

REMINISCENCIAS DEL SC MACEDONIANO EN DERECHO CIVIL ESPAÑOL

BERNARDO PERIÑÁN GÓMEZ
Universidad de Huelva

I. INTRODUCCIÓN.

No escapa al estudioso del Derecho romano la práctica imposibilidad de que una medida como la que contiene el senadoconsulto Macedoniano (sc. M.) sea recogida en el Derecho Civil español, ya tomemos en consideración el Derecho histórico o el Derecho contemporáneo; de hecho, nosotros también excluimos *a priori* el traslado de esta medida vespasiana⁽¹⁾ a nuestro ordenamiento civil, ya que, como veremos, el sc. M. presupone la existencia de la patria potestad romana, que, como es claro y tendremos ocasión de recalcar, no está recogida en nuestro Derecho pasado, ni, por supuesto, en nuestro Derecho presente.

El objetivo de esta comunicación no es por tanto encontrar al sc. M. en el articulado del Código Civil (C.C.) de hoy, ni en las Leyes civiles de ayer, sino, como reza en su título hallar reminiscencias, es decir, preceptos de Derecho patrio que recuerden al estudioso el aparente parecido con el “antecedente”

(1) La cuestión de la fecha del *senatus consultum Macedonianum* no es pacífica. Nosotros optamos por datarlo en época del emperador Vespasiano (69– 79 d. C.), sin entrar, dado el carácter de este trabajo en la argumentación de este extremo. Baste decir que un sector de la doctrina se decanta por situarlo en época de Claudio (41–54 d. C.).

romano⁽²⁾, así como establecer las diferencias existentes entre este *senatus consultum* y sus posibles remembranzas. En este sentido nos proponemos la siguiente investigación.

II. NUESTRA OPINIÓN CON RESPECTO AL SENATUS CONSULTUM MACEDONIANUM⁽³⁾.

El tenor literal del sc. M. nos lo ofrece Ulpiano (29 *ad ed.*), en D. 14,6,1 pr.:

Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: "Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri."

Nuestra norma es una disposición senatorial dirigida a evitar que los *fili familias* tomen préstamos de dinero, ya sean estos negociados con interés o sin él⁽⁴⁾. El medio que el Senado articula para conseguir este objetivo es hacer irrecusable la deuda surgida de este negocio con el *subiectus*, incluso cuando éste deja de serlo, es decir incluso cuando el *alieni iuris* pasa a ser *sui iuris* tras la muerte de su padre⁽⁵⁾.

El camino para hacer inviable la reclamación del mutuante es la *denegatio* de la *actio certae creditae pecuniae*, como podemos ver en el texto (*ne [...] actio petitioque daretur*), o la concesión por el pretor al mutuario de una *exceptio*

(2) El *Diccionario de la lengua española* de la RAE., atribuye al término *reminiscencia* los siguientes significados: Acción de representarse u ofrecerse a la memoria el recuerdo de una cosa que pasó. 2. Recuerdo vago e impreciso. 3. *Fil.* Facultad del alma con que traemos a la memoria aquellas imágenes de que estamos trascordados o que no tenemos presentes. 4. En literatura y música, lo que es idéntico o muy semejante a lo compuesto anteriormente por otro autor.

(3) En este apartado nos posicionaremos con respecto a los aspectos básicos a que puede dar lugar el sc. M., sin entrar en una argumentación pormenorizada de nuestras opiniones al no considerar esta investigación sede apropiada al efecto. La profundización y fundamentación de nuestra postura, junto con otros aspectos, como la controversia en torno a la *obligatio naturalis* o la verosimilitud del relato de *Theophilus* sobre el crimen de Macedón, es el objeto de mi tesis doctoral, sobre la que trabajo actualmente.

(4) D. 14,6,7,9 (*Ulp. 29 ad ed.*) *Sive autem sub usuris mutua data sunt sive sine usuris, ad senatus consultum spectat.*

(5) A la muerte del padre hay que añadir el resto de los eventos que provocan la salida de la *patria potestas*, es decir, la *capitis deminutio* del padre y la *emancipatio*.

senatusconsulti Macedoniani que beneficia al *filius familias* mutuario, a su padre y también a sus fiadores⁽⁶⁾. Este régimen se mantiene incluso tras la muerte del *paterfamilias* (*etiam post mortem parentis*) y se ven favorecidos por él los sucesores del *filius familias* mutuario⁽⁷⁾; también produce efectos el sc. M. contra los sucesores del mutuante que negoció con un hijo de familia⁽⁸⁾. La excepción que deriva del sc. es calificada como perpetua, ya que su ejercicio y permanencia no están supeditados al transcurso del tiempo⁽⁹⁾.

