no menos de 12 ni más de 20 años sin reclamación en contrario. La inscripción supone una reducción de los plazos del Statute of Limitations en aquellas áreas en las que la inscripción es “obligatoria”²⁴⁹.

3. Facilitar la obtención de certificados del contenido del Registro por parte del adquirente. Se pretende que la titularidad y cargas se actualicen en cada transmisión, de modo similar a los registros de acciones y de buques, y que el futuro adquirente también pueda solicitar estos documentos al Registro, modificando la sección 14 de la Land Transfer Act de 1897²⁵⁰.

²⁴⁷ Royal Commission on Land Transfer Acts, “Report 1911”, pág. 32.

²⁴⁸ Royal Commission on Land Transfer Acts, “Report 1911”, pág. 54.

²⁴⁹ Royal Commission on Land Transfer Acts, “Report 1911”, pág. 33.

²⁵⁰ Royal Commission on Land Transfer Acts, “Report 1911”, pág. 37.

4. El contenido de las hipotecas debe quedar al margen del Registro. En el Registro únicamente debería constar una nota que permita identificar la escritura de hipoteca. Esta recomendación pretende impedir que la hipoteca se constituya por su inscripción en el Registro y de evitar el control de su contenido por un oficial público ²⁵¹.

5. Refuerza la posición del adquirente inscrito, a título oneroso, que no se verá afectado por ninguna situación no registrada aunque tenga conocimiento, efectivo o presunto. El límite de la protección se encuentra en que el adquirente no sea parte en el fraude. Estas ideas se encuentran en el Informe de 1857 pero la Land Transfer Act de 1897 sólo las recoge para los trusts ²⁵². En la misma línea, ningún adquirente registrado, a título oneroso, puede verse afectado por un procedimiento de insolvencia del transmitente, salvo que en la fecha de la enajenación constase la insolvencia en el Registro. Proponen reformar la Bankruptcy Act de 1883 ²⁵³.

6. Debilita la posición del titular inscrito frente al poseedor. Los plazos del Statute of Limitations deberían aplicarse de igual modo frente al titular inscrito que el no registrado; a diferencia de lo establecido en la sección 12 de la Land Transfer Act de 1897 que protegía al adquirente inscrito a título oneroso frente al poseedor ²⁵⁴. Los derechos de los poseedores (parties actually in occupation) al tiempo de la inmatriculación (first registration) no deberían verse afectados por la inscripción registral ²⁵⁵.

6. El registrador debe tener la facultad de cambiar el carácter del título (de possessory a absolute) sin necesidad del consentimiento del propietario ²⁵⁶.

7. Disminuir el valor de la inscripción. Según la regulación vigente la transmisión de la propiedad no tiene lugar hasta el momento de la inscripción (inscripción constitutiva) sugiere la Comisión que la propiedad se transmita con la formalización de la enajenación (conveyance) y que la falta de solicitud de inscripción en el plazo de un mes anule la transmisión. La recomendación pretende anticipar los efectos de la inscripción al momento de la formalización debido a los retrasos existentes para registrar, aunque esta sugerencia crearía nuevos problemas en caso de denegación de la inscripción ²⁵⁷.

²⁵¹ Royal Commission on Land Transfer Acts, "Report 1911", pág 38.

²⁵² Royal Commission on Land Transfer Acts, "Report 1911", pág 42.

²⁵³ Royal Commission on Land Transfer Acts, "Report 1911", pág 41.

²⁵⁴ Royal Commission on Land Transfer Acts, "Report 1911", pág 42.

²⁵⁵ Royal Commission on Land Transfer Acts, "Report 1911", pág 42.

²⁵⁶ Royal Commission on Land Transfer Acts, "Report 1911", pág 55.

²⁵⁷ Royal Commission on Land Transfer Acts, "Report 1911", pág 44.

8. Los solicitors deben formar parte del comité que elabora el reglamento para la aplicación de la ley (Rule Committee)²⁵⁸.

9. Pago aplazado, veinte años al cuatro por cien, de los costes de la inmatriculación. Late, en el fondo, la idea de que la inmatriculación beneficia poco al inmatriculante y mucho a los posteriores adquirentes²⁵⁹.

10. Extensión de los Registros de Documentos (Registries of Deeds) en las áreas de crecimiento inmobiliario. Proponen la implantación por Counties (condados) e, incluso, por zonas urbanas. La existencia de estos Registros podrá facilitar la ulterior implantación del Registro de Derechos (Registry of Title)²⁶⁰

La Royal Commission no rechazó el carácter “compulsory” del Registro pero informó desfavorablemente la extensión de un sistema que consideraba imperfecto. La Comisión entendía que era necesario realizar un gran número de modificaciones para que el sistema funcionase adecuadamente en Londres, hizo una referencia al catastro y recomendó reconsiderar el “County Veto”²⁶¹.

El Informe refuerza la posición de los solicitors (admite sus certificados para inscribir, los incluye en el comité del Reglamento), se muestra contradictorio con el valor de los asientos (les concede prevalencia frente a lo no registrado pero hace prevalecer las situaciones posesorias, niega el carácter constitutivo de la inscripción), las facultades de registrador aumentan en unos casos (cambiar el carácter del título) y en otros parecen limitarse (examen de los títulos), la propuesta de extender los Registros de Documentos forma parte de la estrategia de los solicitors, como mal menor, para impedir la extensión del Registro de Derechos. En síntesis el Informe de 1911 fue un insatisfactorio compromiso que suponía un victoria para los solicitors²⁶².

En julio de 1911 se discutió en la Cámara de los Lores la Land Transfer Act, el Ministro de Justicia, el liberal Loreburn, manifestó que el alto coste del sistema de contratación inmobiliaria desincentivaba la universalización de la propiedad y cifraba en 4 millones de libras el coste anual de los solicitors para el país. Halsbury, ex Ministro de Justicia, volvió a recordar la actitud obstruccionista de los solicitors frente al Registro. El único que se opuso

²⁵⁸ Royal Commission on Land Transfer Acts, “Report 1911”, pág 45.

²⁵⁹ Royal Commission on Land Transfer Acts, “Report 1911”, pág 46.

²⁶⁰ Royal Commission on Land Transfer Acts, “Report 1911”, pág 49.

²⁶¹ Royal Commission on Land Transfer Acts, “Report 1911”, pág 47.

²⁶² OFFER. A: “*The Origins of the Law of Real Property Acts 1910-25*”, *Modern Law Review*, vol 40, sept 1977, n 5, pág 508.

en la Cámara fue Haldane. Aunque desde la filas de los solicitors Rubinstein calificó las últimas propuestas de “creaciones frankenstenianas”; Humphrys, presidente de la Law Society recomendó un “compromiso”. Este compromiso para los solicitors consistía en que se aprobase su ley, no se suprimiese el “County Veto” y tampoco se ampliasen las zonas de registro obligatorio. Naturalmente el Ministro de Justicia rompió las negociaciones con la Law Society pero en 1912 Loreburn tuvo que dimitir y fue nombrado Ministro de Justicia Haldane.

Los solicitors pasaron de contemplar el Registro como algo inevitable a que en 1913 Haldane presentase dos proyectos de Ley (Real Property Bill y Conveyancing Bill) que seguían punto por punto las pretensiones de los solicitors para evitar el Registro. Los proyectos fueron elogiados por la Law Society pero la guerra de 1914 impidió su aprobación.

b) El Informe de “Acquisition and Valuation of Land Committee on Transfer of Land in England and Wales de 1919

Tras la guerra, en 1919, el Ministerio de Reconstrucción instituyó un comité de adquisiciones y valoraciones inmobiliarias (Acquisition and Valuation of Land Committee) compuesto por trece personas de los cuales nueve eran juristas y de estos tres solicitors. Dentro del comité se formó un sub-comité claramente contrario al Registro que aprobó un modelo presentado por A. Underhill e incorporó a B.L. Cherry, que había redactado los proyectos de ley en la época de Haldane, para que redactase junto con el primero un nuevo proyecto. Pretendían evitar el Registro simplificando los títulos para la contratación y sus clases. En cambio Scott, presidente del comité, consiguió un acuerdo limitado para extender el Registro. Law Society pidió una moratoria de tres años en la extensión del Registro a cambio de aprobar la “Law of Property”. Ante la admisión de la moratoria la Law Society elevó su petición a cinco años. Sin embargo el comité informó en noviembre de 1919 en los siguientes términos: (recomendando: el proyecto de Law of Property redactado por Cherry, la supresión del “County Veto” y la moratoria a la extensión del Registro de tres años).

1. La conversión de los títulos posesorios (possessory title) en títulos de dominio (absolute title) debe producirse transcurridos quince años sin contradicción y de modo automático. No debe ser una facultad discrecional del registrador y tampoco requiere el consentimiento del propio titular. Los títulos posesorios son vistos como un defecto del sistema registral²⁶³. El

²⁶³ Acquisition and Valuation of Land Committee, “Fourth Report on the Transfer of Land in England and Wales 1919”, pág. 14.

Registro solo debe ser para los “absolute title”, es decir títulos definitivos de calidad.

2. Aunque no están de acuerdo con el actual sistema de constitución de hipotecas a través del Registro, tampoco aprueban la recomendación del Informe de 1911, según la cual la hipoteca de la propiedad registrada debe realizarse al margen del Registro. Admite diversos medios de constitución de las hipotecas pero lo relevante, al igual que en el Informe de la Royal Commission de 1911, es que el contenido del crédito hipotecario queda fuera del Registro²⁶⁴.

3. La función del registrador debe dejar de ser judicial y tener sólo carácter gubernativo (ministerial)²⁶⁵. El comité sigue expresamente las propuestas de Cherry, aunque este último matiza que la abolición de la discreción judicial del registrador no significa que carezca de facultades discrecionales²⁶⁶.

4. El mayor interés del informe es simplificar los títulos. Siguiendo el Informe del Select Committee de 1878, consideran que el “register of title” requiere una previa simplificación de los “titles”²⁶⁷ de la misma manera, añade el actual comité, que los defectos en la “conveyancing” no proceden de las “Conveyancing Acts” sino de la “Law of Real Property”. La finalidad de la simplificación es fomentar la competencia entre dos sistemas: un sistema de transmisión sin el Registro pero con las modificaciones propuestas por Cherry frente a otro sistema de transmisión con el Registro según las modificaciones del comité. En el fondo asume la vieja pretensión de los solicitores de simplificar los títulos como alternativa al Registro. El comité, incluso llega a señalar que las propiedades no registradas son ventajosas para los bancos pues disminuyen los costes de investigación (aunque esto sólo ocurre cuando el banco tiene un conocimiento personal del cliente). La manera de simplificar es aproximando la legislación de bienes inmuebles a la legislación de bienes muebles²⁶⁸.

5. La extensión del carácter compulsory del Registro no es problema de ámbito local sino nacional y por ello el comité se muestra contrario al

²⁶⁴ Acquisition and Valuation of Land Committee. “Fourth Report on the Transfer of Land in England and Wales 1919”, pág 19.

²⁶⁵ Acquisition and Valuation of Land Committee. “Fourth Report on the Transfer of Land in England and Wales 1919”, pág 20.

²⁶⁶ Acquisition and Valuation of Land Committee. “Fourth Report on the Transfer of Land in England and Wales 1919”, Appendix IV, pág 47.

²⁶⁷ “to legislate for the registration of titles without simplifying the title to be registered is to begin at the wrong end”.

²⁶⁸ Acquisition and Valuation of Land Committee, “Fourth Report on Transfer of Land in England and Wales 1919”, pág 21.

“County Veto” recogido en la ley de 1897. En cambio se muestra partidario de conceder a las autoridades locales así como a la Law Society el derecho a solicitar una investigación pública (public enquiry), en cada área, para indagar si existen motivos para no extender el Registro “compulsory”. Recomienda una moratoria de tres años para la extensión del Registro ²⁶⁹.

6. Los costes del registro deben ser cubiertos por los honorarios (fees) pero no con cargo a la Hacienda Pública. Los precios deben ser ajustados para cubrir los costes del servicio. Los precios del Registro deben ser satisfechos por las persona o clases beneficiadas y no existe ninguna razón por la que dicho coste deba ser satisfecho por el Estado ²⁷⁰.

7. No debe favorecerse el establecimiento de Registros locales de Documentos, siguiendo los modelos de Middlesex y Yorkshire, aunque los solicitors locales los promueven por entender que ayudan a combatir el fraude y allanar el camino para establecer el “Register of Title”. Estos Registros, opina el comité, ocasionarían un gran gasto y sólo aportarían una protección muy limitada ²⁷¹.

El Ministro de Justicia, Lord Birkenhead, estaba ansioso por obtener la aprobación de la Ley de Propiedad Inmobiliaria (Law of Real Property). Esta ley mezclaba dos mecanismos llamados a competir: un mecanismo simplificado de “private conveyancing”, por un lado, y un sistema obligatorio de “register of title” extendido a todo el país, por el otro lado. Los barristers que progresivamente habían sido apartados de la “conveyancing” por los solicitors, criticaron el proyecto de ley, en 1920, por entender que alteraba todo el sistema de conveyancing y, también, se opusieron al Registro. Sin embargo, algunos de los más importantes barristers estaban defendiendo la causa de los solicitors (Cherry, Underhill, Eustace Rusell y Haldane). Para los solicitors una ley que simplificase su trabajo era una necesidad económica en otro caso tendrían que elevar sus tarifas.

Cherry seguía y controlaba el día a día del proyecto, era la persona de confianza del Ministro de Justicia y también había sido comisionado por la Law Society para redactar el proyecto. Era un hombre que servía a dos amos

²⁶⁹ Acquisition and Valuation of Land Committee, “Fourth Report on Transfer of Land in England and Wales 1919”, pág 23 “No order should be made until the expiration of two years from the commencement of the Act, and not more than one Order should be made within three years from the commencement of the Act”.

²⁷⁰ Acquisition and Valuation of Land Committee, “Fourth Report on Transfer of Land in England and Wales 1919”, pág 23.

²⁷¹ Acquisition and Valuation of Land Committee, “Fourth Report on Transfer of Land in England and Wales 1919”, pág 23.

y uno de ellos, el Gobierno, en la primavera de 1920 todavía no le había pagado. Cherry anticipó, tras la segunda lectura del proyecto, la pretensión de los solicitors de elevar la moratoria a diez años y no tardó en aparecer una enmienda, patrocinada por la Law Society, en dicho sentido. Brickdale protestó porque ello suponía romper el acuerdo de 1911 y recordó que siempre que se hace una concesión a la Law Society esta pide más. Los Consejos municipales y los solicitors provinciales se opusieron a la supresión del “County Veto” pero cuando Birkenhead admitió la moratoria de 10 años para la extensión del Registro desapareció dicha oposición.

La Ley fue aprobada en 1922 pero su entrada en vigor fue demorada tres años para preparar los reglamentos (rules) y redactar el texto refundido (consolidated). En 1924 se introdujeron modificaciones a Law of Property y en 1925 el texto consolidado dio lugar a seis leyes²⁷² una de las cuales fue la Ley del Registro de la Propiedad de 1925 (Land Registration Act).

La táctica de Cherry consistió en acercar al Ministro de Justicia a las posiciones de los solicitors. Estos últimos, según Cherry, apoyaron la ley porque de no haber simplificación la “private conveyancing” no hubiese resistido una nueva investigación sobre su funcionamiento. Era su última oportunidad²⁷³.

1919 a 1920 fue un periodo de esperanza para el Registro mientras que 1921-25 lo fue de humillación. Brickdale se retiró derrotado en 1923, aunque el tiempo le daría la razón. Los solicitors que en 1919 habían dicho que si las propuestas de Cherry se aprobaban reducirían sus honorarios, pasaron en 1922 a reclamar un aumento y en 1925 los honorarios de los solicitors aumentaron un 33%. A instancias de Cherry la Law Society pactó con Stuart-Wallace, sucesor de Brickdale, un aumento de los honorarios de los solicitors para la propiedad registrada a cambio de no oponerse al Registro. Los honorarios de los solicitors subieron un 50% para las transacciones por debajo de 1000 libras y entre un 50 y un 350% en las transacciones por encima de 1000 libras, el Registro no obtuvo nada a cambio²⁷⁴.

