

LA SEGUNDA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
Profesor asociado de Derecho Romano
DEPARTAMENTO DE DERECHO ROMANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE GRANADA

LA SEGUNDA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO.-

-ARTÍCULO PUBLICADO con el título “*La Segunda Hipoteca en el Derecho Romano*” en la *Revista Critica de Derecho inmobiliario (RCDI) DEL COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD*, MADRID núm. 668, de NOVIEMBRE-DICIEMBRE 2.001, pp. 2.345-2.369, ISSN.- 0210-0444. ISBN.- 84-500-5636-5.

Nivel de calidad de la revista segun UCUA, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, Nivel de calidad, 3.

-COLABORACIÓN EN EL LIBRO HOMENAJE AL EXCMO. SR. DON LUIS PORTERO GARCÍA, LOS DERECHOS HUMANOS, VARIOS AUTORES, Cáp. “*La aparición de la Segunda Hipoteca en el Derecho Romano*”, UNIVERSIDAD DE GRANADA, GRANADA 2.002, pp. 913- 933. ISBN 84-338-2802-9,

PREMIO MELCHOR ALMAGRO DÍAZ convocado por la Facultad de Derecho, de la UNIVERSIDAD DE GRANADA en la modalidad de Derecho Privado por el trabajo “*La Segunda Hipoteca en el Derecho Romano*” (11 de Julio de 2.000), 82 pp.

SUMARIO.-

I.- LA APARICIÓN DE LA SEGUNDA HIPOTECA.-	3
I.a.- PRIMERA FASE: LA SEGUNDA HIPOTECA COMO CONDICIONADA A LA PREVIA EXTINCIÓN DE LA PRIMERA.	8
I.b.- SEGUNDA FASE: LA CONSTITUCIÓN DE LA SEGUNDA HIPOTECA SIN NECESIDAD DE LA PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA HIPOTECA ANTERIOR.	18
A) La subrogación hipotecaria por acreedor posterior.-	26
B) El <i>superfluum</i> y la pluralidad hipotecaria	33
C) El <i>ius offerendi</i> y la segunda hipoteca	39
I.c.- Conclusiones.-	54
II.- BIBLIOGRAFÍA.-	56
III.- ÍNDICE DE FUENTES	58

LA SEGUNDA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO.-

Si preguntáramos a un civilista por la distinción entre prenda e hipoteca probablemente acudiría al argumento según el cual la prenda se apoya en la posesión de la cosa pignorada por el acreedor o un tercero designado al afecto y la hipoteca en la inexistencia de desplazamiento posesorio de la cosa¹, o si lo prefiere utilizaría la figura de la hipoteca en relación a los bienes susceptibles de identificación registral y a la figura de la prenda para aquellos bienes de imperfecta identificabilidad registral.

Un romanista como RASCÓN² mantendría la tesis tradicional según la cual la diferencia entre la *hypotheca* y el *pignus* estaría en la existencia o inexistencia del desplazamiento posesorio apoyándose para ello en el conocido texto de D.13.7.9.2³:

Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem.

Bien es verdad que hoy en día la mayoría de la doctrina⁴ se inclina por un desarrollo interno de la hipoteca romana a partir del *pignus* sobre los *invecta et illata*⁵, dejando de lado el posible origen griego de la hipoteca⁶.

También es necesario para la adecuada comprensión de la evolución histórica de esta figura aludir a la sustitución del *pignus* por *hypotheca*, ya que el término *hypotheca* comienza a prevalecer sobre el de *pignus* (o *pignus conventum*) en la época de los Severos⁷, llegándose a interpolar en la mayoría de los textos clásicos anteriores a Diocleciano aplicando al nombre de *pignus conventum*⁸ el término de *hypotheca*⁹.

¹Distinción ya considerada por VALLET DE GOYTISOLO, "Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento", *RDP* (1953), p. 502.

² Para RASCÓN -siguiendo a FREZZA- el *pignus* no es sino "la garantía de un crédito constituido sobre cosa ajena cuya posesión pasa al acreedor pignoraticio", mientras que la hipoteca es aquella forma de garantía en la que no se produce el tránsito del objeto pignorado. RASCÓN, *Pignus y custodia en el Derecho Romano clásico*, Oviedo 1976, p. 14, nt. 2.