No encontramos en el texto ningún atisbo que nos permita entender que el sc. M. prohibió los préstamos de dinero a los hijos de familia. Por una parte, no se emplean verbos que indiquen prohibición (*interdicere, vetere, prohibere*), y por otra, no debemos perder de vista que estamos ante una disposición senatorial del siglo I d. C., que no puede llegar a intervenir en el *ius civile* prohibiendo algo que éste permitía como era la posibilidad de que los *filii familias* actuasen, aunque no en nombre propio dada su condición de *alieni iuris*, en el tráfico patrimonial⁽¹⁰⁾. Por ello, y éste es un dato importante a tener en cuenta para excluir la prohibición del contenido del sc. M., se actúa contra los préstamos de un modo indirecto, a través del acto del pretor que por consejo del Senado desprotege a los mutuantes que han negociado con hijos de familia⁽¹¹⁾.

El presupuesto de hecho del sc. M. tiene dos condiciones principales: en primer lugar, el negocio en cuestión ha de ser un mutuo y, en segundo lugar, el mutuario ha de ser un *filius familias*.

Quedan fuera del objeto del sc. todos los negocios diferentes del mutuo o

(6) Cfr. D. 14,6,9,4. J.J. DE LOS MOZOS, "Acerca del fin y régimen del Senadoconsulto Macedoniano", en *AHDE*. 52 (1983) pp. 91 y s..

(7) D. 14,6,7,10 (*Ulp. 29 ad ed.*) *Quamquam autem non declaret senatus, cui exceptionem det, tamen sciendum est et heredem filii, si pater familias decesserit, et patrem eius, si filius familias decesserit, exceptione uti posse.*

(8) D. 14,6,7,6 (*Ulp. 29 ad ed.*) *Non solum ei, qui mutuum dedisset, sed et successoribus eius dene-ganda est actio.*

(9) Cfr. D. 14,6,9,4; Gai. 4,121. J. L. MURGA, *Derecho romano clásico II. El proceso*. 3.ª ed. (Zaragoza 1989) pp. 199 y s..

(10) D. 44,7,39 pr. (*Gai. 3 ad ed. provinc.*) *Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest.*

(11) Aunque esto parece claro, muchos autores hablan de "prohibición" a la hora de referirse a los efectos del sc. M., como por ejemplo: F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Aalen 1992, reimpresión de la ed. Oxford 1951) p. 51; R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omisioni e rinvii* (Napoli 1979) p. 63; A. GUARINO, *Mandatum credendi* (Napoli 1982) p. 76; J.J. DE LOS MOZOS, "Acerca del fin y el régimen ..." cit. p. 77; A. WACKE, *La prohibición del crédito para los hijos de familia y el dictado de la razón económica. El Senadoconsulto Macedoniano en la teoría y en la práctica*, en *SCDR*. VI (1994) p. 172.

préstamo de dinero⁽¹²⁾ en que pudiera tomar parte el hijo de familia, siempre que no se haya actuado con la finalidad de defraudar la disposición del Senado.

D. 14,6,3,3 (*Ulp. 29 ad ed.*) *Is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuum pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio perniciose parentibus eorum visa est. et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat senatus consultum. quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.*

Tampoco se trata de evitar que un hijo de familia sea fiador de un *sui iuris*, siempre que no persiga encubrir un mutuo con quien es *alieni iuris*, en este caso se penaliza al mutuante concediendo la excepción *ex senatus consultum Macedonianum* a ambos deudores.

D. 14,6,7 pr. (*Ulp. 29 ad ed.*) *Item si filius familias fideiusserit, Neratius libro primo et secundo responsorum cessare senatus consultum ait. idem Celsus libro quarto. sed Iulianus adicit, si color quaesitus sit, ut filius familias, qui mutuum accepturus erat, fideiuberet alio reo dato, fraudem senatus consulto factam nocere et dandam exceptionem tam filio familias quam reo, quoniam et fideiussori filii subvenitur.*

Quedan fuera del objeto del sc. M. los supuestos en que el mutuario no sea un hijo de familia, atendiendo al momento en que surge la obligación para la determinación de este *status*⁽¹³⁾, momento que, al tratarse de un mutuo, coincide con el de la entrega de la cantidad de cosas fungibles⁽¹⁴⁾.

D. 14,6,1,2 (*Ulp. 29 ad ed.*) *Certe si adrogatus mutuum pecuniam acceperit, deinde sit restitutus, ut emanciparetur, senatus consultum locum habebit: fuit enim filius familias.*

Y tampoco es aplicable el senadoconsulto cuando el hijo de familia no es mutuario sino mutuante.

(12) D. 14,6,7,3 (*Ulp. 29 ad ed.*) *Mutui dationem non solum numeratae pecuniae, verum omnium, quae mutua dari possunt, an accipere debeamus, videndum. sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri: ait enim senatus "mutuum pecuniam dedisset". sed si fraus sit senatus consulto adhibita, puta frumento vel vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, subveniendum est filio familias.*

(13) Además del texto que transcribimos, son ejemplificadores sobre este extremo delimitador de los presupuestos de hecho del sc. M. los siguientes: D. 14,6,1,1; 14,6,1,3; 14,6,3,4; 14,6,4; 14,6,6; 14,6,7,4; 14,6,7,5; 14,6,14.