²⁷² Settled Land Act, Trustee Act, Law of Property Act, Land Registration Act, Land Charges Act, Administration of Estates Act. Se presume que las leyes anteriores que no fueron modificadas por las leyes de 1922 y 1924 tampoco lo son por las de 1925, pero las modificaciones realizadas por las leyes de 1922 y 1924 se presume que se mantienen las modificaciones por las leyes de 1925. BURN, E.H. y CARTWRIGHT, J. “*Modern Law of Real Property*”, Oxford 2006, pág 9.

²⁷³ El temor de los juristas a ser prescindibles en las transmisiones inmobiliarias, incluso en America, queda patente HUDSON, M.O. “*Current Land Law Reform in England*”, Harvard Law Review, Vol XXXIV, febrero 1921, N 4, pág 360.

²⁷⁴ OFFER, A, “*Modern Law Review*”, Vol 40, sept 1977, N 5, pág 520.

El Registro comenzó a desarrollarse tímidamente, los solicitors, gracias a la Law of Property Act de 1922, mantuvieron el monopolio de la contratación inmobiliaria y, gracias al Registro, los costes de la contratación disminuyeron para el solicitador pero aumentaron para los ciudadanos. El solicitador se apropió de las ventajas que generaba en Registro.

XII. REFLEXIONES EN TORNO A LA INSTITUCIÓN REGISTRAL A PARTIR DE LA EXPERIENCIA INGLESA

La exposición realizada en torno a la implantación del Registro inglés resulta bastante ilustrativa con relación al papel que el Registro está llamado a cumplir, los conflictos de intereses que suscita esta institución, sus ventajas y los problemas que puede plantear su implantación. Todas estas enseñanzas que se pueden extraer a partir de la experiencia inglesa quedan sucintamente expuestas a continuación.

1. Flexibilidad

La historia de la implantación del Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales es una muestra más del ensayo y error que acompaña la búsqueda de un diseño institucional eficiente. La experiencia inglesa demuestra que un sistema maximalista que hace caso omiso de los costes, como ocurrió con la Ley de 1862, no es lo que mejor funciona. Como tantas veces se ha escrito: lo mejor puede ser enemigo de lo bueno. La historia del Registro en Inglaterra es una continua muestra de flexibilidad, dirigida a satisfacer las necesidades de la contratación, que se ha manifestado en los siguientes aspectos:

a) Los linderos y la descripción de las fincas. Frente a una exigencia, de carácter maximalista, de describir las fincas y sus linderos de manera exacta, prevista en la ley de 1862, reacciona el Informe de 1870 y la Ley de 1875 exigiendo únicamente la identificación de la finca por el propietario. Con razón exigía la Ley de 1862 que la fijación de linderos se hiciese citando a los colindantes, posibles perjudicados, de lo contrario no podría gozar de la protección del Registro. Cualquier otro medio por el que se reflejen los linderos en el Registro no produce efectos, no tiene carácter “conclusive”. Ante este problema el legislador inglés reconoce que la excesiva precisión supone unos costes muy elevados para las fincas de poco valor y serviría para hacer reaparecer litigios que estaban latentes. La solución adoptada por el legislador en 1875 (los general boundaries), tras el fracaso de la ley de 1862, todavía hoy permanece.

b) La existencia y empleo de mapas no es contemplado como algo esencial para el funcionamiento del sistema. El informe de 1857 recuerda que: “the map is a good servant but a bad master... very usefull as an auxiliary, but very mischevious if made indispensable”. No obstante, la utilización de mapas fue progresivamente introducida como medio para ayudar a identificar las fincas pero la inexistencia de un mapa oficial del país no fue impedimento para la puesta en marcha del sistema registral. Hay que esperar a 1897 para que la ley exija el empleo obligatorio de los mapas.

c) El sistema ofrece distintos grados de protección y permite acceder el registro de distintas clases de títulos. Aunque la Ley de 1862 pretendió que el título fuese “indefeasible” (inatacable) posteriormente fue flexibilizada permitiendo el acceso de otros títulos no tan perfectos. Las Leyes de 1875 y 1897 permitiran distinguir entre títulos perfectos (absolute), títulos imperfectos (qualified) así como títulos psesorios (possesory). Los efectos de los asientos del Registro serán diferentes según el título empleado.

d) La tensión entre voluntariedad (voluntary) y obligatoriedad (compulsory) ha estado presente desde el inicio. Si bien, en un primer momento se optó por la voluntariedad en la inscripción y la posibilidad de desinmatricular; posteriormente se negó la posibilidad de desinmatricular para finalmente establecer la obligatoriedad. Aun así la obligatoriedad ha sido objeto de una extensión progresiva que ha durado hasta 1990. Pero la obligatoriedad inglesa se asemeja al carácter constitutivo de la inscripción en las legislaciones registrales continentales. Los mecanismos con los que habitualmente se incentiva la inscripción en el continente son considerados en el Informe de 1830 como supuestos de inscripción “obligatoria” (compulsory).

e) La oficina única o múltiple. Aunque los informes iniciales se muestran partidarios de una oficina única centralizada en Londres. Los Informes de 1857 y 1870 insisten en combinar una oficina central junto con oficinas provinciales. Esto último permitía reducir los costes en las pequeñas transacciones y evitar la exclusividad de la conveyancing a favor de los solicitors de Londres.

2. Oposición al establecimiento del Registro

El establecimiento del Registro en Inglaterra y Gales contó desde el principio con la oposición de los solicitors y de la aristocracia terrateniente. Sin embargo, la oposición de la aristocracia se fue mitigando en la medida que el Registro se desligó de las leyes que pretendía reformar la primogenitura, se

conservo el carácter secreto del contenido del Registro y las clases medias fueron adquiriendo una mayor influencia²⁷⁵.

En cambio, la oposición de los solicitors se articuló alrededor de la Law Society y adoptó distintas formas; unas veces la oposición fue frontal (Rubinstein), en otras pretendía simplificar los títulos como alternativa a la implantación del Registro (Wolstenholme, Cherry) y, finalmente, cuando la extensión del Registro parecía inminente propugnaron un Register of Deeds (Registro de Documentos).

La continua invocación a las peculiaridades de la legislación del país y a su origen feudal, como motivos para impedir el establecimiento de la institución registral, fueron continuamente desmentidos por los hechos. El Registro había comenzado a funcionar satisfactoriamente en las colonias de Australia y Canadá (que aplicaban derecho inglés) convirtiendo misteriosamente un sistema caro, lento e inseguro en uno barato, rápido y seguro. Pero este mecanismo de transmisión de la propiedad había comenzado antes en los países de la Europa Central, feudales y aristocráticos. El sistema funcionaba en lugares en los que existían planos y en otros sin ellos, con una única oficina o con una pluralidad. En definitiva; el siglo XIX mostraba que los Registros funcionaban en países con diferentes tradiciones jurídicas.

El papel desempeñado por Wolstenholme redactando los proyectos de ley, a principios de 1880, asesorando al Ministro de Justicia y defendiendo los intereses de la Law Society, vuelve a repetirse en el período de 1920 a 1925 en la persona de Cherry. Y, es sintomático del control del Estado por las corporaciones, en el conflicto entre el Estado y los solicitors, estos últimos parece estaban mejor organizados²⁷⁶.

Finalmente el Registro pudo extenderse en 1925, al suprimirse el “County Veto”, cuando los solicitors se habían asegurado el monopolio de la contratación con el Registro y que la disminución de trabajo que suponía el Registro no se traducía en una disminución de tarifas para los ciudadanos sino en un aumento de honorarios y una disminución de trabajo para los solicitors.

Pero la oposición al establecimiento del Registro por parte de quienes ostentan el monopolio de la intervención en la contratación inmobiliaria no

²⁷⁵ THOMSON, F.M.L. “*English Landed Society in the Nineteenth Century*”, Londres 1969, págs 285 y ss.

²⁷⁶ Arthur Underhill cuenta que escribió un texto y lo remitió al Ministro de Justicia (Lord Cairns) y como Wolstenholme junto con el presidente de la Law Society decidieron asumir el coste de la publicación, 2000 ejemplares, para distribuir entre los miembros del Parlamento y otros. Offer señala la actuación concertada entre el presidente de los solicitors y la persona que redactaba los proyectos de ley que podían afectar a los solicitors. OFFER, A. “*Property and Politics 1870-1914*”, Cambridge 1981, pág 45.

es una peculiaridad de Inglaterra. En Francia, dice un ilustre civilista, se opusieron a la publicidad inmobiliaria, en la época de Colbert, la nobleza y el notariado que temía perder su monopolio²⁷⁷. La mejora del sistema contó con la oposición de los “irreductibles” que vivían de la oscuridad del régimen hipotecario²⁷⁸. También en Italia, existió una oposición muy fuerte de los juristas al establecimiento de un “sistema tabular” (Registro de Derechos) alegando razones ideológicas como las costumbres del pueblo italiano²⁷⁹, aunque la doctrina reconocía la superioridad del modelo tabular austríaco frente al sistema de transcripción francés e italiano (Registro de Documentos).

En otros países que pertenecen a la tradición jurídica anglo-sajona, Australia y Tasmania, el llamado “sistema torrens” sufrió una fuerte oposición de los solicitors (legal profession). La resistencia llegó a tales extremos que Robert Torrens, autor de la Ley de 1858, creó en 1860 una nueva clase de brokers no juristas que, bajo la denominación de “Land Broker”, podían formalizar los documentos para la contratación inmobiliaria (conveyancing) rompiendo el monopolio del que habían disfrutado los solicitors²⁸⁰.

En realidad la oposición de los solicitors no es más que la defensa de un monopolio en materia de contratación inmobiliaria²⁸¹. Los ingresos de los solicitors están sujetos a fluctuaciones cíclicas del mercado y esto produce una situación cuanto menos de inseguridad y, en ocasiones, de ansiedad²⁸². Las razones

²⁷⁷ MAZEAUD, “*Leçons de Droit Civil, Suretés Publicité Foncière*”, Tomo III, Volumen 1, Paris 7 edición (Picod,Y), pág 535 “Mais l’édit de Colbert dut être rapporté dès l’année suivante, en raison de l’opposition de la noblesse, qui redoutait que soit connue sa situation hypothécaire, et celle du notariat, qui craignait de perdre son monopole”.

²⁷⁸ El profesor Guillaouard escribió: “Le premier obstacle à la création du libre foncier, c’est, hélas! l’hostilité non déguisée de toutes les personnes qui, dans le monde des affaires, vivent des obscurités de notre régime hypothécaire, et ces personnes s’appellent légion”. Y, más adelante tras analizar la oposición de los solicitors en Inglaterra dice: “La situation est la même en France: Ce progrès considérable, écrit M. Flour de Sant-Genis, soulèvera de fortes oppositions, des résistances opiniâtres de la part des officiers ministériels qui vivent du défaut de simplicité de nos lois: il sera également contrarié par les préjugés, par la routine bureaucratique” y añade “De pareils adversaires sont irréductibles: il n’y a pas à essayer de les convaincre, ils luttent pro domo”. GUILLOUARD, L. “*La Révision du Régime hypothécaire établi par le Code civil*” Livre du Centenaire, 1904, pág 426 y 427.

²⁷⁹ GAZZONI, F. “*La Trascrizione Immobiliare*” Tomo I, Milan 1998, pág 20.

²⁸⁰ WHALAN, D.G. “*The Torrens System in Australia*” Sidney 1982, pág 7, BUTT, P. “*Land Law*” Sidney 2006, pág 719.

²⁸¹ JOSEPH. M. “*The Conveyancing Fraud*” Londres 1981 pág 131 y ss. En 1976 un solicitor publicó un libro denunciando la labor superflua realizada por el solicitor y como el Registro que estaba llamado a facilitar la contratación ha logrado sus objetivos solo parcialmente. Sólo pudo establecerse tras un compromiso y los solicitors se quedaron el monopolio que, cuando se escribió el libro, fomentaban los bancos y los promotores inmobiliarios. Posteriormente a la publicación del libro, el Parlamento en 1983 votó favorablemente a la abolición del monopolio de los solicitors en materia de conveyancing. En 1985 el gobierno creó una nueva profesión “licensed conveyancers” en competencia con los solicitors.

²⁸² La volatilidad del mercado inmobiliario así como la ansiedad es recogida por OFFER, A. “*Lawyers and Land Law Revisited*”, Oxford Journal of Legal Studies Vol 14, N 2, 1994, pág 270.

de esta oposición son principalmente económicas²⁸³ y no tanto la defensa de los clientes frente a reformadores impetuosos, aunque en algunos casos pudiera existir nostalgia por las situaciones precedentes. Y, en la defensa de estos intereses la “captura del regulador” es parte de la estrategia sirviéndose de su conocimiento especializado para controlar los organismos que deben controlarlos.

3. Intervención Pública

El Registro de la Propiedad supone una solución pública al problema de la contratación de los derechos reales y su garantía.

Desde el principio, Informes de la Real Property Commission de 1830, se relacionó el Registro con la creación de una nueva burocracia, más funcionarios y nuevos edificios. En un momento posterior fue acusado de intervencionista (officialism) y esta acusación se acentuó durante el período de elaboración de la Ley de 1925 hasta el punto que algunos vieron el Registro como un antídoto contra el bolchevismo²⁸⁴.

El Registro supone una intervención pública en el ámbito de la propiedad que se manifiesta en la necesaria participación de este en la transmisión de la propiedad y demás derechos reales. Los asientos del Registro evitan investigaciones retrospectivas porque contienen un pronunciamiento actual de quien es el titular del derecho así como todo lo necesario que el adquirente necesita conocer para contratar sin riesgo de perder el inmueble en caso de evicción. No es casualidad que la doctrina inglesa²⁸⁵ utilice la expresión “registered conveyancing” como contrapuesta a “private conveyancing” o “unregistered conveyancing”.

Entre 1894 y 1912, los ingresos de los solicitors, tomando por base 100 en 1894, subieron hasta 152 en 1898 y descendieron hasta 66 en 1912. (pág 272).

²⁸³ La doctrina inglesa discute si la motivación de la oposición es económica. Para Offer no hay duda así lo dice en la respuesta a Anderson “the evidence that professional policy was motivated by economic self-interest is undeniable” *Lawyers and Land law Revisited* “Oxford Journal of Legal Studies” Vol 14, N.º 2, 1994, pág 274 y con anterioridad lo había sostenido en “Property and Politics 1870-1914, Cambridge 1981, pág 82. En cambio, ANDERSON, J.S. “Lawyers and the Making of the English Land Law 1832-1940” pág 223 niega que la razón de la oposición de los solicitors fuese económica aunque no acaba de ofrecer una respuesta convincente. En cualquier caso es un hecho que la oposición de los solicitors existió y que fue eficaz en dilatar la implantación del Registro.

²⁸⁴ Scott, presidente del Acquisition and Valuation of Land Committee de 1919, defendió el carácter compulsory del Registro junto con otras medidas como un medio de evitar el bolchevismo. OFFER, A “*The Modern Law Review*” Vol 40, Sept 1977, N 5, pág 514. Uno de los motivos de la fuerte oposición de los solicitors al Registro fue que percibieron que se trataba de una “nacionalización sin compensación” de su profesión. OFFER, A “*Property and Politics 1870-1914*” Cambridge 1981, pág 85.

²⁸⁵ ROUFF, T.y ROPER, R.B. “*Registered Conveyancing*”, Londres 2003, pág 1/3. MEGARRY, R.y WADE, W. “*The Law of Real Property*” Londres 2000, pág 204 “The system is therefore a branch of public administration as well as of property law”.

La intervención pública se manifiesta también en la garantía que el Registro presta a los derechos inscritos. Los títulos del Registro gozan de la garantía del Estado y cualquier pérdida será indemnizada al inocente. Esta garantía constituye uno de los principios esenciales del sistema: “the insurance principle”²⁸⁶, aunque algunos críticos entendieron en su día que el Estado no podía actuar como una aseguradora.

Sin embargo, pese al aspecto público del Registro éste fue siempre defendido por los liberales y radical-liberales del siglo XIX. Desde los seguidores de Bentham que lo consideraron un medio de racionalizar la legislación y reforzar el mercado hasta los seguidores de Cobden partidarios del Free Trade Movement²⁸⁷. No ha faltado quien ha visto un conflicto entre el Estado y una corporación por controlar las transmisiones inmobiliarias²⁸⁸.