¹ *ULPIANUS, lib. XXVIII. Ad Edictum.*

² Aunque la doctrina está dividida sobre cual es la relación contractual que dichos pactos sobre los *invecta et illata* garantizaban, esto es si el *pignus* es accesorio a una relación de compraventa de los frutos del fundo, o si el pacto lo que garantiza es el pago de la renta del arrendamiento del fundo, en apoyo de esta última tesis se muestran entre otros HERZEN (*Origine de l'hypothèque romaine*, París, 1899, pp. 25 ss.), SEGRÉ (Recensión a Ascoli *le origine dell'ipoteca e l'interdetto Salviano, Scritti Varii*, p. 598 ss), SARGENTI ("Il *De agri cultura* --di Catone ...op. cit., pp. 158-184), FREZZA (*Le garanzie delle obbligazioni*, 2 (Le garanzie reali), Padova 1963, p. 272 ss.). Sobre el origen de la distinción entre la *Datio* y la *Conventio*, véase RASCÓN, *Pignus y custodia en el...*, op. cit., pp. 32 ss.

³ Por ello se parte de un *pignus conventio* sobre los instrumentos de trabajo introducidos por el arrendatario en el fundo de manera que la propia introducción en el mismo de animales, esclavos y aperos de labranza (los *-invecta et illata*) hace las veces de convención con el arrendador de tal forma que tales útiles garantizarían el pago de las rentas del arriendo. De esta forma en caso de impago de las rentas por el arrendatario el pretor podía conceder al arrendador un interdicto posesorio sobre tales *invecta et illata*.

⁴ Algunos autores defienden el origen griego de la hipoteca como es el caso de PAOLI (PAOLI, "Sul diritto pignoraticio attico", *ASDGR*, Milano 1976, p. 394) o de BISCARDI, los cuales establecen ciertas analogías entre el sistema hipotecario ático y el *pignus* romano. BISCARDI, *Diritto greco Antico*, Milano, 1982, pp. 219. BISCARDI, "Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain", *JJP*, 19 (1983), pp. 41 ss. (reimp. y trad. Barcelona 1987, p. 60).

⁴ Según ERMANN el término *hypotheca* comienza a prevalecer sobre el *pignus conventum* en la época de los Severos por influencia helénica, realizándose una modificación en las obras de Gayo y de Marciano por la jurisprudencia anterior a Justiniano e incluso por los propios compiladores justinianos de tal forma que el término --*pignus* se llegó a sustituir por el de *hypotheca*. ERMANN, "Pygnus hypothecaevae", *Melanges Girard*, 1 (1912), p. 419 ss.

⁵ Como indica ARIAS RAMOS, un *pignus* en el que la posesión de la cosa no quedase en manos del acreedor no se presentaba a los ojos de los romanos como una cosa nueva y esencialmente distinta de un *pignus* en el que la *res* quedase en manos del acreedor. Entre otras razones por cuanto que de las facultades concedidas al acreedor, tampoco podía derivarse una divergencia tan fundamental entre las diferentes formas de garantía real que justificase a sus ojos la necesidad de una distinta terminología. ARIAS RAMOS, "La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana", *RDP*, 313 (1943), pp. 213-223.

Una vez pues, que la *nuda conventio* permitió la constitución de esta nueva forma de garantía real, quedaba abierto el camino en virtud del cual la *sola voluntas* bastaba para la constitución de otras garantías posteriores, puesto que si el deudor estaba de acuerdo en ello nada obstaría para que tal cosa fuera posible, y por consiguiente la posibilidad de la pluralidad hipotecaria.

¿Pero cual es el origen de la segunda hipoteca?

En nuestra mentalidad podríamos pensar en la necesidad de que aparezca un nuevo acreedor que proporcione una nueva línea de crédito a un deudor acosado por la perentoria necesidad de solvencia¹⁰. Ello evidentemente solo es posible si queda resto de valor en la cosa primeramente hipotecada para poder hacer frente a una segunda garantía.