(14) Los preceptos indicados en la nota anterior confirman la concepción del mutuo como una *obligatio re*, en la línea de Gai. 3,90.

D. 14,6,3,2 (*Ulp. 29 ad ed.*) [...] *quemadmodum ipse dicit Iulianus libro duodecimo, si filius familias crediderit, cessare senatus consultum, quod mutua pecunia non fit, quamvis liberam peculii administrationem habuit: non enim perdere ei peculium pater concedit, cum peculii administrationem permittit: et ideo vindicationem nummorum patri superesse ait.*

Delimitado el objeto del sc. M. hemos de mencionar al menos las excepciones que la jurisprudencia va incluyendo con el transcurso de tiempo, estas excepciones no son más que derogaciones parciales a la vigencia del precepto, puesto que se dan claramente los presupuestos de hecho (mutuo e hijo de familia) y se excluye expresamente la consecuencia jurídica que el senadoconsulto prevee⁽¹⁵⁾.

1º. En D. 14,6,1 *i.f.* y D. 14,6,2, encontramos que si el hijo de familia mutuario tiene un peculio castrense, el senadoconsulto deja de aplicarse hasta la cuantía del mismo.

2º. También se deroga el sc. M. si el *filius familias* no aparece como tal ante la comunidad, provocando en los eventuales mutuantes un error de hecho, lo que acarrea, dice Ulpiano citando a Juliano, que el sc. también dejara de aplicarse a favor de los publicanos. La imposibilidad de que el mutuante conociera la condición de hijo de familia de aquel con quien negocia excluye igualmente la aplicación del sc. (D. 14,6,3 pr.; 14,6,3,1; 14,6,3,2; 14,6,19).

3º. De D. 14,6,7,12, podemos deducir que si el hijo de familia actuó con el consentimiento de su padre no se le concede la protección a que da lugar el sc. M.. Hecho que también se da si este consentimiento es posterior al negocio, es decir, si el padre ratifica, aunque sea de modo tácito, la actuación del hijo (D. 14,6,7,15). El consentimiento del padre se presume en el caso de que éste conociera la actuación del hijo, sin que un cambio de opinión con respecto a la misma en un momento posterior tuviera trascendencia alguna en lo que toca a la falta de vigencia del sc. (D. 14,6,12).

4º. El empleo que hace el hijo del objeto del mutuo también condiciona que el senadoconsulto tenga o no vigencia, ya que si el hijo transforma el dinero en

(15) La relación de las excepciones o derogaciones parciales al sc. M. que hacemos a continuación siguiendo su orden de aparición en el título 6 del libro XIV del Digesto, tiene una finalidad enumerativa, por lo que no nos detendremos en explicar el sentido de cada una al no considerar esta la sede apropiada al efecto. Para su comprensión es muy útil el árbol lógico “miqueliano” que A. Wacke emplea en su artículo *La prohibición del crédito* cit., p. 175, y en su versión ampliada alemana *Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft. Der Macedonianische Senatbeschuß in Theorie und Praxis*, en ZSS. (1995) pp. 290 y s.

bienes para el padre la disposición senatorial no produce efectos (D. 14,6,7,12), ya tuviera el hijo esta intención desde un principio o fuera la transformación el resultado de una voluntad sobrevenida. Asimismo deja de aplicarse el sc. si el hijo se endeuda para pagar la dote de su hermana (D. 14,6,17).

5°. Si el hijo de familia en viaje de estudios toma a préstamo una cantidad de dinero, el sc. M. no se aplica en tanto ésta no sobrepase la cuantía que el padre solía entregar al hijo en tales ocasiones (D. 14,6,7,13)⁽¹⁶⁾.

6°. Tampoco se aplica el *senatus consultum Macedonianum* cuando el endeudamiento del *filius* tiene como finalidad hacer frente a una deuda de dinero que no fuera en contra de lo dispuesto por el propio sc. (D. 14,6,7,14).

Junto a estas derogaciones debemos mencionar, como posibles medios para hacer efectiva la deuda contraída con un *subiectus*, las vías que representan las *actiones adiecticiae qualitatis*; posiblemente vinculadas en su origen y desarrollo a las dificultades que para hacer efectivos sus créditos tenían los mutuan-tes a raíz del sc. M..

Con estos datos podemos situarnos en la determinación de los objetivos que perseguía el *senatus consultum Macedonianum*. Nuestra posición al respecto excluye *ab initio* que fuera ésta una disposición dirigida a los menores con la finalidad de protegerlos frente a su propia inexperiencia⁽¹⁷⁾. En primer lugar hay que decir con Daube⁽¹⁸⁾ que el sc. M. sólo impedía el préstamo de dinero y, en segundo lugar hemos de resaltar que esta disposición se dirigía a los *filii familias*, independientemente de su edad o posición social⁽¹⁹⁾. Hecha esta salvedad inicial y dejando para un lugar más apropiado el *status quaestionis* de la doctrina sobre el particular pasamos exponer someramente nuestra posición.