4. El Registro confiere el Título (Title by Registration)

Aunque habitualmente se utiliza la expresión “registration of title” es necesario poner de manifiesto que el Registro además de asignar prioridad confiere el título. Este último es el resultado final del procedimiento registral que tras el examen de un funcionario del Estado culmina con la extensión del asiento registral. Por ello la expresión adecuada es “Title by Registration”.

No obstante, la formulación más clara de estas ideas, aunque recogida en alguno de los informes vistos, proviene de la High Court²⁸⁹ y de la doctrina australiana²⁹⁰.

²⁸⁶ El término fue acuñado por ROUFF, T. “*An Englishman Looks at the Torrens System*”, Sidney 1957, pág 8.

²⁸⁷ Los liberales entendían que la función del Registro de la Propiedad con sus fuertes efectos no podía ser realizada por los particulares sino que pertenecía al ámbito del Estado. COLQUHOUN DILL, T.R. “*Transfer of Land by Registration of Title*”, Londres 1893, pág 35. El Chief Land Registrar posterior a Brickdale defendió que el Estado aportaba la maquinaria para las transmisiones, el Registro, pero ello no suponía privar a los solicitores de la intervención en la conveyancing ni interferir en asuntos privados. STEWART STEWART-WALLACE, J. “*Introduction to the Principles of Land Registration*”, Londres 1937, pág 21.

²⁸⁸ OFFER, A. “*The origins of the Law of Property*” *The Modern Law Review*, Vol 40, Sept 1977, N 5, pág 521.

²⁸⁹ “..is not a system of registration of title but a system of title by registration. That which the certificate of title describes is not the title which the registered proprietor formerly had, or which but for registration would have had. It is the title which registration itself has vested in the proprietor. Consequently, a registration which results from a void instrument is effective according to the terms of the registration”. Caso *Breskvar v Wall* (1971). Citado por STEIN, R.T.J. y STONE, M.A. “*Torrens Title*”, Sidney 1991, pág 31.

²⁹⁰ La expresión “Title by Registration” fue empleada por Hübbe en su escrito “Title by Registration in the Hanse Towns” (1861), a este autor, en opinión de Robinson, se deben gran parte

El asiento registral adquiere carácter sustantivo independientemente de los documentos (también llamados títulos) que son objeto de presentación. El título es una creación del Registro y es distinto del título o documento presentado. A partir de ese momento el adquirente que utiliza la maquinaria registral para adquirir un derecho, y cumpla los específicos requisitos establecidos por la ley, sólo se verá afectado por los derechos que consten en los asientos registrales, y no por los que no hayan sido registrados, aunque consten en otros documentos, salvo las limitaciones de la posesión, los overriding interests (cargas ocultas) y los supuestos en los que se admite la rectificación del Registro.

En Inglaterra el Registro se ha relacionado con la transmisión y formalización de la propiedad, de ahí las expresiones “Registered Conveyancing” y “Conveyancing by Registration of Title”. La doctrina insiste que se trata de un medio de “conveyancing”. En cambio la idea de publicidad, sobre la que tanto se insiste en la Europa Continental, pasa a un segundo plano y ni siquiera se le considera esencial para un sistema registral²⁹¹. Prueba de lo anterior es que hasta el tres de diciembre de 1990, fecha de la entrada en vigor de la reforma de 1998 de la Land Registration Act, no podía consultarse el contenido del Registro²⁹² (salvo el índice de fincas y mapas) sin autorización del titular registral²⁹³; actualmente es posible pero con determinadas restricciones.

Los autores más recientes señalan que el Registro no es una manera de realizar la “conveyancing” simplificándola sino que supone una transformación de todo el proceso de transmisión de la propiedad²⁹⁴. La nueva lógica que impone el Registro implica una redefinición de las funciones de los profesionales de la contratación y el Registro, quedando para los primeros los aspectos contractuales (contractual elements) mientras que al segundo le corresponden los aspectos reales (proprietary elements). Supone un nuevo

de las soluciones del “sistema Torrens”. ROBINSON, S. “*Transfer of Land in Victoria*”, Sidney 1979, pág 25. La expresión es utilizada por la actual doctrina: BUTT, P. “Land Law”, Sidney 2006, pág 724; STEIN, R.T.J. y STONE, M.A. “*Torrens Title*”, Sidney 1991, pág 31; MOORE, G. “*Essential Real Property*”, Londres 2005, pág 4.9.

²⁹¹ “it is a mistake to represent publicity as indispensable to registration”. TORRENS, R.R. “*An Essay on the Transfer of Land by Registration*”, Londres-Melbourne 1882, pág 10.

²⁹² Los autores hablaban de un registro secreto: “the secrecy of land registration” MEGARY, R. y WADE, W. “*The Law of Real Property*”, Londres 2000, pág 202.

²⁹³ Como “Registers strictly private” lo califica STEWART STEWART-WALLACE, J. “*Principles of Land Registration*”, Londres 1937, pág 21.

²⁹⁴ POTTAGE, A. “*The Originality of Registration*”, Oxford Journal of Legal Studies, 1995, Vol 15, N 3, pág 371 “dissolution of the logic peculiar to the regime of contract and conveyance” y en la pág 372 dice: registration “developed an entirely new understanding of what was being proved and transferred”

medio de prueba que sustituye la investigaciones genealógicas por la propiedad tabular. La lógica del Registro implica tal cambio que los solicitors son los más reacios a querer entenderla. La función del Registro no queda reducida a registrar lo realizado por las partes sino que “fabrica” los títulos (derechos)²⁹⁵.

5. Similitudes con el establecimiento del Registro en España

Además de la coincidencia cronológica, la Ley Hipotecaria española es de 1861 y la ley que establece el Registro en Inglaterra es de 1862, existen algunos aspectos en los que se observa un paralelismo:

a) El inicio, tanto en Inglaterra cuanto en España, fue un completo fracaso. El legislador español creyó que la garantía del cumplimiento de la ley radicaba en la no admisión ante los Tribunales de los documentos sujetos a inscripción y no inscritos y estimuló la incorporación de los derechos existentes a los libros del Registro fijando el plazo de un año²⁹⁶. Transcurrido el plazo de un año, los derechos no incorporados serían purgados, perderían su eficacia real²⁹⁷. Sin embargo, los títulos no fueron llevados al Registro. Tanto en España cuanto en Inglaterra el incentivo para llevar los títulos no fue el adecuado; no admisión del título ante los Tribunales y purga en España, obtención de un título indefeasible (inatacable) en Inglaterra.

²⁹⁵ POTTAGE, A. “*The Originality of Registration*”, Oxford Journal of Legal Studies, 1995, Vol 15, N 3, pág 393 recoge la opinion del presidente de la Law Society, Beale, para el que la función del Registro es: “register what the parties had done”; pero matiza Pottage “To effect the transition from this understanding to one consistent with the logic of registration is necessary to persuade solicitors that the fabrication of entitlement was something which could safely be entrusted to the Registry”. Siguiendo esta idea escribe, pág 385, “Registration made a decisive break with this model of titles and transfer. Registration did not reinforce or perfect the traditional style of manufacturing titles. Rather it constructed an entirely new foundation for property in land”.

²⁹⁶ La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 dice “Siempre que se hacen cambios profundos en la legislación, se procura estimular y facilitar los medios de que la nueva ley sea pronto ejecutada para que se consigan beneficiosos resultados que de la innovación se esperan. Respecto a los derechos reales e hipotecas.... ha sido frecuente señalar plazos dentro de los cuales pudieran sin temor a penalidad alguna liberarse los interesados de los perjuicios que según el tenor literal de las leyes deben experimentar por no haber hecho oportunamente la inscripción” y más adelante añade “Pero la mas firme garantía del cumplimiento de la ley, tanto respecto a los derechos antiguos como a los que de nuevo se constituyan está en la prohibición que expresamente se establece en admitir en los juzgados.... ningún documento de que no se haya tomado razón”. El plazo de un año para inscribir está en los artículos 389 y ss de la Ley Hipotecaria de 1861 y la inadmisión ante los Tribunales, en los Consejos y Oficinas del Gobierno en el artículo 396 de la misma ley.

²⁹⁷ PARDO NÚÑEZ, C.R. “Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1993, pág 145.

En España, como en Inglaterra, las leyes se mostraron poco adaptadas a la realidad de manera que si se hubiesen aplicado sin matices desde el momento de la entrada en vigor habrían sido una fuente de conflictos sociales²⁹⁸. Habían diseñado unas leyes que pretendían brindar una protección muy elevada para los derechos inscritos desde el momento inicial cuando lo idóneo hubiese sido una aplicación gradual y flexible. El resultado fue que la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, con todos sus nuevos efectos, fue continuamente aplazada. El derecho antiguo continuó rigiendo y la fe pública prácticamente desapareció como principio operativo del sistema hipotecario²⁹⁹. El sistema estuvo a punto de naufragar hasta que en 1875 el legislador puso fin al período transitorio y con la reforma de 1909 volvió a recuperarse la fe pública que volvió a adquirir su protagonismo original en 1944³⁰⁰.

En Inglaterra el descredito producido por la Ley de 1862 se dejó sentir en las posteriores reformas que intentando mejorar y flexibilizar la Ley no consiguieron el acceso de más títulos al Registro. Como había vaticinado Bentham en Inglaterra el Registro sólo podía triunfar si era capaz de abaratar las transmisiones de los inmuebles³⁰¹.

b) La existencia de distintos grados de protección y la flexibilidad de los títulos.

La legislación hipotecaria española de 1861, como la inglesa de 1875, admitió el acceso de los títulos posesorios como una manifestación del dominio³⁰², con menores efectos³⁰³, pero con la posibilidad de conversión en inscripciones de dominio por el transcurso del tiempo sin contradicción. El sistema demostraba su flexibilidad al permitir el acceso de derechos con distinto grado de certeza, en atención a los medios probatorios, y por tanto con diferentes efectos. El título para acceder al Registro no debía ser totalmente per-

²⁹⁸ “El modelo elegido podía ser aceptable para el futuro. Pero si se aplicaba sin matices desde el momento de entrada en vigor de la Ley, de hecho revolucionaba el estado de la propiedad existente. Sería como un pistoletazo para el inicio de una loca carrera que convirtiéndose en propietario a través del Registro al que primero lograrse inscribir la finca” PARDO NÚÑEZ, C.R. “Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1993, pág 144. OLIVER, B. “*Derecho Inmobiliario Español*”, Madrid 1892, Tomo I, pág 418 y ss.

²⁹⁹ PARDO NÚÑEZ, C.R. “Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1993, pág 154.

³⁰⁰ Para un estudio detallado de este proceso: PARDO NÚÑEZ, C.R. “Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1993, pág 161.

³⁰¹ OFFER, A. “*Property and Politics 1870-1914*”, Cambridge 1981, pág 74.

³⁰² Artículo 397 Ley Hipotecaria 1861.

³⁰³ Artículos 408 y 409 Ley Hipotecaria 1861.

fecto (dominio, posesión) y admitía distintas vías de acceso (títulos escritos, expediente de dominio o expediente posesorio).

A partir de 1909 el sistema adquiere mayor flexibilidad para favorecer el acceso de la propiedad no inscrita. La primera inscripción o inmatriculación realizada mediante título público tenía un período transitorio de dos años³⁰⁴, transcurrido el cual el derecho quedaba liberado de toda pretensión contradictoria, distintos son los efectos si se acude a un procedimiento judicial. El sistema permite al ciudadano elegir el medio para acreditar su derecho sabedor que serán distintos los efectos respecto a terceros según el medio elegido³⁰⁵.

Sin embargo el expediente posesorio desapareció en 1944 y los documentos privados que tímidamente hicieron su aparición en 1869, atendiendo a la petición de reducir costes, dejaron de ser título probatorio hábil para inscribir en 1909.

c) El grado de definición de las fincas.

El sistema español no pretendió nunca forzar a una depuración jurídica y física de cada finca que pretendía ingresar en el Registro. Lo contrario hubiese sido un fracaso y buena prueba de ello es lo acontecido en Inglaterra en 1862. En España en 1861, como en Inglaterra a partir de 1875, se optó claramente a favor de una depuración jurídica dejando la posible depuración física al arbitrio del titular registral. La fijación de los linderos, que no es propiamente una depuración física sino jurídica, quedó también a expensas del particular.

El empleo de mapas o planos para la identificación de las fincas ha tenido un carácter gradual en ambos sistemas aunque más avanzado en Inglaterra. En España hubo un intento en la Ley del Catastro de 1906 de imponer como obligatorio el empleo del plano o avance catastral para poder practicar los asientos del Registro³⁰⁶. La ley fue letra muerta pero a partir de 1909 la legislación comenzó a realizar referencias a los planos y certificaciones catastrales³⁰⁷.

d) Intervención Pública.

Al igual que en Inglaterra el Registro español es un mecanismo de intervención pública en el ámbito de los derechos reales. Difícilmente puede

³⁰⁴ Artículo 20 Texto Refundido Ley Hipotecaria de 1909.

³⁰⁵ En el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria de 1946 se mantendrá esta alternativa: expediente de dominio sin suspensión de efectos respecto a tercero art 201 y ss, o, doble título art 205 con suspensión de efectos art 207 LH.

³⁰⁶ Artículo 38 Ley del Catastro de 1906.

³⁰⁷ En los próximos años, gracias al programa Geo-Base, obra de Jorge Requejo Liberal, podran lograrse avances sustanciales en la identificación gráfica de las fincas registrales.

encontrarse, en España, una ley más intervencionista que la Ley Hipotecaria de 1861, obra de los liberales del siglo XIX. La propiedad y demás derechos reales que en el plazo de un año no hubiesen sido llevados al Registro quedaban purgados pues perdían su eficacia real por efecto retroactivo de la Ley de 1861³⁰⁸. Pocas leyes han sido tan intervencionistas sobre todas las propiedades.

d) El sistema Torrens en España.

En 1890 el Conde de San Bernardo presentó en las Cortes un proyecto para implantar en España el régimen diseñado por la llamada Acta Torrens australiana. La finalidad era fomentar el acceso al crédito hipotecario del mayor número de propietarios. La inmatriculación tenía carácter voluntario y previamente tendría lugar el saneamiento o purga con citación de los terceros no inscritos para que pudiesen hacer valer sus derechos. Sigue el modelo del Acta Torrens y únicamente introduce como novedad la posibilidad de que los propietarios de inmuebles inmatriculado puedan emitir bonos, cédulas pagares u otros títulos a la orden o al portador hasta donde alcance el valor del inmueble inmatriculado. Medida peligrosa, pues casi antes de asegurar la propiedad pretende mobilizarla³⁰⁹. Naturalmente el proyecto no prosperó.

³⁰⁸ PARDO NÚÑEZ, C.R. “Entre la purga y la fe pública: génesis del sistema hipotecario español” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993, pág.145.

³⁰⁹ BESSON, E. “Les Livres Fonciers et la Reforme Hypothecaire”, Paris 1891, pág. 375.

**PROPIEDAD, CRÉDITO Y GARANTÍA:
UNA MIRADA DESDE EL DERECHO,
LA ECONOMÍA Y LA HISTORIA**

Margarita Serna Vallejo
Universidad de Cantabria

I. Entre finales de mayo y principios de junio de 2006, SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE, RICARDO ROBLEDO y EUGENIA TORIJANO volvieron a emplazar en Salamanca a un grupo de especialistas, principalmente profesores universitarios, dedicados, en esta oportunidad, al estudio de la Historia, la Economía y el Derecho, para debatir acerca del crédito y la garantía. Convocatoria que supuso, en la práctica, la celebración del V Encuentro interdisciplinar sobre Historia de la Propiedad ¹.

Sus organizadores, de igual modo que hicieron con motivo del anterior Encuentro, me propusieron que participara en el evento como relatora. Tarea que tras la celebración de la reunión me comprometía a la preparación de un texto para su inclusión en la posterior publicación. En él debía quedar constancia de lo más relevante de cuanto se tratara en las sesiones. Reto que acepté de inmediato, convencida de que se me ofrecía una nueva oportunidad excepcional no sólo para regresar a Salamanca y volver a frecuentar la compañía de muy buenos amigos, sino también para aprender sobre un tema del que desconocía casi todo.