Pero la cuestión de cuándo aparece formalizada la constitución de una segunda hipoteca en Roma debemos analizarla a través de las fuentes, y del estudio de las cuales parece que podemos entrever que en realidad el nacimiento de la segunda hipoteca tuvo lugar mediante una evolución gradual: En un primer momento mediante la necesidad de la previa satisfacción del acreedor anterior, para posibilitar la aparición de una hipoteca posterior. Ello implicaba que era necesario el efecto solutorio sobre la hipoteca precedente. De esta forma, mientras la precedente estuviera garante sobre la misma cosa, la posterior no podía tener virtualidad.

El siguiente paso fue el permitir la posibilidad de constitución una segunda hipoteca, aun sin haber liquidado previamente la hipoteca anterior. Dicha hipoteca previa quedaría subsistente y coincidente con la segunda y nueva hipoteca con el efecto resultante de la existencia de dos hipotecas sobre la misma cosa. Vamos a ver con mas detenimiento estas dos fases de dicha evolución.

I.a.- PRIMERA FASE: LA SEGUNDA HIPOTECA NACE CONDICIONADA A LA PREVIA EXTINCIÓN DE LA PRIMERA.

La idea de una incompatibilidad hipotecaria de una segunda hipoteca mientras estuviera vigente la primera era permanente en el Derecho Clásico. De ahí que en este período fuera frecuente que el propio deudor hipotecante tuviera que declarar que la cosa no estaba hipotecada a ningún otro.

Encontramos un caso de esto último en D.20.1.15.2¹¹:

Si res suas iam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent,

⁶EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam und die hypothekarezeption*, Leipzig, 1917.

⁷Esta es la solución que podríamos invocar en aras del art.1.138 del CC. español que expresa que tratándose de obligaciones mancomunadas el crédito se presume dividido en tantas partes como acreedores haya reputándose créditos distintos unos de otros. Tratándose de hipotecas que garantizan créditos pluripersonales deben de reputarse tantas hipotecas como acreedores hipotecarios haya pudiendo ejecutarse libremente por cualquiera de los acreedores, con las especialidades establecidas en los art. 227 RH ("Se consideran preferentes...Las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor") y el art. 131, regla 8ª de LH. LO que supone que los gravámenes anteriores y preferentes al crédito del actor continúan subsistentes entendiéndose al rematante subrogado en la responsabilidad de los mismos. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, Madrid 1989, p. 1.639.

⁸GAIUS, *De formulae hypothecariae*.

alii nulli ream obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est, aut solidum, quum primo debito liberata res fuerit.

Gayo contempla un supuesto caso en el que se utiliza una formula empleada por aquellos que obligan sus bienes y que de nuevo proceden a obligarlos a un segundo acreedor, y para evitar el peligro en el que pueden incurrir suelen indicar que la cosa no está obligada a ningún otro sino a Lucio Ticio -por ejemplo-, para que en lo que exceda de la primera obligación quede obligada la misma cosa por una nueva garantía, bien en lo que exceda de la primera obligación o bien cuando la cosa quede libre de la primera deuda. Con ello el pasaje trata de conciliar la necesidad de que la cosa quede libre de la primera garantía antes de constituir otra nueva con la necesidad de establecer una formula que posibilitara que la practica comercial no estuviera en contradicción con la imposibilidad de constituir mas de una hipoteca sobre una misma cosa simultáneamente.

Por otra parte, Gayo alude al *periculum* en que pueden caer los que obligan varias veces con unos mismos bienes. ¿Cual era ese peligro?: Caer en *stelionatus*. La declaración de estar libres las cosas sobre las que se constituye hipoteca no estándolo en realidad, es considerado como delito de estelionato y conlleva la pena de destierro¹².

La esta misma línea argumental la podemos encontrar en D.20.1.34 donde el deudor hipotecario manifiesta al acreedor que la cosa no está hipotecada a ningún otro - *quam tibi esse obligatos...*-, e incluso la misma declaración aparece en D.20.6.9.1:

...quo caverat Seius, fundum nulli alii esse obligatum....