Desde nuestro punto de vista, el sc. M. es una medida dirigida principalmente a proteger la *patria potestas*, institución básica en el esquema del Derecho privado romano, amenazada por el crecimiento del protagonismo de los hijos de familia en el mundo económico. La principal finalidad del sc. M. pare-

(16) Entendemos que en este caso se presume el consentimiento del padre, basándose en los antecedentes que sus actuaciones previas proporcionaban. Cfr. A. WACKE, *La prohibición del crédito* cit., pp. 171 y s., que entiende que en este caso el sc. deja de aplicarse por una *necessaria causa*, aspecto que nosotros consideramos secundario con respecto al presunto consentimiento paterno.

(17) Cfr. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, vol. 4 (1920) pp. 130 y ss., citado por D. DAUBE, *Did Macedo murder his father?*, en ZSS. 65 (1947) p. 271.

(18) D. DAUBE, *Did Macedo...?* cit., pp. 277 y ss..

(19) D. 14,6,1,3 (*Ulp. 29 ad ed.*) *In filio familias nihil dignitas facit, quo minus senatus consultum Macedonianum locum habeat: nam etiamsi consul sit vel cuiusvis dignitatis, senatus consulto locus est: [...]*.

ce, para un sector de la doctrina, evitar la proliferación de los parricidios, pero, desde nuestra visión personal, no era éste, el preservar la vida de determinados individuos, un objetivo en sí mismo, sino un medio de retrasar el desgaste que la patria potestad estaba sufriendo paulatinamente y que tiene en el parricidio su máximo exponente. Por ello, no pensamos que ésta sea una disposición dirigida a evitar que el hijo de familia cometa delitos, esto más bien sería un efecto derivado del sc. M., pero no un objetivo; también de efecto y no de objetivo podemos calificar la incidencia perjudicial que la disposición del Senado produjo en los banqueros o usureros, una fuerza social ascendente en la Roma del S. I⁽²⁰⁾.

Esta es una medida que se encuadra en la política de regeneración moral y ciudadana que propugna Vespasiano⁽²¹⁾. El *senatus consultum Macedonianum* es un recurso técnico que trata de incidir en la recuperación moral de la sociedad, en la conservación de los principios más básicos de la civilización romana en el ámbito jurídico-privado. Las derogaciones parciales que sufre el sc. son testigos de ello, pues en los casos en que, la moral social considera correcta la asunción del préstamo de dinero, el sc. no produce efectos.

III. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL.

Al iniciar el estudio de la recepción en Derecho histórico español del sc. M., hemos de indagar si los principios de la patria potestad romana clásica se mantienen en éste.

En el *Liber Iudiciorum*⁽²²⁾, IV,5,5, bajo la rúbrica *De his quae filii, patre vivente vel matre, videntur adquirere*, aparece el siguiente precepto:

Filius qui, patre vivente aut matre, aliquid adquisierit, sive de munificencia Regis, aut patronorum beneficiis promeruerit, et exinde aliquid cuicumque vendere, aut donare iuxta eam conditionem, quae in aliis nostris legibus continetur, in ipsius potestate consistat, nec sibi aliquid, dum filius vivit, exinde pater vel mater vindicare praesumant. Quod si inter leudes quicumque nec regis beneficiis aliquid fuerit consequutus, sed in expeditionibus constitutus de labore suo aliquid adquisierit, si

(20) M. A. PEÑALVER RODRÍGUEZ, *La banca en Roma*, en *Estudios en homenaje al Prof. Iglesias III* (Madrid 1988) pp. 1531 y ss..

(21) F. LUCREZI, *Leges super principem. La "monarchia costituzionale" di Vespasiano* (Napoli 1982) pp. 235 y ss.; ID., *Senatusconsultum Macedonianum* (Napoli 1992) pp. 25 y ss..

(22) Sobre la implantación del *Liber* en la Alta Edad Media, vide F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español* 4ª. ed. (Madrid 1986) pp. 126 y ss..

communis illi victus cum patre est, tertia pars exinde ad patrem perveniat, duas autem filius, qui laboravit, obtineat.

Este precepto nos muestra como ha habido ya un cambio importante con relación al Derecho romano⁽²³⁾. Se refiere a la situación patrimonial de los hijos declarando su independencia con respecto al patrimonio paterno; declara la norma la capacidad del hijo tanto para titular los bienes que obtenga por donaciones del rey o del patrono, por su trabajo o en campaña, como para disponer de ellos incluso por donación. Tan sólo recoge la obligación que tiene el hijo que vive con su padre de entregar a éste la tercera parte de los bienes que tengan un origen distinto a la donación, pero estos bienes no los recibe el padre por ser declarado titular de los mismos, sino que más bien parecen una compensación al ascendiente que tiene al hijo bajo su techo⁽²⁴⁾.