A lo largo de este nuevo Encuentro, quizás más intenso que los anteriores siquiera porque hubo una sesión más de trabajo, sacrificándose la tarde lúdica que en anteriores oportunidades permitió visitar algunas de las comarcas más importantes de la provincia de Salamanca, se pudo constatar el acierto que, una vez más, los organizadores habían tenido en la elección no sólo del tema objeto del Encuentro, sino también de los ponentes. Motivos suficientes para que de nuevo SALUSTIANO DE DIOS, JAVIER INFANTE, RICARDO ROBLEDO y EUGENIA TORIJANO y el Colegio de Registradores y Mercantiles de España, institución que ha asumido la financiación de los Encuentros desde su primera edición celebrada en 1998, puedan sentirse satisfechos y motivados para seguir con la iniciativa ².

¹ V Encuentro Interdisciplinar sobre la Historia de la Propiedad. Crédito y garantía. Salamanca, 31 de mayo-2 de junio de 2006.

² Los datos de las publicaciones fruto de los anteriores Encuentros se incluyen en la bibliografía que incorporo al final de estas páginas.

II. Desde hace siglos, el crédito y la garantía componen un binomio absolutamente imprescindible en la vida económica porque sin seguridad, no hay crédito y, sin crédito la economía no avanza. Pero, además, este dúo, en numerosas ocasiones, se convierte en trío cuando la propiedad se constituye en garantía real del crédito.

De manera que, desde este punto de vista, la selección del tema “crédito y garantía” como objeto de estudio en el contexto de unos Encuentros dedicados a la propiedad fue, a todas luces, certera. Apreciación que se confirma, aún más si cabe, si se tiene en cuenta que la finalidad principal de estos Encuentros es el estudio de la propiedad en su dimensión histórica y que la vinculación entre los tres elementos —crédito, garantía y propiedad—, lejos de ser reciente, cuenta con una larga trayectoria en el tiempo.

Como hubo oportunidad de apreciar en las sucesivas intervenciones, economistas, juristas e historiadores tienen mucho que decir acerca de ambas figuras y de su vinculación con la propiedad porque el crédito es una institución de marcado carácter económico que precisa de instrumentos jurídicos que garanticen la situación de deudores y acreedores. Necesidad que se ha sentido desde hace varios siglos, lo que explica que los historiadores también tengan ante sí un campo de trabajo de gran interés.

La realidad crediticia constituye materia de estudio tanto para los juristas como para los economistas porque si desde la perspectiva del mundo del Derecho el crédito es una situación de poder jurídico que corresponde al acreedor, desde la óptica económica el crédito es un bien patrimonial inserto en el tráfico.

Al jurista le interesan las facultades, limitaciones y cargas que configuran la situación crediticia. Esto explica que, en el ámbito de las facultades, los juristas se ocupen del análisis de las que permiten al acreedor exigir la prestación; de las que le conceden la posibilidad de ejecutar los bienes del deudor; de las que hacen posible que pueda disponer del crédito; de las que le facilitan el desenvolvimiento y la efectividad de la relación obligatoria y la conservación y tutela preventiva del crédito; de las que contribuyen a conservar la solvencia del deudor; y de las que, en su caso, le pueden permitir promover el concurso y la quiebra.

De igual modo, el jurista estudia los límites a este derecho subjetivo. Límites como son los que se derivan de las condiciones de identidad, género y cuantía de la prestación debida; de las circunstancias de tiempo y lugar en que la obligación debe cumplirse; de la función y finalidad para que se concedió el crédito; de la buena fe; y de la idea del abuso del derecho.

Y en cuanto a las cargas que pesan sobre el acreedor, el dedicado al estudio del Derecho presta atención a algunas de tanta importancia como son la de facilitar la liberación de la deuda o la de colaborar para que el deudor pueda ejecutar la prestación.

Por su parte, al economista le interesa el crédito en atención al importantísimo valor que éste tiene en el tráfico y al carácter de activo patrimonial que se le ha reconocido, entendiéndose que forma parte del patrimonio del acreedor como cualquier otro objeto patrimonial.

Esta concepción del crédito como bien patrimonial ha sido el resultado de un interesante proceso. En sus primeras etapas, el crédito, la deuda, en modo alguno fue concebido como una riqueza. Entre otros motivos porque carecía de existencia material, física lo que hacía prácticamente imposible que pudiera computarse como un bien patrimonial. En esta fase, el crédito no pasaba de ser más que un plazo puramente personal entre el acreedor y el deudor.

La situación cambió de manera radical en el momento en que, en el ámbito mercantil, se planteó la posibilidad de que el crédito tuviera una representación física, material, lo que habría de permitir su objetivación y, con ello, su negociación al hacerse transmisibles. Planteamiento que dio como resultado la aparición de los títulos escritos de deuda. Es decir, los documentos representativos de las operaciones de crédito.

El estudio del crédito y sus garantías despierta la curiosidad de investigadores de muy distintas ramas en el seno de la Economía, la Historia y el Derecho, lo que explica que los profesores salmantinos, conocedores de esta realidad, invitaran a medievalistas, modernistas y contemporaneístas. A historiadores del derecho y de la economía. A especialistas en teoría económica. Y a estudiosos del Derecho civil, procesal, mercantil, registral y tributario. Garantizándose así, de nuevo, una de las características fundamentales de estos Encuentros: la interdisciplinariedad. Enfoque multidisciplinar que a diferencia de lo que sucede en otras situaciones en las que no pasa de ser un mero punto programático sin concreción práctica, en el marco de estos Encuentros se ha hecho realidad en todas las convocatorias.

Desde el punto de vista de la cronología, las intervenciones de los sucesivos ponentes abarcaron un amplio período de tiempo. De la edad media al tiempo presente. Esto permitió alcanzar una visión amplia de la importancia del crédito y de las garantías que le aseguran, en particular de las que giran en torno a la propiedad, no sólo en el Antiguo Régimen sino también en el mundo liberal. Incluso, en algunas de las intervenciones, como fue el caso de las

de VICENTE MONTÉS PENADÉS³ y FERNANDO MARTÍN DIZ⁴ hubo ocasión de plantear ciertas cuestiones de cara al futuro.

El ámbito territorial que se cubrió con las distintas ponencias puede ser que ofreciera una menor diversidad que en anteriores Encuentros. No porque no se invitara a profesores procedentes de diferentes partes del territorio, que se hizo en términos similares a otras oportunidades, sino porque las intervenciones de éstos tuvieron un alcance más general, menos regional o localista que en las pasadas reuniones. Quizás porque la materia objeto de análisis en esta ocasión no ofrece las particularidades territoriales que en cambio sí presentan los asuntos abordados en las precedentes convocatorias. Afirmación que, en todo caso, no significa que no hubiera ocasión de referirse a experiencias particulares de algunos lugares, como sucedió con las intervenciones de MARIANO PESET⁵, JAUME RIBALTA⁶ o MONTSERRAT CARBONELL⁷, ni que, por tal motivo, el Encuentro tuviera menor interés que los precedentes.

III. Las posibilidades de definir lo que se entiende por crédito son varias, dependiendo del aspecto en el que se fije la atención. Así, mientras que algunos autores centran su interés en el fin perseguido con el préstamo; otros dan preferencia a las garantías que el crédito precisa para su desarrollo; y otros tienen en cuenta los distintos efectos que se derivan de su concesión. Ahora bien, sea cual sea el elemento principal que se tome para su definición, siempre existen dos variables constantes: el tiempo y la confianza.

El primero, el tiempo, porque quien entrega la cosa, ya sea ésta dinero o mercancía, espera que otra le sea devuelta transcurrido un plazo. Tratándose por tanto de un intercambio en el que, a diferencia de lo que sucede en el cambio, la prestación y la contraprestación no son simultáneas y en el que una de las partes, el acreedor o prestamista, entrega algo sin recibir nada en ese momento. Y, el segundo, la confianza, porque el acreedor entrega el bien con la esperanza firme de que la otra parte, el deudor o prestatario, le propondrá algún bien en el tiempo convenido.

³ Montés Penadés, Vicente. “La extensión de la hipoteca a las accesiones y mejora. Una idea de ‘propiedad’”. Universidad de Valencia.

⁴ Martín Diz, Fernando. “Notas para la revisión del modelo de ejecución judicial de garantías reales inmobiliarias hacia la eurohipoteca”. Universidad de Salamanca.

⁵ Peset Alonso, Mariano. “Los censos entre el Antiguo y el nuevo régimen: el caso valenciano”. Universidad de Valencia.

⁶ Ribalta i Haro, Jaume. “La problemática del crédito agrícola en los orígenes de la legislación hipotecaria española: la experiencia catalana”. Universidad de Lérida.

⁷ Carbonell Esteller, Montserrat. “Microcrédito y economías alternativas: los montes de piedad en España”. Universidad de Barcelona.

Pero, para que el acreedor tenga esta seguridad en el deudor y le conceda el crédito es preciso que, al menos, se dé alguna de estas tres circunstancias en el prestatario. Que disponga de bienes, muebles o inmuebles, que garanticen la devolución del préstamo. Que sea conocida su honradez y probidad. Que esté en disposición de acreditar pericia y habilidad en su profesión. Circunstancias que sientan las bases para la concesión, en unos casos, de créditos personales, en las oportunidades en las que la garantía son las condiciones de solvencia y de honorabilidad del deudor y que en caso de resultar insuficientes pueden completarse mediante el afianzamiento. Y, en otras, de créditos reales, en las ocasiones en las que un bien, inmueble o mueble, sirve para asegurar su devolución.

De un modo u otro, la realidad de estas situaciones se planteó en distintas ocasiones mientras duró el Encuentro. Así, la disposición de bienes inmuebles susceptibles de constituirse en garantía crediticia fue un tema constante en todas aquellas intervenciones en las que hubo referencias a las hipotecas, entre otras, las de ALBERTO MARCOS MARTÍN⁸, MARIANO PESET y ENRIC TELLO⁹. La utilización de bienes muebles como garantía prendaria se trató, entre otras oportunidades, a raíz de la exposición de ROLDÁN JIMENO¹⁰ acerca de las garantías en los fueros medievales y al hablarse de los microcréditos y de los montes de piedad con ocasión de la intervención de MONTSERRAT CARBONELL. La cuestión de la honradez de los peticionarios de crédito estuvo en la mente de todos a propósito de la intervención de EMMA MONTANOS FERRIN referida a los quebrados fraudulentos¹¹. Y la pericia y habilidad profesional tuvo su encaje a propósito de la ponencia de HILARIO CASADO ALONSO sobre el comercio y el crédito en las Ferias de Medina del Campo¹².

IV. En el Antiguo Régimen, como consecuencia de la prohibición de la usura, prevista tanto en el Derecho canónico como en el Derecho civil, interdicción que en la práctica significó un grave obstáculo para que el mutuo con interés pudiera constituir la vía habitual para la obtención de crédito, tomaron forma distintos negocios indirectos en los que, bajo la apariencia de

⁸ Marcos Martín, Alberto. "El peso de las hipotecas: enajenaciones del patrimonio regio y endeudamiento municipal en los siglos XVI, XVII y XVIII". Universidad de Valladolid.

⁹ Tello Aragay, Enric. "Crisis del Antiguo Régimen y crisis del sistema crediticio: el fin de los censos". Universidad de Barcelona.

¹⁰ Jimeno Aranguren, Roldán. "Las figuras de garantía en los fueros medievales hispánicos". Universidad Pública de Navarra.

¹¹ Montanos Ferrin, Emma. "Decoctoris fraudulentos: ¿ladrones famosos?". Universidad de La Coruña.

¹² Casado Alonso, Hilario. "Comercio y crédito en las Ferias de Medina del Campo en la primera mitad del siglo XVI". Universidad de Valladolid.

donaciones o ventas, se perfeccionaron verdaderos préstamos. De este modo, en unas ocasiones, la usura se ocultó en los préstamos admitidos, es decir, en los préstamos gratuitos y en los préstamos onerosos tasados permitidos a los judíos. En otras, a través de la práctica del mutuo tolerado o préstamo no gratuito o mutuo a interés. Y, en otras a través de distintos medios simulados como fueron algunos manifiestamente fraudulentos y por tanto prohibidos como eran las mohatras y trapazas; otros difícilmente admisibles como eran las arcas de misericordia y los montes de piedad; y otros que supusieron la creación de nuevas formas contractuales entre las que hay que incluir el cambio por letras y el censo consignativo.

De todas estas posibilidades que se articularon como instrumentos de crédito, el censo consignativo fue la más importante de todas. Lo que justifica de sobra la atención que le prestaron MARIANO PESET y ENRIC TELLO, quienes dedicaron sus respectivas intervenciones al análisis de la institución censal en su última época, en el tránsito del Antiguo Régimen al Estado liberal, en el momento en que la crisis del sistema censal es ya definitiva, siendo sustituidos por los préstamos hipotecarios.

Para sorpresa de algunos de los asistentes a sus intervenciones, como fue mi caso, las conclusiones que presentaron MARIANO PESET y ENRIC TELLO en relación a los motivos por los que en el siglo XVIII se produjo la crisis final de los censos consignativos, por tanto, del principal instrumento de crédito del Antiguo Régimen, fueron bastante diferentes. No me atrevo a decir que absolutamente opuestas, pero sí distintas. Diferencias que en una primera aproximación quizás podrían explicarse en el hecho de que mientras que MARIANO PESET centró su análisis en el caso valenciano, ENRIC TELLO formuló un planteamiento de alcance más general. Idea que, pronto debe abandonarse porque, como el propio TELLO explicó, una parte importante de sus reflexiones sobre esta cuestión tuvieron como origen su tesis doctoral, trabajo circunscrito al estudio de Cervera y la comarca de la Segarra entre 1700 y 1860¹³, por tanto en un trabajo también de alcance local. Lo que muestra cómo los trabajos de Historia local que consiguen enlazar con problemas y preocupaciones metodológicas e ideológicas de mayor alcance, sientan las bases para investigaciones y reflexiones de mayor calado y trascendencia.

La intervención de MARIANO PESET fue acorde con el que se puede considerar planteamiento clásico acerca de la crisis final de los censos consignativos a fines del Antiguo Régimen, mientras que el contenido de la conferencia de ENRIC TELLO se situó en una posición más novedosa y renovadora del

¹³ Tello Aragay, Enric. 1995. *Cervera i la Segarra al segle XVIII: en els orígens d'una Catalunya pobra, 1700-1860*. Lleida: Pagès Editors.

tema. De hecho, él mismo explicó al inicio de su intervención cómo el análisis detenido de algunos datos obtenidos en el curso de sus trabajos le habían obligado a poner en tela de juicio algunas ideas que hasta ahora se habían considerado básicas y que se habían aceptado de manera generalizada por la doctrina.

En líneas generales, mientras que MARIANO PESET vinculó la crisis del censo consignativo con las sucesivas reducciones de los intereses y en particular con la última ordenada por Felipe V en 1705, disposición que supuso la limitación del interés al 3%, ENRIC TELLO, para explicar el fin de los censos y del sistema crediticio propio del Antiguo Régimen, relacionó la situación del mercado del dinero con el mercado de la tierra.

V. El desarrollo del crédito exige la articulación de distintas herramientas que permitan superar las situaciones que hacen que el crédito implique ciertos inconvenientes. En concreto, los que se derivan del riesgo de que el deudor no cumpla con la obligación de devolver el préstamo; de la privación del disfrute de los bienes, dinero o mercancías que se impone al prestamista; y de la imposibilidad de que el acreedor pueda disponer de los bienes prestados antes del vencimiento del crédito.

En Salamanca se prestó una mayor atención al primero de aquellos problemas que a los restantes como consecuencia de que el objeto del Encuentro era el análisis del crédito y la garantía en su relación con la propiedad. De manera que ponentes y participantes en los debates centraron sus intervenciones, preferentemente, en las medidas que los juristas han articulado a lo largo del tiempo para que el acreedor quede a cubierto del riesgo de que el deudor no cumpla sus compromisos. Esto hizo que las soluciones ideadas para indemnizar al acreedor de la privación del disfrute del bien (intereses, dividendos, lotes, primas, etc.) y para permitir que en determinadas situaciones pueda disponer del capital con antelación al vencimiento del crédito (cesión y la negociación del crédito) ocuparan un lugar secundario en las preocupaciones de los asistentes.