Lo que nos permite pensar en un momento histórico en el que la garantía real está aún influenciada por la necesidad del desplazamiento de la posesión propio del *pignus*. Pero pronto se inicia una tendencia de considerar tal declaración como una cláusula de estilo, si estando la cosa en situación de estar ya previamente hipotecada fuera necesario volverla a hipotecar.

Para tratar de comprender en esta primera fase el origen de la segunda hipoteca es necesario partir pues de la naturaleza condicionada de esta segunda hipoteca. Esta idea de una segunda hipoteca condicionada en el momento de su constitución parte de una base: La de que solo tendría efectividad en el caso que la finca quede libre de la primera.

Sin embargo algunas fuentes parecen decantarse por el tratamiento de la condición como base de una segunda hipoteca, lo que en realidad no es sino fruto de una evolución que podemos apreciar a través de diversos pasajes como son D.13.7.2 y C.8.19.1.pr.

1) En D.13.7.2¹³:

si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit, tuque ei numos credidisti, quos ille solvit ei creditori, cui pignus dederat, tibi que cum eo convenit, ut ea res, quam iam vendiderat, pignori tibi esset, nihil te egisse constat, quia rem

9D.47.20.4.

10POMPONIUS, VI Ad Sabinum.

alienam pignori acceperis; ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere coepisse, neque ad rem pertinuisse, quod tua pecunia pignus sit liberatum.

En este fragmento un deudor vende y entrega una cosa sobre la que existía un derecho de prenda, pagando al acreedor con lo cual desaparece la garantía pignoratícia. Un nuevo acreedor exige la constitución de una prenda sobre la cosa que ya había sido vendida, pero dado que la primera prenda había sido ya liberada -probablemente con el dinero de un segundo acreedor- no se constituye una nueva prenda al no estar ya la cosa en manos del deudor; por otra parte al ser pagado el acreedor anterior, el nuevo adquirente la recibiría libre de gravámenes¹⁴. Aquí no sería posible la constitución de la garantía pignoratícia sobre cosa ya ajena en tanto que el adquirente de ella la recibe como libre.

2) En C.8.19.1 pr:¹⁵

Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit, hoc enim tunc observatur, cum is, qui pecuniam dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus et obligetur et in locum eius succedat.

El texto pone de relieve que la sucesión en el acreedor hipotecario no siempre se produce cuando se paga al acreedor hipotecario, sino solo cuando lo es bajo condición de constituir una nueva garantía sobre la misma cosa obligada y que en tal caso el nuevo acreedor suceda en el lugar de aquel.

Las diferencias entre estos textos son las siguientes:

1. En D.13.7.2, la constitución de la garantía se hace sobre cosa ya ajena al haber sido ésta previamente ya vendida, y por tanto no se constituye prenda.

2. En C.8.18.1 pr, se recoge un supuesto en el que parece que para que se produzca la sucesión en la propia prelación hipotecaria, es necesario que se constituya una nueva hipoteca y que se condicione la efectividad de la misma a que el nuevo acreedor ocupe el puesto del primero.

¿Cual es el punto de unión de todos estos supuestos?.

La determinación de las partes para configurar una nueva garantía. Pero mientras en el primer caso la cosa hipotecada ya no pertenece al patrimonio del deudor y ello aunque la voluntad de las partes fuera la de constituir la garantía, ello no es posible porque chocaría con la imposibilidad que la cosa ya no es de quien constituye la prenda o la hipoteca; en el segundo caso, la voluntad de las partes da lugar a la sucesión de un nuevo acreedor en el lugar del primero, pero en este caso se condiciona a la liberación

¹¹ Con ello se establece una diferencia con el texto del D.20.3.3, donde si se produce la subrogación del segundo acreedor por cuanto que la cosa sigue estando en el patrimonio del deudor.

¹² Const. SEVERUS et ANTONIUS: *QUI POTIORES IN PIGNORE HABEANTUR.*

LA SEGUNDA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

de la primera garantía. Por ello, la doctrina parece admitir desde antiguo la posibilidad de una hipoteca bajo condición.