El Fuero Real, de 1255, que es junto con el Espéculo la primera muestra de la recepción del Derecho romano en Castilla⁽²⁵⁾, recoge esta tendencia, proveniente del Fuero de Soria⁽²⁶⁾, que diferencia desde la base los nuevos principios de las relaciones paterno-filiales en el plano patrimonial⁽²⁷⁾.

Esta línea continúa con las Partidas, que datan del año 1265 aunque no recibieron fuerza de ley hasta el Ordenamiento de Alcalá de 1348, las cuales

(23) Para J. A. ALEJANDRE GARCÍA, *Temas de Historia del Derecho: Derecho primitivo y Romanización jurídica* (Sevilla 1981) p. 144, el “Liber Iudiciorum” o “Lex Visigothorum” es la “obra cumbre de la legislación visigoda que supone la independencia total frente a la tradición romana.” En el mismo sentido, E. GACTO FERNÁNDEZ–J.A. ALEJANDRE GARCÍA–J.M. GARCÍA MARÍN, *El Derecho histórico de los pueblos de España*. 5.ª ed. (Madrid 1985) pp. 137 y ss..

(24) Estos bienes de los que el hijo es propietario no tienen nada en común con el régimen del peculio romano, ya que el hijo es el único y exclusivo titular de los mismos, situación opuesta al régimen que tenía aquella parte del patrimonio paterno que se destinaba a que el hijo administrara separadamente. Cfr. A. OTERO VARELA, *La patria potestad en el Derecho histórico español*, en *AHDE*. 26 (1956) p. 219.

(25) J. PARICIO–A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho romano y su recepción europea* (Madrid 1995) p. 230.

(26) A. OTERO VARELA, *La patria potestad* cit., p. 228.

(27) F.R. III,4,7. *Como los bienes que ganó el fiyo estando en poder del padre, son suyos, si no los ganó con los bienes del padre.*

Si el fiyo que está con su padre, è con su madre, ante que case ganare alguna cosa por su trabajo, ò que le dé el Rey, ò su Señor, ò otro home qualquier, no sea tenuto de dar parte à sus hermanos después de la muerte de su padre, ò de su madre, maguer gelo demande à parte, fueras si lo ganó con el haber del padre, ò de la madre, seyendo con el padre, ò con la madre: è gobernandose del haber del padre, ò de la madre: è maguer se gobierne de lo del padre, ò de la madre: si con el haber del padre, ò de la madre no lo ganare, no sea tenuto de lo dar à partir: ca madre, ò padre siempre es tenuto de gobernar sus fijos: mas si con el haber del padre, è de la madre ganare algo, estando en poder de amos, ò de algunos, el padre, ò la madre lo debe haber todo: y despues de su muerte del padre, ò de la madre, hayan la parte los hermanos.

contemplan la independencia jurídica del hijo en el plano procesal⁽²⁸⁾, además de recalcarla en el plano puramente patrimonial⁽²⁹⁾, todo esto a pesar de que la legislación alfonsina recoge los principios directores de la patria potestad justinianea⁽³⁰⁾.

Así las cosas, excluimos un “calco” del sc. M. en Derecho histórico español, puesto que desde sus inicios falta la principal razón de existir del régimen del *senatus consultum Macedonianum*, la *patria potestas* de corte romano clásico, la cual provoca una absoluta incapacidad al hijo de familia, para ser titular de derechos patrimoniales⁽³¹⁾; incapacidad que, además, define su *status* como *alieni iuris*.

Aunque esto es claro, aparecen en nuestro Derecho histórico de Partidas preceptos que nos recuerdan al sc. M., pues suponen una limitación en la capacidad de obrar al hijo de familia.

Así, en Partidas V,1,4–6, se recogen los casos en que se permite que el hijo de familia⁽³²⁾ tome préstamos con todas las consecuencias⁽³³⁾.

Podemos establecer similitudes y diferencias entre la regulación contenida en las Partidas y el sc. M..

(28) Cfr. Partidas III,2,2.

(29) Cfr. Partidas VI,15,5.

(30) A. OTERO VARELA, *La patria potestad* cit., pp. 232 y ss..

(31) D. 41,1,10,1 (*Gai. 2 Inst.*) *Igitur quod servi nostri ex traditione nanciscuntur sive quid stipulentur vel ex qualibet alia causa adqui-runt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest [...]*.

(32) Para N. PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado* (Madrid 1988) pp. 164 y s., la condición de hijo de familia en nuestro Derecho histórico se identifica con quien está aún bajo la patria potestad o bajo el techo paterno, independientemente de la edad.

(33) Partidas V,1,4.