Partiendo de la consideración de que garantía es cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito. Configurándose, por tanto, como un plus que refuerza la seguridad del acreedor en que su derecho será satisfecho, lo que lleva a excluir del concepto de garantía tanto la responsabilidad del deudor como el poder que los acreedores tienen para ejecutar los bienes de éste dado que no añaden nada al crédito porque son elementos inherentes al crédito mismo, los mecanismos a través de los cuales se puede asegurar el crédito, como ya ha habido oportunidad de recordar, pueden ser de naturaleza tanto personal como real, dependiendo de si con su constitu-

ción se concede al acreedor un poder jurídico sobre cosas concretas y determinadas o un derecho o facultad para dirigirse hacia la persona del deudor o la de un tercero.

En esta oportunidad, una vez más como consecuencia de que el análisis del binomio crédito-garantía se realizó en el marco de unas jornadas que tienen como finalidad el estudio de la historia de la propiedad, la atención de los participantes se centró, de manera principal, en el ámbito de las garantías reales, sin perjuicio de que también hubiera algunas oportunidades para tratar de las de naturaleza personal.

De hecho, esta doble posibilidad de asegurar el crédito, bien con garantías reales, bien con personales, se planteó ya en la primera intervención del Encuentro. En ella, ROLDÁN JIMENO ARANGUREN, desde su doble formación en Historia medieval y en Historia del derecho, después de presentar el tratamiento que la historiografía ha dado a las distintas figuras de garantía medievales, trazó el cuadro general de las diferentes garantías previstas en los fueros medievales hispánicos. Garantías reales, mobiliarias o inmobiliarias, como la prenda, la hipoteca y la anticresis, y garantías personales, fundamentalmente la fianza y algunas de sus especialidades como son las propias de los derechos navarro y aragonés. Garantías que ya se contemplaban en los textos del derecho local medieval y que han perdurado a lo largo de los siglos hasta llegar al tiempo presente.

Esta continuidad en el tiempo no significa, ni mucho menos, como el profesor JIMENO ARANGUREN expuso, que no haya habido evolución en la definición y en el régimen jurídico de aquellas garantías. Idea que se percibe con claridad, entre otras situaciones, en relación a la prenda y la hipoteca, cuya diferenciación se ha determinado por distintas circunstancias a lo largo del tiempo. De manera que si inicialmente la distinción entre ambos tipos de garantía se determinó en función de la permanencia o no, en manos del deudor, del bien que constituía la garantía, con el tiempo el criterio principal para su distinción pasó a ser el del carácter mueble o inmueble del bien. Elemento de distinción que, sin embargo, desde hace algún tiempo, al menos en relación a algunos tipos de garantías ha vuelto a sufrir cambios o, por lo menos matizaciones. En este sentido basta pensar en las hipotecas navales.

Y, en el ámbito de las garantías personales, durante el desarrollo de la exposición, hubo también oportunidad de entender cómo la fianza, que inicialmente tuvo un carácter solidario que implicaba la responsabilidad conjunta del fiador y del deudor, con el tiempo evolucionó hasta pasar a tener carácter subsidiario. Proceso que determinó que ya en la baja edad media el fiador sólo respondiera en el caso de incumplimiento del deudor.

Más allá de la prenda, la hipoteca y la anticresis, el cuadro de las garantías reales se completa con otras posibilidades como son aquellas garantías que atribuyen al acreedor la propiedad de una cosa determinada; la titularidad de un derecho, como sucede con las transmisiones fiduciarias; las que permiten al acreedor reservarse la propiedad de la cosa que transmite hasta el completo cumplimiento de la obligación asegurada, posibilidad que nos sitúa en el ámbito de los pactos de reserva de dominio; y las que confieren al acreedor facultades posesorias sobre cosas determinadas o sobre una suma de dineros, como sucede con las arras y con el derecho de retención.

Las posibilidades que ofrecen estas otras garantías reales, a las que no se había hecho mención en las sesiones previas, se puso sobre la mesa de debate con la intervención JOSÉ MARIA MIQUEL quien se ocupó de la reserva de dominio¹⁴. Pacto que se añade al contrato de compraventa a plazos en virtud del cual la transmisión de la propiedad se suspende hasta el completo pago del precio.

Esta garantía ofrece algunas ventajas respecto de la hipoteca y la prenda mobiliaria por la facilidad de su constitución, dado que se constituye mediante pacto en el mismo contrato de compraventa. Por los menores costes que conlleva. Y porque evita que el deudor se vea privado del objeto que constituye la garantía. Pero, junto a estas ventajas, sin duda importantes, plantea también complejos problemas que afectan no sólo a las partes, sino también a terceros. Dificultades que son particularmente graves en materia concursal.

Pese a estos inconvenientes, esta forma de garantía se utiliza con frecuencia en algunos sectores económicos de tanta importancia como son el de la venta de bienes de equipo y de vehículos, en los que los bienes gravados son bienes estáticos, destinados a permanecer perfectamente identificables en posesión del deudor.

VI. Desde el punto de vista de la personalidad del prestatario, el crédito puede ser privado o público. El primero, el que reciben los particulares, bien de manera individual, bien de manera colectiva, tuvo, sin ninguna duda, un mayor protagonismo durante el desarrollo del Encuentro. Ahora bien, la intervención de ALBERTO MARCOS nos brindó la oportunidad de reflexionar acerca de la existencia y, sobre todo, de la necesidad del crédito público. Es decir. De las obligaciones crediticias en las que el Estado, la Provincia, la Comunidad Autónoma o el Municipio aparecen como solicitantes del crédito, por tanto como deudores.

¹⁴ Miquel González, José María. "La función de garantía de la reserva de dominio". Universidad Autónoma de Madrid.

La concreta situación de endeudamiento público a la que se refirió MARCOS MARTÍN fue la de los regimientos castellanos de los siglos XVI, XVII y XVIII, a los que distintas circunstancias, en especial, la política de la monarquía de enajenación del patrimonio regio condujo a una permanente y gravosa situación de empeño. Proceso que a diferencia de lo que sucedió en la Corona de Castilla, no tuvo tanta importancia en la Corona de Aragón.

Los concejos castellanos, precisados de recursos financieros para múltiples actuaciones y, en particular, para atender los requerimientos fiscales de la Corona, recurrieron sistemáticamente a la constitución de censos consignativos como instrumento de financiación a largo plazo. De manera que la propia Monarquía acabó por convertirse en la inductora de los más intensos y persistentes endeudamientos municipales, provocando con ello el expolio de los patrimonios locales y, en especial de sus comunales, muchos de los cuales, por la ejecución de las hipotecas anejas a los censos consignativos, acabaron por pasar a manos de los particulares, acreedores de los ayuntamientos. Produciéndose con ello un pernicioso efecto sobre los bienes comunales similar al ocasionado con las ventas con pacto de retro.

VII. En el siglo XIX con la transformación del régimen de la propiedad de la tierra, fundamentalmente, a través de las normas de supresión de señoríos, las desvinculadoras y las desamortizadoras, todas las tierras, hasta entonces amortizadas y vinculadas, devinieron libres, incorporándose al tráfico. Este cambio creó la necesidad de establecer un nuevo régimen de publicidad que protegiera la propiedad liberal y que favoreciera el desarrollo del crédito territorial. Sistema de publicidad que necesariamente tenía que ser bien distinto del que había existido hasta entonces una vez que las características y la situación de la propiedad habían experimentado importantes cambios y que, además, habían surgido unos nuevos intereses a proteger.

Si en el Antiguo Régimen, permaneciendo una parte muy importante de la propiedad fuera del tráfico por estar amortizada, vinculada y sujeta al régimen señorial, los Registros de censos y tributos de 1539 y las Contadurías de hipotecas 1646 fueron simples instituciones registrales para la inscripción de las hipotecas anejas a los censos consignativos y los Oficios de hipotecas, configurados inicialmente también como meros registros de hipotecas, tan sólo llegaron a ser registros de la transmisión de la propiedad inmueble después de que su objeto se ampliara en 1774, para Cataluña, y en 1829, 1830 y 1845 para el conjunto del país, a partir de las reformas liberales fue necesario un cambio en el sistema de publicidad. Contexto en el que se sitúa la creación de los Registros de la propiedad. Registros que, como su propia denominación indica, tienen un objeto mucho más amplio que todos los anteriores.

El establecimiento de estos Registros fue la consecuencia de la trascendental reforma hipotecaria emprendida en el siglo XIX en España pero también en la mayor parte de los países europeos. Cuestión que tuvo su acomodo en el Encuentro con las intervenciones de LUIS DíEZ-PICAZO ¹⁵ y NICOLÁS NOGUEROLÉS PEIRÓ ¹⁶.

Como digo, la atención de ambos se dirigió hacia la reforma hipotecaria del siglo XIX, pero mientras que el primero, Catedrático de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid, centró el interés de todos cuantos asistíamos a su ponencia en el caso español, el segundo, Registrador de la Propiedad en Barcelona, eligió como eje de la exposición el análisis del mismo proceso en Inglaterra.

En particular, el profesor DíEZ-PICAZO hizo mayor hincapié en el contexto socioeconómico del Estado liberal en cuyo marco se redactaron las Leyes hipotecarias españolas de 1861 y 1869. Planteamiento que le permitió relacionar la reforma hipotecaria con varios procesos coetáneos. La liberalización de la tierra articulada a través de las normas desamortizadoras, desvinculadoras y de supresión de señoríos. La reorganización del sistema bancario por medio, entre otras disposiciones, de las Leyes de 28 de enero de 1856 de Bancos de Emisión y de Sociedades de Crédito que permitieron la creación del Banco de España sobre la base del anterior Banco de San Fernando y la ordenación de los bancos de emisión, estableciendo un sistema de pluralidad de este tipo de entidades bancarias ¹⁷, y de las sociedades de crédito; y de la Ley de 19 de octubre de 1869 que declaraba libre la creación de bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento, así como sociedades de crédito y otras asociaciones que tuviesen por objeto el desarrollo de las empresas industriales o comerciales. La renovación urbanística de Madrid, tras la aprobación por Real Orden de 19 de julio de 1860 del Plano del Ensanche de Madrid, obra de Carlos María de Castro ¹⁸. El desarrollo del crédito territorial. Y la construcción del ferrocarril a partir de 1848 con la apertura de la primera línea férrea entre Barcelona y Mataró a la que siguieron, en los años siguientes, la mayor parte de las arterias de la red española, y la organización de esta actividad con la Ley General de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855.

¹⁵ Díez-Picazo Ponce de León, Luis. "La Ley Hipotecaria de 1861 y su influencia posterior". Universidad Autónoma de Madrid.

¹⁶ Nogueroles Peiró, Nicolás. "Establecimientos de los sistemas registrales y las garantías". Registrador de la Propiedad de Barcelona.

¹⁷ Esta pluralidad se mantuvo hasta el Decreto de 9 de marzo de 1874 por el que se concedió al Banco de España la facultad de ser el único emisor para la Península e islas adyacentes.

¹⁸ El mismo año de 1860 también se aprobó el Proyecto de reforma y ensanche de Barcelona obra de Ildefonso Cerdà i Sunyer.

En el desarrollo de estas ideas, el profesor Díez-Picazo puso de manifiesto la estrecha relación existente entre la puesta en marcha de la reforma hipotecaria y el interés en potenciar, de un lado, el mercado inmobiliario, protegiendo a los adquirentes de bienes inmuebles, y, de otro, el mercado de capitales, proporcionando a los capitalistas cauces seguros para sus inversiones.

Por su parte, NICOLÁS NOGUEROLES, después de exponer que los resultados de un estudio realizado por la Federación Hipotecaria Europea en el año 2003 acerca del funcionamiento de los registros de la propiedad muestran importantes diferencias entre el funcionamiento cotidiano del registro en países como Italia y Francia, de un lado, e Inglaterra, Alemania y España de otro, dato del que cabe deducir cierta superioridad del sistema registral de actos en comparación con el de documentos, se ocupó de la evolución de la institución registral en Inglaterra desde el siglo XIX, época en la que se promulgó la primera Ley hipotecaria inglesa, en concreto en 1862, y hasta la nueva Ley del año 2002. Norma que ha venido a reforzar el registro de la propiedad en aquel país.

A lo largo de este prolongado proceso de configuración del Registro de la propiedad en Inglaterra, el debate ha permanecido abierto en relación a varias cuestiones de gran trascendencia. Entre ellas, quizás las más importantes, motivo por el cual el ponente se refirió a ellas de manera especial, sean la cuestión de la obligatoriedad o no de la inscripción; la referida a la necesidad y al papel que debe desempeñar la autoridad en el trámite de inscripción de los actos sobre la propiedad inmueble; y la que gira en torno a la cuestión de si el registro de la propiedad debe ser un registro de títulos o un registro de derechos.

VIII. El crédito no deja de ser un instrumento económico que, en función de la utilización que se haga de él, podrá considerarse de manera positiva o negativa porque, dependiendo del modo en que se emplee, de su utilización se pueden derivar resultados beneficiosos o trastornos económicos importantes. Entre los peligros que la institución presenta, uno de los más importantes y, probablemente, uno de los que en mayores ocasiones ha reclamado la atención de economistas, juristas, historiadores y teólogos, entre otros colectivos, es el de la usura. Tema que, como no podía ser de otro modo, también tuvo su lugar en el Encuentro salmantino.

El encargado de presentar tan enjundiosa materia fue el profesor de la Universidad pontificia de Comillas, FRANCISCO GÓMEZ CAMACHO¹⁹. Su

¹⁹ Gómez Camacho, Francisco. "La usura en los maestros salmantinos". Universidad Pontificia de Comillas.

amplia formación en Historia económica y en Historia del pensamiento económico le permitió presentar una compleja e interesantísima intervención acerca del planteamiento formulado por los escolásticos salmantinos de los siglos xv y xvi sobre el interés y la usura.

Después de reivindicar la necesidad de conocer la teoría de los escolásticos sobre ambas cuestiones para comprender el pensamiento económico del siglo xx y las críticas formuladas por los neoliberales a Keynes y de plantear distintas ideas generales sobre la métrica del valor del dinero como magnitud cuantitativa en la teoría monetaria y, en particular, sobre el *principio de causalidad*²⁰ en su relación con el *principio de uniformidad de la naturaleza*²¹, GÓMEZ CAMACHO se centró en el mutuo, el único contrato en el que podía haber usura, porque en los demás podría haber injusticia, pero no usura²². Término éste que no debe identificarse con la idea de cobrar un interés alto sino un interés injusto.

Para los escolásticos, en el mutuo no existían razones para cobrar intereses dado que el riesgo y el coste que suponía la inversión que el prestatario realizaba del bien entregado nunca eran asumidos por el prestamista, sino por el prestatario, quien, en el supuesto de fracasar la inversión, debía devolver al prestamista otro tanto de la misma especie y calidad que lo recibido. De manera que si para el prestamista no había lucro cesante ni daño emergente, se debía condenar moral y jurídicamente que el prestamista cobrara un interés por encima de lo prestado por injusto. Y ello porque el cobro de unos intereses que implicaran cantidades más allá de las ajustadas a la eficiencia suficiente del contrato, perjudicaría, sin razón alguna, al prestatario, y al mismo tiempo beneficiaría, también sin motivo, al prestamista.

A lo largo de su intervención, GÓMEZ CAMACHO insistió en la importancia que las magnitudes de tiempo y de espacio, concebidas al modo de Euclides, tuvieron en el desarrollo del mutuo, dado que esta forma contractual implicaba el traspaso de la propiedad a otro sujeto con la obligación de que éste, en una fecha posterior, devolviera otro tanto de la misma especie y calidad.

²⁰ De acuerdo con este principio, como el propio ponente expuso, las mismas causas han de producir los mismos efectos siempre y en todo lugar.

²¹ “Este principio tenía una doble proyección: por un lado se proyectaba hacia la naturaleza, de la que afirmaba su *uniformidad*, esto es, afirmaba que las mismas causas producen *siempre* los mismos efectos... Por otro lado, se proyectaba también sobre el espacio y el tiempo, de los que afirmaba que eran *neutrales* respecto de los fenómenos naturales, es decir, que las posiciones en el espacio y en tiempo eran irrelevantes para la *explicación causal* de los fenómenos de la naturaleza”. Gómez Camacho 1998: 230.