La cuestión está pues, en partir de la idea de una segunda hipoteca condicionada ya desde el momento de su constitución, la cual solo tendría efectividad sobre la base de que la finca quede libre de la primera garantía, de manera que solo en ese supuesto es cuando la segunda hipoteca pasaría a ocupar el puesto que la anterior ha dejado vacante. Esto nos llevaría a pensar en varias posibilidades:

1) Que en realidad se está constituyendo una garantía futura, que solo tendría efectividad si la finca queda libre de la primera, según la tesis formulada por CARCATERRA¹⁶.

2) O bien considerar que se trata de una hipoteca de presente pero condicionada a que antes desaparezca la primera garantía que grava el fundo, según considera VOLTERRA¹⁷.

Esta última tesis es difícil de admitir ya que en el derecho clásico el negocio jurídico condicional no producía efectos en el período de pendencia y por tanto antes de la entrada en juego de la condición, no podía tener virtualidad. Además si nos atenemos a la teoría general de la condición, ésta tiene el significado de hacer depender un efecto jurídico de un acontecimiento incierto; si el acontecimiento es cierto de lo que se trata es de un plazo¹⁸. Además el acreedor que pretendiera estar amparado por una garantía condicionada no estaría protegido en realidad con nada, al menos hasta que la condición se cumpla.

¿Como imaginar en la mentalidad romana que un negocio jurídico perfectamente válido en su constitución puede llevarse o no a efecto no por la voluntad de los intervinientes sino por la realización de un hecho incluso ajeno a la propia voluntad de dichos contratantes?.

La única respuesta que se nos ocurre es pensar que la hipoteca no es sino una enajenación potencial y por tanto en el fondo habríamos de tener en cuenta la relevancia de la distinción entre el momento de la constitución y el momento de su efectividad. Solo en ese último momento es cuando se puede reclamar la plena ejecutoriedad de la misma puesto que antes en realidad la hipoteca al no implicar contacto posesorio con la cosa solo es una garantía potencial.

Así pues, la segunda hipoteca comienza a consolidarse bajo la consideración de la previa extinción de la primera, pero en realidad su juego crediticio no lo desarrolla en

13CARCATERRA, "Il pegno delle cose future (fructus e partiis)", *Annali Bari*, 3 (1940), pp. 123-165.

14VOLTERRA, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano*, Roma, 1930, p. 31.

15Por otra parte los juristas romanos señalaron que tanto *dies* como *condicio* puede contener incertidumbre, en tanto que se puede hablar de *dies incertus* y a la vez la condición puede contener un *incertus quando*. Así en D.45.1.8; D.35.1.54 pr; D.36.2.22 pr. ENNECERUS-NEPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, II, Barcelona 1935, p. 312.

LA SEGUNDA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

base a una pretendida teoría general de las condiciones, sino incluso a pesar de ellas. No hay dos hipotecas operando al mismo tiempo en este momento, sino dos deudas en las cuales una de ellas se garantiza de presente con un *pignus* sobre el fundo, y otra -la segunda deuda- la cual solo puede garantizarse con la finca cuando quede libre de la primera garantía. De ahí la necesidad sentida de posibilitar una segunda hipoteca con eficacia real antes incluso de que la primera quede liquidada.

I.b.- SEGUNDA FASE: LA CONSTITUCIÓN DE LA SEGUNDA HIPOTECA SIN NECESIDAD DE LA PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA HIPOTECA ANTERIOR.

Según MIQUEL¹⁹, los textos mas antiguos en los que se ha querido encontrar una segunda hipoteca, son D.20.4.13 y D.20.4.14.

1) Según D.20.4.13²⁰:

Insulam tibi vendidi et dixi, prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi accessuram, pignorumque ab inquilino datorum ius utrumque secuturum; Nerva, Proculus, nisi ad utramque pensionem pignora sufficerent, ius omnium pignorum primum ad me pertinere, quia nihil aperte dictum esset, an communiter ex omnibus pignoribus summa pro rata servetur; si quid superesset, ad te. Paulus: facti quaestio est, sed verisimile est id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur.