Si demientra que estuuiere el fijo, o el nieto en poder del padre, o de su abuelo, tomare prestado de otro, sin mandato de aquel en cuyo poder está, non es tenuto el fijo, nin el padre, de tornar tal emprestamo; ni el fiador del fijo, maguer lo ouiesse dado: pero si el fijo tornase aquella misma cosa que le ouiesse emprestado, o otra tal que non fuesse de los bienes de su padre, o de su abuelo, valdra, si lo fiziere; e non gelo podria el padre vedar. Otrosi dezimos, que si el fijo, o el nieto, estando en poder de su padre, o de su abuelo, si a la sazón que tomasse la cosa emprestada, le preguntassen si auia padre, o abuelo, o alguno de los otros ascendientes, en cuyo poder estuuiessse, e lo negasse, diziendo que non; que por tal mentira que dixo, e nego la verdad, es tenuto de pechar aquello que tomo emprestado. Otrosi dezimos, que tuuiessse algund officio publicamente, del Rey, o de otro Señor, o de algund Concejo; o que fuese menestral de qualquier menester, que vsasse a labrar publicamente; o tuuiessse tienda de cambio, o de paños, o de otra mercaderia, en que vsasse a labrar, e a mercar, bien assi como ome que no está en poder de otro; porque creen los omes, que este atal que estaua sobre si, es tenuto de pagar lo que tomare emprestado, maguer que este en poder de otro. Esso mismo dezimos, quando aquel que es en poder de otro. Es Cauallero; que si algo tomare emprestado, tenuto es de lo pagar. E esto es, porque non deue ome sospechar, que lo tomo prestado, que lo despendio en malos usos, maas en las cosas pertenecientes a Caualleria.

La primera similitud es que ninguna de estas medidas prohíben el préstamo a los hijos de familia, la norma de derecho histórico se limita a descargar al hijo prestatario y a su padre de la obligación de devolver lo prestado. En segundo lugar, las Partidas reconocen excepciones a esta disposición que recuerdan en algunos casos a las derogaciones parciales que sufre el sc. M., como son el consentimiento paterno o la apariencia de quien es socialmente reconocido como persona no sometida a potestad; la Ley VI reconoce también la total exigibilidad del préstamo tomado por el hijo por razones de estudio.

Otras excepciones a lo dispuesto en la Ley IV van en consonancia con la época, como la referente al hijo de familia Caballero. Entre las diferencias podemos también destacar la que separa el sc. M. y las Partidas en lo tocante a los distintos objetivos de una y otra disposición: mientras la medida romana se dirigía principalmente a proteger la patria potestad, la castellana se dirige, según entendemos, a proteger a los hijos de familia; éstos no tenían que ser menores necesariamente pero que lo serían en la mayoría de los casos, y eran protegidos contra su propia inexperiencia y frente a las malas costumbres, como se puede deducir tanto del texto, que habla, por ejemplo, del honroso fin de lo tomado en préstamo por el hijo de familia Caballero, como de la ausencia de una patria potestad del tipo de la romana a la que proteger, como reconoce la misma ley IV al permitir que el hijo pague la deuda con sus propios bienes por su voluntad, voluntad que no puede ser vetada por el padre. Hay que añadir además que la norma castellana prohíbe cualquier tipo de préstamo independientemente de su objeto, no sólo el mutuo.

También en la Novísima Recopilación aparecen, desde nuestra perspectiva recuerdos al sc. M.. Así en X,1,17, encontramos recogida una disposición de Felipe II que coarta grandemente la capacidad negocial del hijo que está en poder de sus padres, medida que supone un paso atrás si lo comparamos con la libertad de disposición que sobre sus bienes, reconocía al hijo de familia el *Liber Iudiciorum*⁽³⁴⁾. La norma en cuestión poco tiene que ver con el sc. M, como a continuación explicamos:

(34) Nov. Rec. X,1,17. *No valgan los contratos y obligaciones que hicieren los hijos en poder de los padres, y los menores sin licencia de sus tutores.*

D. Felipe II. en Valladolid año 1558 en las respuestas á los capítulos de Cortes de 555 pet. 78.

Mandamos, que agora ni de aquí adelante ningun hijo familias que esté debaxo del poder de sus padres, mayor ó menor, ni ningún menor que tenga tutor ó curador, sin licencia de los suso dichos no pueda comprar, ni tomar ni sacar en fiado por sí ni otros en su nombre plata ni mercaderias, ni otro ningun género de cosas, ni ningun platero ni mercader, ni otra qualquier persona se lo pueda vender ni dar en fiado

Primero, provoca una amplia incapacidad para negociar al hijo de familia, mayor que la provocada por el sc. M., ya sea éste mayor o menor, prohibiéndole *comprar, ni tomar ni sacar en fiado por sí ni otros en su nombre plata ni mercaderías, ni otro ningun género de cosas*, sin el consentimiento de su padre. Segundo, castiga estos negocios con la nulidad y consiguiente falta de exigibilidad (*todo sea ninguno, y por virtud dellos no se pueda pedir en juicio ni fuera dél en ningun tiempo cosa alguna [...], y sean libres de todo ello*); como hemos visto, el sc. M no prohíbe nada, ni considera nulo el mutuo tomado por el hijo de familia.