²² Los escolásticos definieron el mutuo como la entrega de una cosa para su uso, de forma que inmediatamente pase a ser propiedad del que la recibe, quien deberá devolver en el futuro otro tanto de lo mismo en igual cantidad y calidad. Gómez Camacho 1998: 261.

Surgiendo, entonces, el problema de determinar si había o no igualdad entre lo recibido y lo devuelto. Planteamiento que sólo cabía aplicar en relación a los bienes fungibles como el dinero, el grano, el aceite, el vino.

Para resolver esta cuestión, los escolásticos utilizaron el principio de uniformidad de la naturaleza lo que implicaba entender que las posiciones en el espacio y en el tiempo de los bienes que se reemplazan o sustituyen son irrelevantes.

IX. Para el desarrollo del crédito es necesario una previa acumulación, bien de dinero, bien de mercancías y la existencia de unas personas o de unos órganos dispuestos a conceder el crédito a quienes lo precisan. En una primera etapa, lo normal era que se estableciera una relación directa entre el prestamista y el prestatario, pero con el tiempo, sin desaparecer este tipo de relaciones, apareció una nueva fórmula que permitió que un tercero, persona física o jurídica, actuara de mediador entre uno y otro, recibiendo crédito de los sujetos poseedores del dinero o de las mercancías y concediendo préstamo a quienes precisaban de dinero o mercancías. Correspondiéndose este momento con el del surgimiento de las entidades crediticias.

Con el tiempo, estas entidades de crédito se especializaron, en mayor o menor grado, en relación directa con los distintos tipos de créditos identificables por razón del fin perseguido: crédito al consumo y crédito a la producción. Y, dentro de esta segunda categoría, crédito a la agricultura, a la industria y al comercio.

1. El crédito al consumo, que proporciona recursos no a quienes lo necesitan para producir, sino a aquéllos que lo precisan para proveer necesidades de la vida (comida, habitación, indumentaria, diversión, etc.), de lo que se deriva su fuerte vinculación con las economías familiares, domésticas, ofrece tantas variantes como las que presenta el mismo hecho del consumo.

MONTSERRAT CARBONELL se refirió a esta modalidad crediticia al tratar de los montes de piedad. En la primera parte de la intervención realizó una presentación general de estas instituciones y de las características del crédito concedido por ellas desde la creación del primer monte de piedad en España recién estrenado el siglo XVIII. Mientras que, ya en la segunda, centró su atención en la concreta situación de los montes de piedad en la ciudad de Barcelona a mediados del siglo XIX.

Como expuso la ponente, hablar de montes de piedad nos remite a un tipo específico de crédito, al llamado microcrédito. Crédito prendario, no hipotecario; de concesión rápida; flexible; diverso en cuanto a los prestatarios que se benefician de él; parco en información en poder de los prestamistas acer-

ca de la situación económica de los prestatarios; sostén de las economías familiares; y favorecedor del mercado de segunda mano.

2. El crédito a la producción, el que se concede a agricultores, comerciantes e industriales para facilitar la creación y circulación de la riqueza tuvo su encaje en el Encuentro de la mano de HILARIO CASADO ALONSO, ÁNGEL MARTÍNEZ SOTO, JAUME RIBALTA, ÁNGELES PONS y de nuevo de MONTSERRAT CARBONELL.

Las Cajas Rurales como instituciones de crédito agrario, por tanto, de crédito a la producción y más aún, el crédito agrario cooperativo, fue el tema de la ponencia de ÁNGEL MARTÍNEZ SOTO²³.

Este tipo crediticio que tiene por objeto principal no tanto la adquisición de fincas rústicas, cuanto el mantenimiento de los gastos de las explotaciones agrícolas (compra de ganado, simientes, abonos o maquinaria; obras de riego y drenaje, etc.), y que, por lo general, no se garantiza con la tierra en sí misma, sino con el capital de la explotación, los instrumentos de cultivo, los ganados, las cosechas o la simple solvencia del prestatario, se organizó en torno al cooperativismo agrario desde finales del siglo XIX. Contexto en el que se sitúa la creación en distintos países europeos, en particular en Alemania y en Italia, de diferentes instituciones de crédito como fueron las cajas rurales, laicas y confesionales; los bancos populares; y las cajas cooperativas católicas. Instituciones que cubrieron las necesidades de crédito en aquellas situaciones en las que el crédito hipotecario, entre otros motivos, por lo caro que resultaba, no constituía un instrumento útil para financiar la agricultura.

El evidente retraso que hubo en la expansión de una oferta de servicios financieros rurales, aún más grave en España que en otros países, se explica, en opinión del ponente, en varias circunstancias. Entre ellas, quizás tuvieron una mayor importancia el escaso interés que los banqueros sintieron por el crédito agrícola, no hay que olvidar que la recuperación del capital invertido en la agricultura es mucho más lenta que el destinado a la industria y al comercio, y el amplio desarrollo de los mercados informales de crédito. Categoría en la que se incluye una importante diversidad de bancos y banqueros privados, que lejos de integrarse en la red de bancos por acciones o de grandes sociedades anónimas regidas por la legislación mercantil, integraban una red paralela, de menor importancia, generalmente de carácter local, constituida por pequeños prestamistas dedicados preferentemente al crédito al

²³ Martínez Soto, Ángel Pascual, "Las Cajas Rurales y el crédito cooperativo en España, 1890-1935: modalidades de garantías y formas crediticias". Universidad de Murcia.

consumo, más que al crédito a la producción (casas de banca y comerciantes banqueros).

El desarrollo del cooperativismo agrario de crédito en España sólo puede explicarse teniendo en cuenta la recepción de las ideas que circulaban en Europa en torno a la cooperación agraria; la fundación de las primeras cajas rurales como fueron, entre otras, las Cajas Rurales de Crédito, Ahorros y Socorros de Nicolás Fontes y Álvarez de Toledo (1891); la promulgación de normas con gran repercusión en este campo como fueron la Ley de Asociaciones de 1887 y la Ley de Sindicatos Agrícolas de 1906; y el desarrollo del asociacionismo agrario, ya confesional (la CNCA, sindicatos y cajas rurales católico-agrarios), ya laico (Federaciones Agrarias regionales).

En todo caso, en líneas generales el desarrollo del cooperativismo agrario como instrumento de financiación agrario fue bastante limitado, tanto en extensión como en capacidad de actuación financiera, lo que no impide constatar algunos desarrollos de mayor enjundia en aquellas partes del territorio nacional en las que ya se había llevado adelante una cierta modernización de las estructuras agrarias.

De manera que el sector agrario, a diferencia de lo que sucedió en el ámbito de la industria y del comercio, actividades en las que la banca se interesó facilitando su financiación, careció de instituciones bancarias de relevancia.

Con un enfoque bien distinto del de la ponencia de ÁNGEL MARTÍNEZ SOTO, en este caso desde la óptica de la Historia del Derecho, JAUME RIBALTA I HARO también se refirió al crédito agrario²⁴, presentando el contenido de dos proyectos que se elaboraron en Cataluña en 1854 y 1864, con el respaldo del Instituto Catalán Agrícola San Isidro, para promover la constitución de un banco hipotecario que resultara útil para financiar el campo, la actividad agraria.

Ninguno de los dos proyectos, que se presentaron acompañados de sus respectivas memorias económica y jurídica y respaldados por algunos de los juristas catalanes de mayor prestigio de la época, como era el caso, entre otros, de Permanyer y Nolasco y Vives, llegó a prosperar. El primero, de 1854, por no contar con el apoyo de una adecuada legislación hipotecaria. Recuérdese que nuestra primera Ley Hipotecaria es de 1861. Y, el segundo, porque sus redactores se encontraron con una doble oposición en el Ministerio.

²⁴ Ribalta i Haro, Jaume, "La problemática del crédito agrícola en los orígenes de la legislación hipotecaria: la experiencia catalana". Universidad de Lérida.

Una que tenía su origen en que los autores del texto habían previsto la constitución de una entidad de crédito que sirviera para dar solución a las necesidades crediticias de los propietarios para el fomento de la agricultura. Planteamiento incompatible con las ideas del Ministerio más preocupado de proporcionar a los capitalistas vías seguras para realizar sus inversiones que de solucionar los problemas de financiación de los sectores económicos más deprimidos como era el de la agricultura.

Y otra, de carácter organizativo, vinculada al hecho de que los redactores del proyecto apostaban por el establecimiento de más de un banco hipotecario en el país, con la idea de que los que así existieran pudieran adaptarse con mayor facilidad a las distintas necesidades. Opción, también desacorde con los planes de los responsables del Ministerio que eran partidarios de la constitución de una única entidad hipotecaria. Alternativa que será la que, finalmente, se imponga con la creación del Banco hipotecario por Ley de 2 de diciembre de 1872. Banco que a semejanza del Banco de España disfrutó de un monopolio propio de emisión, no de billetes, sino de obligaciones hipotecarias, y que, al menos en sus primeros años de funcionamiento, a través de la emisión de las cédulas hipotecarias, prestó más dinero al Estado a largo plazo que a los particulares.

El Real Decreto de 24 de julio de 1875 declaró al Banco único en su clase y con el derecho exclusivo de emitir cédulas hipotecarias, cerrándose la posibilidad de la existencia de más de un banco hipotecario cómo se había pretendido desde Cataluña en aquel proyecto de 1864.

MONTSERRAT CARBONELL destinó la mayor parte de su ponencia a analizar el crédito al consumo canalizado a través de los montes de piedad, sin embargo, en la parte final, se refirió a ciertas situaciones en las que estas instituciones facilitan un tipo de crédito a la producción. Es decir, frente a aquella imagen que puede ser la prototípica de la actividad desarrollada por los montes de piedad, MONTSERRAT CARBONELL también presentó otra realidad u otra cara de estos “bancos de pobres”, más allá de sus aspectos muchas veces caritativos. La que se percibe cuando se convierten en instituciones de crédito para comerciantes. Situación en la que el crédito concedido deja de ser un crédito familiar, destinado al consumo, para convertirse en un crédito a la producción. Lo que representa una prueba de la flexibilidad de estas instituciones crediticias. Característica que les ha permitido adaptarse sin ningún problema a las cambiantes realidades.

Conforme al programa, a FRANCISCO COMÍN le correspondía referirse al papel desempeñado por las Cajas de Ahorro en nuestra historia económica, tema que, en el momento de la intervención, como el propio ponente precisó,

quedó circunscrito a la responsabilidad social corporativa de estas entidades de crédito ²⁵.

De este modo, FRANCISCO COMÍN se refirió a las normas de gobierno de las Cajas de Ahorro dirigidas a maximizar los efectos externos de la actividad desarrollada. Concepto que en modo alguno debe confundirse con el del buen gobierno corporativo, que hace referencia a las medidas a adoptar para evitar los conflictos entre los accionistas de la entidad y sus órganos de gobierno.

Ambos aspectos que en el caso de las empresas aparecen perfectamente deslindados, en el supuesto de las Cajas de ahorro ofrecen ciertas dificultades porque estas entidades, normalmente, no tienen accionistas y por tanto no tienen que repartir dividendos y, en cambio, tienen que preocuparse de que su gestión no sólo no perjudique a la sociedad, sino que, además, proporcione beneficios al conjunto de la comunidad, actuando de la manera más eficiente posible porque sólo obteniendo mayores beneficios podrán destinar mayores cantidades a la acción social. De manera que en su quehacer diario tienen que intentar beneficiar a sus trabajadores, a sus clientes y al conjunto de la sociedad.

Esta múltiple preocupación de las Cajas de Ahorro, así como el modo de llevarla a la práctica, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, lo que explica que el conferenciante distinguiera hasta cuatro etapas. Transformación que ha permitido que si en sus inicios, estas instituciones desarrollaran, básicamente, una labor benéfica, hoy en día actúen en igualdad de condiciones que los bancos, habiéndose añadido, además, nuevas materias a su acción social, como son, entre otras muchas, la sanidad, el medio ambiente, la investigación y la cultura.

El crédito a la industria, otra de las más importantes manifestaciones crediticias a la producción, se abordó en la tarde de la segunda sesión con la intervención de MARÍA ÁNGELES PONS ²⁶. Desde la perspectiva de la Historia económica y gracias al conocimiento que tiene no sólo de la evolución del sistema bancario español en el siglo XIX, sino también de las relaciones creadas entre la banca y la industria en nuestro país, la profesora de la Universidad valenciana dedicó los primeros minutos de su intervención a repasar las ventajas y los inconvenientes de la banca industrial. Banca mixta, que, además de financiar el ciclo productivo de las empresas, mantiene participaciones en el capital de éstas, disponiendo de carteras de valores industriales y

²⁵ Comín Comín, Francisco, "Las Cajas de Ahorro en la historia económica de España, de la creación de la CECA (1928) a nuestros días". Universidad de Alcalá.

²⁶ Pons Brias, María Ángeles, "Las relaciones entre la banca y la industria en España". Universidad de Valencia.

teniendo representantes en los consejos de administración de las empresas vinculadas a ella.

Para a continuación presentar la evolución de la banca industrial en España desde mediados del siglo XIX, momento en que se produjo una primera expansión del sistema bancario, vinculada en gran medida a las obras del ferrocarril, y hasta el momento presente, en el que la mejora de la economía española ha hecho que la banca mixta realice una selección de sus valores industriales, optando por unos pocos, pero muy especializados, como son los vinculados a las telecomunicaciones, la industria petrolera o las eléctricas, desprendiéndose de los menos rentables. A la vez que ha perdido interés por participar en la gestión de las empresas.

Por último, la antigua e importantísima vinculación entre el crédito y la actividad mercantil se puso de manifiesto, desde dos perspectivas ciertamente distintas, de la mano de EMMA MONTANOS e HILARIO CASADO.

La intervención de la primera nos trasladó a la situación de los quebrados y, en particular de los quebrados fraudulentos en época moderna. Es decir, a la posición de los comerciantes que, en un momento dado, bien por haber alzado sus personas o bienes, bien por dolo, culpa o malicia, pero sin fuga, ausencia u ocultación de sus personas y bienes, incumplían el pago de las deudas contraídas²⁷.

Y, más en concreto, la profesora MONTANOS centró su ponencia en el debate que se planteó en época moderna en torno a la aplicación o no del derecho de asilo eclesiástico a los quebrados fraudulentos que fingen ser insolventes y ocultan sus bienes para no pagar a los acreedores. Planteamiento inicial que la conferenciante terminó por reconducir a la cuestión de si la exclusión del derecho de asilo a tales quebrados pudo llegar a constituir una garantía para los acreedores. Propuesta que supuso la presentación de un tipo de garantía crediticia *sui generis*, bien distinta de las garantías personales y reales en las que se piensa habitualmente al hablar de las garantías del crédito.

²⁷ Al margen de los quebrados fortuitos, en general, la doctrina castellana tendió a considerar a los comerciantes insolventes que ni huían ni ocultaban sus bienes como quebrados y a los que se fugaban y/o escondían sus patrimonios como alzados. Esta doble posibilidad dentro de los quebrados fraudulentos se contemplaba en la *Nueva Recopilación* (V, XIX, V), con las siguientes palabras: “Otrosi, por quanto algunos de los mercaderes, y cambiadores, puesto que no se alçan con sus personas, y bienes, ero dizen que quiebran en sus contrataciones, y negocios, de lo qual siendo por su culpa, y dolo, o malicia, resulta daño a la republica, mandamos que en quanto a los que así quiebran y no cumplen por falta de bienes, que se haga justicia conforme a derecho, y leyes destos Reynos, y la calidad de los negocios”.

La discusión doctrinal sobre esta cuestión se inició a raíz de la *Constitución cum alias* de Gregorio XIV de 28 de mayo de 1591²⁸ que reorganizó de manera importante el derecho de asilo cristiano-eclesial, reduciendo el campo de aplicación de este derecho. La interpretación conjunta de esta *Constitución* y la *Bula Postquam eosque* de Pío V de 1570 llevó a algunos juristas a entender que se debía admitir el derecho de asilo para los quebrados fraudulentos. Sin embargo, esta opinión no fue unánime, elevándose voces a favor de la exclusión al considerar que los quebrados fraudulentos eran equiparables a los ladrones públicos quienes no tenían reconocido tal derecho (*Partidas* 1,11,4). Pronunciándose en este sentido la mayor parte de los juristas castellanos. Entre otros Matienzo y Covarrubias.