En dicho fragmento se contempla la venta de una finca urbana sobre la cual recae un arrendamiento, conviniéndose que la distribución de las rentas se efectúe de modo que corresponda la del primer año al vendedor y la de los siguientes al comprador.

Se plantea el problema respecto al destino de la venta de las cosas gravadas por el inquilino de si lo obtenido de la misma pertenecía en primer lugar al vendedor o de si se pagaría a prorrata y de común entre ambos, ya que sólo se pactó que dicho producto perteneciera a ambos. NERVA Y PROCULO consideran que al no decirse nada el producto de la venta correspondería al vendedor y si algo sobraba sería para el comprador. PAULO es de la opinión que es verosímil que se entregue al primero el producto de cualquier pensión por causa del *pignus*, pero que en todo caso es una cuestión de hecho no derecho ya que no hay pacto sobre ello.

En referencia a este texto, MANIGK²¹ considera que Nerva y Próculo conocían ya la formula *si quid superesse*, y por tanto la posibilidad de una prelación de distintos acreedores hipotecarios sobre una misma cosa. De esta manera MANIGK en base a la formula *si quid superesse*, trata de admitir la tesis de la segunda hipoteca sobre la base que el objeto sobre el que recae es el *superfluum*, de tal manera que la segunda hipoteca nace condicionada y recayente sobre el mismo *superfluum*. A pesar de ello concluye que de este texto no cabe inferir que se encuentre aquí una referencia a una segunda hipoteca.

16 MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico", *AHDE*, 29 (1959), p. 237.

17PAULUS, *V Ad Plautium*.

18MANIGK, "Hypotheca", *PW*, (1913), pp. 343 ss.

HERZEN, por su parte estima que de éste texto en realidad no se desprende que se trate de una autentica segunda hipoteca, sino mas bien un pacto entre dos acreedores hipotecarios. Pacto en el que el deudor no toma parte y por tanto no se puede decir que el deudor hipoteque una misma cosa dos veces y ello por cuanto es evidente que una hipoteca puede constituirse por el deudor o por un tercer hipotecante, pero no por el acreedor hipotecario. A mayor abundancia, apunta que tampoco se desprende claramente del texto que las partes haya pactado la formula *si quid superesset*, dado que tales palabras no han sido pronunciadas por los intervinientes²².

En el mismo sentido MIQUEL considera que de D.20.4.13 no puede inferirse la existencia de la segunda hipoteca, entre otras razones porque dados los escasos fragmentos del tiempo de la república que han llegado hasta nosotros, la consideración según la cual la segunda hipoteca apareció antes de lo que indica el texto del Digesto, no es sino una aventurada hipótesis²³.

Creemos que tienen razón. En este texto no se contempla una segunda hipoteca, sino un supuesto de venta que incluye un arrendamiento con un pacto de distribución de las rentas procedentes del mismo. Lógicamente dichas rentas están garantizadas mediante la prenda de los *invecta et illata* del inquilino, pero no se trata de dos garantías sobre una misma cosa sino una sola hipoteca con pacto de distribución del crédito hipotecario entre ambos acreedores.

2) En el caso del D.20.4.14²⁴ el texto dice así:

Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possesor melior sit.

Se trata de dos supuestos; el primero, si un no-dueño constituye en prenda una misma cosa sucesivamente en favor de dos acreedores se daría preferencia al primero. Sin embargo en el segundo, si se tratara de dos no-propietarios los que constituyeran prenda en favor de dos personas distintas, Paulo considera preferente a quien fuera poseedor de la misma.

Tal y como está el texto sería ininteligible sino fuera porque en realidad de lo que trató Paulo fue de un supuesto de venta en el que se utiliza la *exceptio rei venditae et traditae*. Con mayor claridad KOSCHAKER²⁵ propone un paralelismo con D.6.2.9.4²⁶ donde tratándose de un supuesto de doble venta plantea la cuestión del

19HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris 1899, p. 308.

20MIQUEL, op. cit. p. 238.

21 PAULUS, XIV Ad Plautium.

22KOSCHAKER, "Fra. 4.32 D.44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano", IVRA, 4 (1953), pp. 1 ss.