Tercero, en este caso el consentimiento paterno no es una derogación parcial a la medida, sino el complemento necesario que la falta de capacidad del hijo requiere en estos negocios; el hijo es en esta norma equiparado al menor bajo tutela. Este consentimiento se requiere también en el caso de la disposición anterior contenida en Nov. Rec. X,8,1, que permite exigir el préstamo concedido al estudiante sólo si para contraer la obligación contó con el consentimiento paterno⁽³⁵⁾.

Y cuarto, claramente expresado está también en la letra de la Ley el objetivo de la misma (*por ser contratos prohibidos por esta nuestra ley [...] fechos en grande daño y perjuicio de los dichos hijos familias y menores*), que difiere

sin la dicha licencia: y qualesquier contratos y fianzas, y seguridad y mancomunidad que sobre ello se ficiere y ordenaren con qualesquier cláusulas y firmezas en qualquier manera, todo sea ninguno, y por virtud dellos no se pueda pedir en juicio ni fuera dél en ningun tiempo cosa alguna á los dichos hijos familias ni menores, ni á sus fiadores ni principales pagadores, ni á otras qualesquier personas que por ellos se obligaren, ó en su nombre lo sacaren y tomaren, y sean libres de todo ello: y porque para defraudar lo de suso contenido, se procurará que los dichos contratos y fianzas se juren para su validacion, y por ser contratos prohibidos por esta nuestra ley, y disimulados y dolosos, y fechos en grande daño y perjuicio de los dichos hijos familias y menores, mandamos á los dichos mercaderes y plateros, y otras qualesquier personas de suso declaradas, que no fagan otorgar dichos contratos, ni atrayan a ninguna de las dichas personas á que los juren, ni los Escribanos den lugar á que ante ellos se otorguen ni juren, so pena que pierdan sus oficios, y no puedan mas usar de ellos de ahí en adelante; y asimismo los dichos mercaderes y plateros, demas de perdimiento de sus oficios, incurran en pena de cien mil maravedís. [...]: y mandamos á todas las Justicias de nuestros reynos y señoríos, compelan y executen todo lo suso dicho en nuestra ley contenido contra cada una de las personas, que contra lo en ella y en qualquier parte de ella contenido contravinieren.

(35) Nov. Rec. X,8,1. *Prohibición de prestar y dar fiado á estudiante sin voluntad de su padre, ó de aquel que le tuviere en estudios.*

D. Carlos y D.ª Juana en Valladolid año 1542 pet. 6 y año 548 pet. 120

Mandamos, que quando alguno prestare dineros, ó vendiere fiado á algún estudiante, estante en algún estudio, sin voluntad de su padre, ó del que allí le tiene á su costa, que no lo pueda pedir, ni tener recurso contra el padre o la madre, ni otra persona que lo hobiere allí enviado, ni los pueda citar sobre ello ante el Conservador del Estudio, ni ante otra Justicia alguna, sino á la misma parte.

abiertamente del que consideramos propio del sc. M. (la defensa de la *patria potestas* como institución). La finalidad protectora de la norma castellana, además de estar expresada en la misma, se detecta en la equiparación de ésta hace de hijo de familia y menores sometidos a tutela.

IV. DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

La doctrina civilista⁽³⁶⁾, e incluso algún romanista⁽³⁷⁾, establecen conexiones entre el sc. M. y el art. 323 C.C..

La Ley de 13 de mayo de 1981, da el siguiente contenido al mencionado artículo:

La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres, y a falta de ambos, sin el de su tutor.

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.

De aquí deducimos que el menor emancipado, y el habilitado de edad (art. 323 III), tienen limitada su capacidad de obrar para determinados actos de disposición patrimonial, entre los que se encuentra el tomar dinero a préstamo, lo que, ciertamente, nos trae a la memoria el sc. M.. Este artículo considera incapaz al menor emancipado, sea cual sea la vía por la que ha llegado a la emancipación⁽³⁸⁾, para tomar préstamos de dinero, limitación que sólo cesa si el menor cuenta con el consentimiento de los padres (padre o madre) o de su tutor⁽³⁹⁾. En todo caso, esta incapacidad de disposición parcial no implica limitación alguna en las esferas personal y familiar⁽⁴⁰⁾, ni incapacidad procesal (art. 323 II)⁽⁴¹⁾.

(36) N. PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado* cit., pp. 162 y s..

(37) A. WACKE, *La prohibición del crédito* cit., p. 181.

(38) El art. 324 C.C., que regula condiciones especiales para el menor emancipado casado, no modifica el tenor de lo dispuesto en el 323 C.C. en relación con la toma de dinero a préstamo. Vide N. PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado* cit., pp. 174 y ss..

(39) Para L. PUIG FERROL, *Art. 323*, en *Comentario del Código Civil I* (Madrid 1993) p. 885, el consentimiento lo presta el menor emancipado, lo que realmente requiere este art. es un asentimiento complementario de las personas en él mencionadas. En el mismo sentido, N. PÉREZ DE CASTRO, *EL menor emancipado* cit., p. 150.