En opinión de MONTANOS FERRIN esta negación del derecho de asilo a los quebrados tuvo escasos efectos como garantía efectiva de las obligaciones crediticias porque, en términos generales, tal interpretación no fue suficiente para que los deudores dejaran de realizar actos simulados y rescindibles para impedir que los acreedores tuvieran medios de cobrar lo que se les debía.

En este sentido, si las penas previstas para el quebrado, mucho más rigurosas y graves que las establecidas para el insolvente, es decir, para el que incumplía la obligación de pago de las deudas contraídas sin dedicarse a la actividad mercantil, no lograban que los deudores dejaran de ejecutar actuaciones que impidieran a los acreedores el cobro de sus deudas, no parece creíble que la exclusión del derecho de asilo lo lograra y por tanto que pudiera llegar a ser una garantía para los acreedores.

HILARIO CASADO dedicó su intervención a explicar el modo en que se utilizó el crédito en el comercio textil realizado en las Ferias de Medina del Campo en la primera mitad del siglo XVI. Tarea difícil por los obstáculos que existen para cuantificar y cualificar el crédito como consecuencia del tipo de documentación conservada, casi siempre privada, redactada sin intervención de los notarios.

En el siglo XVI la negociación de los créditos disfrutaba de tal desarrollo que ya existían títulos negociables. Es decir, en este momento, hacía ya tiempo que el crédito se representaba a través de distintos instrumentos escritos que, además, eran negociables. En concreto, en el comercio textil en Medina del Campo los instrumentos de crédito más utilizados eran las letras de cambio, las cartas de reconocimiento de deuda y las cartas de obligación de mercaderes.

²⁸ El texto puede verse en Rico Aldave: 340-343.

El análisis de toda la documentación conservada, fundamentalmente, en los libros de contabilidad de los mercaderes, pero también en otras fuentes como testamentos y documentación judicial, permitió a HILARIO CASADO concluir que la venta a crédito alcanzó gran importancia en las ferias medinenses de la primera mitad del XVI.

En lo referente a las garantías del crédito, lo habitual era que las obligaciones crediticias se aseguraran más que por la entrega de prendas, por la presentación de un buen fiador. De manera que, en este ámbito, las garantías personales tuvieron mayor importancia que las de carácter real mobiliario.

Atendiendo a la importancia del crédito marítimo, tan necesario para el desarrollo del comercio por mar y, en general, de todas las actividades relacionadas con este medio, y a las particularidades que ofrece, no hubiera estado de más que en el programa del Encuentro se hubiera incluido una ponencia dedicada a este tipo particular de crédito a la producción. Crédito que para su desarrollo cuenta con dos instituciones de características peculiares. La hipoteca naval, garantía real por la que el propietario de la nave, considerada como un bien inmueble, afecta ésta al cumplimiento de las obligaciones contraídas. Y, especialmente, el préstamo a la gruesa, contrato por el que se obtiene un capital destinado a las necesidades de la navegación marítima, con garantía de cosas sujetas a riesgo o accidente de mar, y en el que la devolución de la cosa prestada y de los intereses convenidos se subordina al resultado próspero o adverso de la expedición.

X. En una primera aproximación al mundo jurídico se aprecia fácilmente que los aspectos fundamentales del crédito y de sus garantías representan una materia directamente vinculada al Derecho civil. No en vano en el seno de esta rama jurídica se han elaborado la mayoría de los conceptos e instituciones jurídicas de la teoría general de las obligaciones. Pero esta idea inicial no significa, ni mucho menos, que otras ramas del Derecho no se ocupen también de estas mismas cuestiones. De hecho, el crédito y sus garantías constituyen una importante materia de reflexión para mercantilistas, procesalistas, tributaristas y registradores, entre otros colectivos de juristas.

En momentos anteriores me he referido a las ponencias del Encuentro que, desde la óptica del Derecho civil y registral realizaron Díez-PICAZO, MIQUEL, MONTÉS PENADÉS y NOGUEROLAS PEIRÓ, ahora voy a tratar de las intervenciones de ANÍBAL SÁNCHEZ²⁹, JOSÉ MARÍA LAGO³⁰ y FERNANDO

²⁹ Sánchez Andrés, Anibal. "Algunos aspectos de la Directiva sobre garantías financieras en relación con el Derecho español de los mercados de valores". Universidad Autónoma de Madrid.

³⁰ Lago Montero, José María. "Las garantías del crédito tributario en la nueva Ley General Tributaria". Universidad de Salamanca.

MARTÍN DIZ, lo que me permite insistir en la importancia que el tema del crédito y las garantías ofrece a otras especialidades jurídicas al margen del Derecho civil.

1. ANÍBAL SÁNCHEZ, de cuyo fallecimiento tuve noticia al tiempo de escribir estas líneas, sobre la base del profundo conocimiento que tenía del Derecho del mercado de valores, no en vano ocupó, entre otros puestos, la vicepresidencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se refirió a las garantías en el ámbito financiero, poniendo de manifiesto la importancia que éstas tienen para un correcto funcionamiento y crecimiento de los mercados financieros y la necesidad de reformar este sistema de garantías para intentar hacer compatible la seguridad del mercado y su eficacia.

La exposición se estructuró sobre la idea de realizar un análisis comparativo de las previsiones del ordenamiento jurídico español sobre la materia con lo dispuesto en el Derecho europeo. En particular, la comparación se efectuó entre el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, y la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de junio de 2002 sobre acuerdos de garantía financiera. Normativa a través de la cual las autoridades europeas y españolas sistematizaron y ordenaron el régimen legal de los acuerdos de compensación contractual y de garantía financiera, a la vez que determinaron los efectos derivados de la apertura de un procedimiento concursal sobre dichos acuerdos y garantías.

2. Desde la perspectiva del Derecho tributario, JOSÉ MARÍA LAGO presentó al público asistente a su intervención distintas cuestiones referidas a la relevancia de las garantías en el crédito tributario, en especial a partir de la Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003.

Como hubo ocasión de constatar a propósito de la intervención del ponente, la situación de las garantías del crédito tributario ofrece un panorama complejo, pese a la necesidad práctica que la Hacienda Pública tiene de contar con un adecuado sistema de garantías a su favor que le permita reaccionar ante las actuaciones elusivas del pago de las obligaciones tributarias. Complejidad que se deriva del hecho de que la Hacienda Pública ha establecido unos mecanismos propios para asegurar el cobro de las obligaciones tributarias de los contribuyentes, una vez que ha entendido que las garantías generales resultan insuficientes para asegurar suficientemente su crédito.

Esta materia, como expuso el ponente, se contempla en la Ley General Tributaria de 2003. Texto en el que, en su opinión, se innova y mejora poco la situación preexistente. Respecto de la situación prevista en la anterior Ley

General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963, en la nueva norma se han introducido algunos cambios en materia de garantías personales, pero se han mantenido prácticamente inalterables las previsiones en relación a las garantías reales, conservándose el mismo elenco de estas garantías de origen legal existentes con la anterior normativa.

A juicio del profesor LAGO las modificaciones introducidas no han sido suficientes para que el crédito tributario disfrute de una mejor protección, quedando pendiente la realización de un importante esfuerzo de coordinación entre la jurisprudencia y la doctrina y el legislador.

3. La ejecución de las garantías del crédito es una de las materias que mayor interés despierta en juristas de muy distintas disciplinas porque si con la constitución de los derechos de garantía se persigue el reforzamiento de las obligaciones principales a las que son accesorias, es absolutamente necesario determinar con precisión no sólo el momento, sino también las circunstancias en las que tales derechos de garantía se podrán ejercitar. La perspectiva procesalista de esta cuestión y, en especial, de la ejecución judicial de las garantías reales inmobiliarias, uniendo el presente y el futuro, fue la base de la intervención de FERNANDO MARTÍN DIZ.

A partir del profundo conocimiento de que dispone acerca de la ejecución hipotecaria, no hay que olvidar que éste fue el tema de su tesis doctoral, el ponente estructuró su intervención en tres partes. En la primera, se ocupó de plantear unas reflexiones generales acerca de la ejecución forzosa judicial hipotecaria. En la segunda centró su atención en el tratamiento que la ejecución judicial de garantías reales inmobiliarias recibe en la vigente Ley de Enjuiciamiento civil de 7 de enero del año 2000. Y, por último, en la tercera, en mi opinión la más interesante, planteo varias propuestas de futuro.

En esta última parte, el convencimiento de que la ejecución judicial de las garantías reales inmobiliarias, por la importancia del papel que cumple en el correcto funcionamiento del sistema, debe mejorar y progresar le llevó a mostrarse partidario de la llamada rehabilitación judicial del préstamo y del desarrollo de la eurohipoteca.

Con el derecho de rescate, que tiene acomodo en el sistema español a través del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se podrían solventar satisfactoriamente los problemas que se plantean en el mercado del crédito hipotecario en aquellas situaciones en las que las entidades crediticias, en reclamación de las cuotas no pagadas, proceden a la resolución de los préstamos hipotecarios, pidiendo no sólo las cuotas impagadas sino también el capital pendiente. En estas circunstancias, sobre la base del citado artículo, el prestatario podría paralizar la acción judicial contra el bien inmueble, abo-

nando tan sólo las cuotas atrasadas, sin necesidad del reembolso del principal, pagando, eso sí, los gastos judiciales y los intereses de demora correspondientes.

En relación a la eurohipoteca, el profesor MARTÍN DIZ planteó la necesidad de crear un derecho real de garantía inmobiliaria común a toda Europa y expuso las principales características que debería de ofrecer la eurohipoteca, así como los problemas que su implantación podría ofrecer.

El origen de esta posibilidad se sitúa en la década de los años sesenta, aunque en nuestro país sólo cobró un verdadero brío tras la integración de España en la Unión Europea. Desde entonces, el interés por su desarrollo lejos de decaer ha ido en aumento, lo que explica que en el Libro Verde sobre el crédito hipotecario en la Unión Europea de julio de 2005 se contemple su introducción en el mercado hipotecario europeo y que el tema haya cobrado un nuevo interés en el seno de la Federación Hipotecaria Europea.

XI. A continuación incluyo una bibliografía, en modo alguno exhaustiva, acerca de los asuntos tratados durante el desarrollo del V Encuentro sobre la Historia de la Propiedad de Salamanca. Todos los títulos incorporados me han resultado de utilidad para la redacción de las páginas precedentes. Para una bibliografía más completa y actualizada acerca de las materias abordadas en el Encuentro, remito al lector a los trabajos de los distintos ponentes.

- Alejandro, Juan Antonio, 1970. *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*. Sevilla: Universidad.
- Anes, Gonzalo (ed.). 1999. *Historia Económica de España. Siglos XIX y XX*. Barcelona: Galaxia Gutenberg. Círculo de Lectores.
- Anes, Rafael. 1984. *El Banco de España (1874-1914): Un banco nacional*. Madrid: Servicio de Estudios del Banco de España.
- Arranz de Andrés, Consuelo. 2006. *Las garantías reales del crédito tributario. Aspectos sustantivos y procedimentales*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.
- Carbonell i Esteller, Montserrat. 1996. *Pobresa i estratègies de supervivència a Barcelona a la segona meitat del s. XVIII: (les acollides a la casa de Misericòrdia i el Mont de Pietat de Ntra. Sra de l'Esperança)*. [Microforma]. Tesis doctoral. Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona.
- 1999. Crédito al consumo y economías familiares: Barcelona, 1750-1850. En Gutiérrez Poch, Miquel (coord.). *Doctor Jordi Nadal: [homenaje]: la industrialització i el desenvolupament econòmic d' Espanya = la industrialización y el desarrollo económico de España*. I. Barcelona: Publicaciones de la Universidad de Barcelona. Pp. 304-320.
- 2002. Microcrédito, familias y hogares: Barcelona a finales del siglo XVIII, *Revista de Demografía Histórica*, 20-2: 23-52.

- Carbonell i Esteller, Montserrat. 2005. Instituciones de microcrédito y economía social en los orígenes de la Cataluña contemporánea, *Papeles de economía española*, 105-106: 244-253.
- Casado Alonso, Hilario. 2000. Comercio, crédito y finanzas públicas en Castilla en la época de los Reyes Católicos. En Bernal, Antonio-Miguel (coord.). *Dinero, moneda y crédito en la monarquía hispánica*. Actas del Simposio Internacional “Dinero, moneda y crédito: de la monarquía hispánica a la integración monetaria Europea” (Madrid, 4-7 de mayo de 1999). Pp. 135-156.
- Comín Comín, Francisco. 2003. La confederación española de cajas de ahorros: asociación representativa, caja de cajas y proveedora de servicios (1928-2003), *Economistas* 98 (Número dedicado a “Las Cajas de Ahorros en España”): 36-46.
- Comín Comín, Francisco y Eugenio Torres Villanueva. 2003. Una historia urgente de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, *Papeles de Economía Española*, 97 (Número dedicado a “Los orígenes de las cajas de ahorros”): 246-284.
- 2005. La Confederación Española de Cajas de Ahorros y el desarrollo de la red de servicios financieros de las Cajas en el siglo xx (1900-1976), *Papeles de Economía Española* 105-106: 48-65.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. 1974. Los principios de inspiración y los precedentes de las Leyes Hipotecarias españolas. En Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios (ed.). *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. I. *Leyes de 1861 y 1869*. Madrid: Castalia. Pp. 3-27.
- 1993. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. II. *Las relaciones obligatorias*. (4.ª Ed.). Madrid: Civitas.
- 1993. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. III. *Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*. (4.ª Ed.). Madrid: Civitas.
- 2003. Sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 33, 432-451.
- Dios, Salustiano de, Javier Infante, Ricardo Robledo y Eugenia Torijano (Coords.). 1999. *Historia de la propiedad en España. Siglos xv-xx*. Salamanca, 3-6 de junio de 1998. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- 2002. *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*. II Encuentro Interdisciplinar. Salamanca, 31 de mayo-3 de junio de 2000. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- 2003. *Historia de la propiedad. Patrimonio cultural*. III Encuentro Interdisciplinar. Salamanca, 28-31 de mayo de 2002. Madrid: Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.
- 2006. *Historia de la propiedad. Costumbre y prescripción*. IV Encuentro Interdisciplinar. Salamanca, 25-28 de mayo de 2004. Madrid: Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.
- Gallego del Campo, Germán. 1986. Ideología y progresismo en la legislación hipotecaria del siglo xix, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 574: 621-680.
- Gide, Charles. 1932. *Curso de Economía Política*. (8.ª ed.). París: Librería de la Vda. De Ch. Bouret.

- Gómez Camacho, Francisco. 1998. *Economía y filosofía moral: la formación del pensamiento económico europeo en la Escolástica española*. Madrid: Editorial Síntesis.
- 1999. El pensamiento económico en la Escuela de Salamanca. En Fuentes Quintana, Enrique (coord.). *Economía y economistas españoles*. II. *De los orígenes al mercantilismo*. Pp. 177-207.
- 2001. Lenguaje matemático y ciencia económica. En Blanch, Antonio (editor). *La nueva alianza de las Ciencias y la Filosofía*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas. Pp. 133-158
- Iglesia Ferreirós, Aquilino. 1977. *Las garantías reales en el Derecho histórico español*. I. *La prenda contractual: desde sus orígenes hasta la Recepción del Derecho común*. Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago.
- Lacomba, Juan Antonio y Gumersindo Ruiz. 1990. *Una historia del Banco hipotecario de España (1872-1986)*. Madrid: Alianza Editorial.
- Lacruz Berdejo, José Luis. 1961. Economía y sociedad en la génesis de la Ley hipotecaria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 34: 642-650.
- Lago Montero, José María y María Ángeles Guervós Mañillo. 2000. Las garantías del crédito tributario (Comentario a los artículos 71, 72, 73, 75, 75 y 76 L.G.T.), *Revista de Hacienda Local*, 30-88: 131-155.
- Marcos Martín, Alberto. 1997. Evolución de la propiedad pública municipal en Castilla la Vieja durante la época moderna, *Studia Historica. Historia moderna* 16: 57-100.
- 2003. Enajenaciones por precio del patrimonio regio en los siglos XVI y XVII. Balance historiográfico y perspectivas de análisis. En González Lopo, Domingo L. y Roberto Javier López López (coords.). *Balance de la historiografía modernista: 1973-2001*. Actas del VI Coloquio de Metodología Histórica Aplicada (Homenaje al profesor Antonio Eiras Roel), celebrado en Santiago de Compostela, del 25 al 27 de octubre de 2001. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia. Pp. 419-443.
- 2004. Ventas de rentas reales en Castilla durante los siglos XVI y XVII: algunas consideraciones en torno a su volumen y cronología. En García Fernández, Máximo y María de los Ángeles Sobaler Seco (coords.). *Estudios en homenaje al profesor Teófanos Egido*. I. Valladolid: Junta de Castilla y León, Consejería de Cultura y Turismo. Pp. 265-297.
- Martín Diz, Fernando. 2000. El futuro de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles: análisis del proyecto de ley de enjuiciamiento civil, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* 4: 1630-1642.
- 2000. *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles: su tratamiento legal en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*. Peligros (Granada): Comares.
- Martínez Soto, Ángel Pascual. 1994. El papel del crédito y la financiación en la agricultura capitalista (1850-1970): Una primera aproximación a un campo multifactorial, *Noticiero de Historia Agraria: Boletín informativo del Seminario de Historia Agraria*, 1994: 39-66.

- Martínez Soto, Ángel Pascual. 1995. *Crédito y ahorro popular: el crédito agrícola institucional en la Región de Murcia (1850-1936)*. Murcia: Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico.
- 1997. Las vías de financiación de la agricultura murciana entre 1870-1936: el problema del crédito agrícola, *Agricultura y Sociedad* 84, 1997: 49-106.
- 2000. Las Cajas de Ahorros españolas en el siglo XIX: entre la beneficencia y la integración en el sistema financiero, *Revista de Historia Económica* 18-3: 585-628.
- 2000. Cooperativismo y crédito agrario en la Región de Murcia, 1890-1936, *Historia Agraria. Revista de Agricultura e Historia Rural* 20: 123-167.
- 2003. El cooperativismo de crédito en España, 1890-1934: modelos, sistemas de gestión y balance de su actuación, *Historia Agraria: Revista de Agricultura e Historia Rural* 30, 2003: 119-150.
- Martínez Soto, Ángel Pascual, Joaquín Cuevas Casaña y Andrés Hoyo Aparicio. 2005. La historia económica de las cajas de ahorros españolas: una perspectiva institucional y regional del ahorro, 1830-2004, *Papeles de Economía Española* 105-106: 6-15.
- Montes Penadés, Vicente. 1998. Crédito y garantía en la hipoteca: Una reflexión sobre las ideas de J. M. Rey Portolés, *Revista de Derecho Patrimonial* 1, 1998: 25-44.
- Napoleón, Claudio. 1977 *Curso de economía política*. (3.^a ed. castellana). Vilassar de Mar (Barcelona): oikos-tau, S.A. ediciones.
- Peset Reig, Mariano. 1982. Propiedad y legislación. Los derechos de propiedad desde el Antiguo Régimen a la Revolución liberal. En *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Pp. 17-154.
- 1989. Censos y propiedad de la tierra: los orígenes de la propiedad burguesa. En Seminario de Segovia sobre Agricultura e Ilustración en España (1988). *Estructuras agrarias y reformismo ilustrado en la España del siglo XVIII*. Madrid: Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Secretaría General Técnica. Pp. 293-329.
- 1990. Propiedad y crédito agrario. En Petit Calvo, Carlos. *Derecho privado y revolución burguesa*. II Seminario de Historia del Derecho Privado, Gerona, 25-27 de mayo, 1988. Madrid: Marcial Pons. Pp. 157-186.
- Peset Reig, Mariano y Yolanda Blasco Martel. 1992. Redención y extinción de censos en el siglo XIX, *Saitabi. Revista de la Facultat de Geografia i Història*, 42: 63-80.
- Pons i Brias, María Ángeles. 1999. La legislación bancaria española, 1850-1960. En Titos Martínez, Manuel y Pablo Martín Aceña (coords.). *El sistema financiero en España: una síntesis histórica*. Granada: Universidad de Granada. Pp. 35-52.
- 2001. Banca e industria en España. 1939-1985: la influencia de la banca universal en el crecimiento económico, *Revista de Historia Industrial* 19-20 (Número dedicado a “50 años de industrialización española”): 249-274.
- 2001. La evolución del sistema bancario español en el siglo XX: una perspectiva comparada, *Estudis d'Història Econòmica* 17-18: 177-212.

- Rico Aldave, Hipólito. 2005. *El Derecho de asilo en la cristiandad. Fuentes histórico-jurídicas*. Pamplona. Universidad Pública de Navarra.
- Schmoller, Gustav. 1906. *Principes d'économie politique*. 2.^a parte. Tomo III. París: V. Giard & E. Brière.
- Serna Vallejo, Margarita. 1996. *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales.
- 1999. La protección registral de la propiedad: especial referencia a las resoluciones de la Dirección General del Registro de la Propiedad y a la doctrina del Tribunal Supremo. En Dios, Salustiano de, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenia Torijano (coords.). *Historia de la propiedad en España. Siglos xv-xx*. Encuentro interdisciplinar, Salamanca, 3-6 de junio de 1998. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Pp. 533-574.
- 2005. Anotaciones histórico-jurídicas sobre la inscripción de la propiedad al servicio del tráfico jurídico. En Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín (coord.). *Propiedad e Historia del Derecho*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Pp. 223-261.
- Tedde de Lorca, Pedro. 1974. *La banca privada española durante la Restauración, 1874-1914*. Madrid: Servicio de Estudios del Banco de España.
- Tello Aragay, Enric. 1994. El papel del crédito rural en la agricultura del Antiguo Régimen: desarrollo y crisis de las modalidades crediticias (1600-1850), *Noticario de Historia Agraria: Boletín informativo del Seminario de Historia agraria* 7: 9-37.
- 2001. El fin del crédito hipotecario censalista en España: ¿Una agonía demasiado larga? (1705-1861), *Áreas. Revista de Ciencias Sociales* 21 (Número dedicado a “La financiación de los sistemas agrarios desde una perspectiva histórica”): 63-94.
- Tomás y Valiente, Francisco. 1981. La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen. En *Historia de España dirigida por Ramón Menéndez Pidal*. XXXIV-1. *La era isabelina y el sexenio democrático (1834-1874)*. Madrid: 1981. Pp. 143-193.
- Tortella Casares, Gabriel. 1970. La evolución del sistema financiero español de 1856 a 1868. En Schwartz Girón, Pedro (coord.). *Ensayos sobre la economía española a mediados del siglo xix*. Madrid: Banco de España. Pp. 17-145.
- 1973. *Los orígenes del capitalismo en España. Banca, Industria y Ferrocarriles en el siglo xix*. Madrid: Editorial Tecnos.
- 1994. *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos xix y xx*. Madrid: Alianza.

PALABRAS DE CLAUSURA

José M.^a Gómez Valledor
Registrador de la Propiedad de Salamanca

Una vez más, la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores ha delegado en mí para que lo represente en la clausura de un Encuentro Interdisciplinar sobre Historia de la Propiedad, pese a que no ostento ningún cargo corporativo. A mí me gustaría que mi Colegio estuviera mejor representado en esta ocasión, pero sabéis que acudo con sumo gusto a cualquier evento relacionado con estas jornadas. Máxime a este V Encuentro cuyo tema de estudio, “El CREDITO Y SUS GARANTIAS”, es especialmente sugestivo para un Registrador de la Propiedad, porque en una de esas garantías, concretamente en la hipoteca, está el origen y la razón de ser del Registro de la Propiedad. No en vano la Ley básica del Registro se llama Ley Hipotecaria.

Ello se debe a que cuando el R.D. de 8 de agosto de 1855 encargó a una Comisión la elaboración con brevedad de un proyecto de “Ley de hipotecas o de aseguración de la propiedad territorial”, para que el Gobierno lo presentara a las Cortes, esta comisión no se conformó con un registro en el que sólo se inscribieran las hipotecas y otros gravámenes, como ocurría en las Contadurías de Hipotecas, sino que optó por diseñar un registro completo en el que se inscribiera el dominio y todo tipo de derechos reales. Dice don Bienvenido Oliver que los miembros de la comisión participaban de una idea lanzada años antes por Pierre Odier, según la cual no era posible articular un régimen sólido de garantías hipotecarias, si simultáneamente no se aseguraba la transmisión del dominio a través de firme sistema de Registro. Los autores de la Ley Hipotecaria optaron por la solución más compleja y más difícil de llevar a la práctica, pero el tiempo ha demostrado que acertaron.

No siempre ha ocurrido así. Por ejemplo, cuando, casi un siglo más tarde, el legislador intentó establecer un sistema de garantías mobiliarias con la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, se conformó con un simple registro de gravámenes en el que solamente se inscribían las hipotecas y sus modificaciones y se anotaban los embargo y las demandas. A juicio de la doctrina esta es una de las causas por las que esta Ley no llegó a colmar las expectativas que había suscitado. Es que difícilmente un acreedor puede sen-

tirse seguro de su derecho, si carece de un sistema registral que le asegure de forma indubitada que el hipotecante es el verdadero propietario del bien objeto de la garantía. Ha intentado subsanarse esta deficiencia mediante la creación, a base de retales legislativos, del Registro de Bienes Muebles en la última década del siglo XX. Pero una vez más ha faltado la agudeza y la decisión del legislador de 1861, por lo que me temo que los resultados no van a ser tan fructíferos. El tiempo nos dirá.

Un punto de la legislación hipotecaria, relacionado con el tema de estudio de estas jornadas, que siempre ha llamado la atención, es encontrar, dispersa a través de diferentes artículos de la Ley y el Reglamento, una minuciosa regulación de dos cuestiones: la inscripción de concesiones administrativas y la hipoteca en garantía de obligaciones transmisibles por endoso o al portador, es decir, de títulos valores emitidos en masa. Todavía resulta más sorprendente comprobar que su origen histórico no se encuentra en la Ley de Sociedades Anónimas, ni es consecuencia de los Planes de Desarrollo. Su origen se halla, sorprendentemente, en el Bienio Liberal, concretamente en las Leyes de Ferrocarriles de 1855 y 1856*; como vemos de fecha muy próxima a la puesta en marcha del proceso de elaboración de la Ley Hipotecaria. Estas leyes, según dicen los autores, transcritas de las francesas, como tantas veces ha ocurrido en nuestra Patria, disponían que las sociedades dedicadas a la construcción de ferrocarriles pudieran financiarse mediante la emisión de obligaciones que a su vez podía ser garantizadas mediante hipoteca constituida sobre los beneficios de la explotación de la misma concesión. Que se trataba de una institución realmente vivida en la práctica, nos lo demuestra el hecho de que, muy pocos años después de la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, se dicta la R.O. de 26 de febrero de 1867, que intenta resolver las

* En mi intervención me referí a las leyes de 3 de junio de 1855 y 11 de julio de 1856. El artículo 48 de la primera dice: *“Si suscritas las dos terceras partes del capital social, y realizadas e invertidas en obras de la línea, no pudiese la Compañía hacer efectiva la otra tercera parte del capital por medio de la emisión y negociación de las acciones no suscritas, podrá obtener autorización del Gobierno para adquirir dicha tercera parte del capital por medio de empréstitos contraídos, con la hipoteca de los rendimientos del ferrocarril a cuya construcción o explotación se destinen.*

En este caso la autorización podrá también comprender además la facultad de emitir cedulas u obligaciones hipotecarias de interés fijo y amortizable dentro del periodo de la concesión, en los años en que aquella se determine”.

El artículo 7 de la Ley de 3 de julio de 1856 dice que *“las Sociedades de Ferrocarriles... pueden también emitir obligaciones al portador con interés fijo y amortización determinada dentro del periodo de la concesión, con hipoteca de las obras y los rendimientos del ferrocarril...a cuya construcción y explotación se destina”.*

Estos preceptos aparecen transcritos por E. FERNÁNDEZ GALBIS en la página 196 del tomo IV Vol I de la “Leyes Hipotecarias y Registrales de España” editada por el Colegio de Registradores. Madrid, 1991.

dudas surgidas como consecuencia de las inscripciones motivadas por el ferrocarril a Santander. Contiene una pormenorizada regulación del modo de inscribir en el Registro las concesiones sobre ferrocarriles, canales y otras obras públicas, así como las hipotecas constituidas en garantía de la emisión de obligaciones. Sus artículos se incorporaron en sucesivas reformas a la Ley y al Reglamento.

Esta R.O. —que creo que tiene un indudable interés histórico— nos conecta con la polémica en la que han participado historiadores y civilistas sobre si el mecanismo que puso en marcha la Ley Hipotecaria, lo constituye la Desamortización o la necesidad de asegurar el crédito territorial. No voy a entrar en esta controversia de la que ya se han hecho eco estas jornadas en muchas ocasiones —al última hace menos de una hora de forma tan brillante por el Profesor Díez Picazo— porque no estoy capacitado para ello. Pero sí quisiera destacar un punto relacionado con esta cuestión. Es posible que el gran capital, generalmente de origen extranjero, que, como dice la R.O., financiaba la construcción de ferrocarriles, canales y otras obras públicas, haya estado presente en el origen de la Ley Hipotecaria. Pero es indudable que la Ley Hipotecaria ha plasmado un modelo de hipoteca que ha permitido que la totalidad de la clase media española y de la clase “bastante menos que media” haya podido acceder a la propiedad de la vivienda en la que habita. Es también indudable que esto no se hubiera conseguido de no existir un sistema de garantías sólido, articulado a través del Registro, que les ha permitido obtener mediante un préstamo, el dinero necesario para pagar el precio de adquisición de la vivienda.

La exposición de motivos del R.D. de 8 de agosto de 1855 decía que era urgente la modificación de las leyes hipotecarias, porque el sistema entonces existente, el de las contadurías de hipotecas, había merecido la condena de “*la ciencia y de la opinión*” por diversos motivos. Entre ellos, el de “*no ejercer saludable influencia en la prosperidad pública*”. Pues bien, a juzgar por los resultados, hay que considerar que la Ley Hipotecaria de 1861, que, mediante el sistema registral instaurado, logró que prácticamente la totalidad de los españoles hayan podido llegar a ser propietarios de bienes inmuebles —lo cual es evidentemente positivo—, sí ha ejercido una notable influencia en la prosperidad pública y que los miembros de la Comisión realizaron con eficacia el cometido que se les había encargado.

Concluye ahora la V edición de estas jornadas que se han desarrollado con la brillantez que siempre las ha caracterizado, como he podido comprobar personalmente, por haber asistido a algunas de sus sesiones. Desde luego a menos de las que me hubiera gustado. Una vez más he comprobado personalmente la originalidad y altura de sus ponencias y el dinamismo y la inten-

sidad de los debates que las han seguido. Pronto veremos plasmados sus frutos en letras de molde en el estupendo volumen que tradicionalmente recoge el contenido de las ponencias, las más de las veces enriquecido por el resultado de los debates.

Yo personalmente, como miembro de la Corporación a la que pertenezco, me siento en cierta medida participe de tal éxito, porque el Colegio de Registradores ha venido colaborando con la Organización de los Encuentros Interdisciplinarios sobre Historia de la Propiedad desde su primera edición. Colaboración que tuvo su origen en unas conversaciones que hace ya diez años sostuvo Javier Infante con Juan Pablo Ruano Borrella, entonces Director del Centro de Estudios del Colegio de Registradores. Desde esa fecha, el Colegio ha estado regido por cuatro Juntas de Gobierno diferentes y las cuatro han seguido colaborando con la Organización de estos Encuentros. Esto quiere decir que la colaboración no se debe a una decisión personal más o menos precipitada y más o menos acertada, sino al convencimiento de que estamos ante un proyecto serio del que merece la pena ser participe. Por ello, pienso que la colaboración seguirá materializándose en sucesivas ediciones y que dentro de dos años nos volveremos a encontrar en este mismo lugar con motivo de la VI edición de estas Jornadas.