(40) L. PUIG FERROL, *Art. 323* cit., p. 884.

(41) Estas limitaciones a la capacidad de obrar del menor emancipado no son recogidas en el Pro-

La limitación contenida en este precepto tiene en común con el sc. M. su concreción a los préstamos de dinero, no se impide que el menor emancipado sea prestatario si el objeto del negocio es distinto del dinero⁽⁴²⁾, como tampoco nuestro sc. incidía en los negocios distintos del mutuo en que era parte el *filius familias*. Además, dicha incapacitación del menor emancipado cesa si concurre el consentimiento paterno, materno o del tutor y, recordemos, que la presencia del consentimiento paterno en el régimen del sc. M. suponía una derogación parcial del mismo. Hasta aquí lo que, en sentido amplio, podemos llamar similitudes entre el *senatus consultum Macedonianum* y el art. 323 C.C..

Pero, aunque existan aspectos en que sc. M. y art. 323 C.C. “se toquen”, existen otros muchos en los que uno y otro difieren abiertamente. A poner de manifiesto estas diferencias nos disponemos a continuación.

En primer lugar, la situación de un emancipado en Derecho romano es la de un *sui iuris*, sin que el hecho de haber llegado a este *status* por un camino diferente del que supone la muerte o *capitis deminutio* de su padre, conlleve limitación alguna en sus facultades de disposición.

En segundo lugar, el art. 323 contiene una limitación directa al menor emancipado, al que se priva de la capacidad necesaria para determinados negocios que, de llevarse a cabo sin la concurrencia del consentimiento de un tercero, son considerados nulos⁽⁴³⁾; como hemos visto, el hijo de familia que es parte en un mutuo contrae una obligación civil perfectamente válida, aunque ésta quede después desprotegida procesalmente por efecto del sc. M..

Y en tercer lugar, las dos disposiciones que comparamos se separan en los objetivos a que se dirigen. Para Pérez de Castro el contenido del actual art. 323 C.C., se encuadra en la lucha contra la usura que hunde sus raíces en nuestro Derecho histórico y que tiene exponentes tan conocidos como la *Ley de 23 de julio de 1908* o *Ley Azcárate*⁽⁴⁴⁾. A nosotros nos parece más una medida de pro-

yecto de C.C. de 1851, ni en Anteproyecto de 1882–1888. En cambio, sí aparecen en la primera redacción del Código en 1888 (art. 317), añadiéndose a estas retrições la imposibilidad de comparecer en juicio por sí solo. Vide. N. PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado* cit., pp. 165 y s.

(42) Para L. PUIG FERROL, *Art. 323* cit., p. 885, “[...] la limitación deberá hacerse extensiva a cualquier otro negocio jurídico, cuya finalidad económica coincida con la del préstamo dinerario”, en este sentido también coincide con el sc. M., ya que éste no queda derogado cuando se trata de defraudar su contenido ocultando el mutuo bajo otra forma negocial.

(43) Sobre este extremo y la relación del 323 y 1824 C.C., vide N. PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado* cit., pp. 178 y ss.; L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*. Vol. I. 6.ª ed. (Madrid 1988) pp. 250 y s.

(44) N. PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado* cit., pp. 166 y ss.

tección de los menores emancipados, a los que se trata de amparar dada su bisoñez, véase como todos los actos para los que este artículo requiere un consentimiento añadido dan lugar a negocios que pueden acarrear nefastas consecuencias para el menor emancipado. En definitiva, lo que, en cualquier caso, excluimos es que estemos ante una medida con el mismo objetivo que el sc. M. que se dirige a salvaguardar la patria potestad⁽⁴⁵⁾.

V. CONCLUSIONES.

Tras el análisis precedente, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1.^a) Excluimos, ahora fundadamente, un traslado del sc. M. a nuestro Derecho Civil, ya nos hagamos referencia al ordenamiento histórico o al contemporáneo; esto se debe a que en nuestro Derecho patrio ha desaparecido la *patria potestas* de corte romano, objetivo a amparar por el *senatus consultum Macedonianum*.

2.^a) En Derecho histórico español, hallamos algunos preceptos que nos recuerdan al sc. M., pero, aunque en unos casos las similitudes con éste son mayores que en otros, estimamos que la relación entre la medida romana y las castellanas no pasa de ser un recuerdo en la mente del investigador, no un antecedente.

y 3.^a) El art. 323 C.C. dista mucho de ser una derivación del sc. M., quizá lo único que vincula una y otra medida es la conciencia sobre la peligrosidad que acarrea el endeudamiento. En cualquier caso, sólo estamos ante una reminiscencia.

(45) Ninguna opción dentro de la doctrina civilista se inclina a atribuir este objetivo al art. 323 C.C., vide N. PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado* cit., pp. 170 y s..