²³ El texto de D.6.2.9.4 (ULPIANUS, Lib. XVI, ad Edictum) dice así:

ejercicio de la acción publiciana dando preferencia a aquel a quien primero se entregó, y si lo fuera a varios el que de ellos posea.

Según MIQUEL²⁷ de este texto tampoco se puede deducir que Plaucio conociera la segunda hipoteca, entre otras razones porque el hipotecante no ha adquirido la propiedad de la cosa hipotecada aparte de plantearse serias dudas sobre la autenticidad del fragmento²⁸.

A la vista de tales argumentos, podemos pensar que ni de D.20.4.13 ni de D.20.4.14 puede inferirse la existencia de la segunda hipoteca. Y de todo ello, se podría inferir la conclusión de la imposibilidad de afirmar que Plaucio o Paulo conocieran la segunda hipoteca, o en todo caso el primero de los juristas citados.

No obstante si que podemos extraer algunas consecuencias: Evidentemente la aparición de la segunda hipoteca habría de ser un proceso gradual, pero el origen podía estar bien en la formula *si quid superesset* o formula pactada de residuo, recayente sobre el *superfluum* admitiendo incluso en una evolución posterior que dicha formula no se hubiera pactado ni siquiera como pura cláusula de estilo. En apoyo de la construcción formularia estaría el hecho que los juristas romanos solo desarrollaron sus planteamientos sobre el juego de las acciones y no sobre teorías abstractas, y según ello lo lógico es pensar en un progresivo desarrollo a través de las formulas procesales²⁹.

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Iulianus libro septimo Digestorum scripsit: ut, siquidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est; quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis; quae sententia vera est.--

Donde se plantea un supuesto de doble venta al ejercicio de la acción Pauliana y ante la alternativa de si a quien en primer lugar le han entregado la cosa o de quien la compró, Juliano considera preferente a quien se le entregó la cosa o si hubo diferentes compradores es de mejor condición del que la posee. Solución ésta que no es muy diferente de la establecida en el art. 1.473 del Código Civil Español.

24²⁷ Según MIQUEL, se trata en realidad de una hipoteca y una prenda. MIQUEL, op. cit. p. 238, nota 42; p. 240.

25²⁸ LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, p. 1194, n. 8.

26²⁹ A igual que ocurriera con el interdicto Salvianum, y la posterior formula Serviana hasta desembocar en una propia acción real *Serviana*, *quasi-Serviana* o *hypothecaria*. D'ORS considera que estas consideraciones presentarían dificultades entre otras, cómo una *actio in rem* parte de una *formula in factum*. D'ORS, "Sobre las pretendidas acciones reales *in factum*, [IV. "La acción hipotecaria]", *IVRA*, 20 (1969), pp. 90 ss. Aunque ya antes había formulado idénticas ideas en *AHDE* 1959, p. 722-727.

Por otra parte, la doctrina tradicional y clásica de DERNBURG³⁰, MANIGK³¹ y otros³², considera que la segunda hipoteca arranca de la afección al *superfluum*³³, aunque sin embargo D'ORS considera que el origen de la segunda hipoteca debe de situarse en la época clásica entroncada en el negocio jurídico de la subrogación³⁴.

A) LA SUBROGACIÓN HIPOTECARIA POR ACREEDOR POSTERIOR.-

Hemos visto como la satisfacción del acreedor antecedente posibilitaba la constitución de una nueva hipoteca lo que era solo admisible si se podía acudir a la subrogación en el puesto dejado vacante por el acreedor precedente.

En momento posterior, la evolución se va orientando en el sentido de ir concediendo cada vez mas derechos a los segundos acreedores, en tanto y en cuanto que los derechos del primer acreedor no sufran menoscabo. Pero a pesar de esta tendencia general de reconocer cada vez mas derechos al segundo acreedor -según MANIGK- éstos no llegaron nunca a ser tan amplios que permitieran reconocer un verdadero *ius distrahendi* en favor del segundo acreedor³⁵. Y según SCHULZ, los juristas romanos nunca consideraron la posibilidad de que el segundo acreedor tuviera derecho a vender la cosa hipotecada³⁶.

27³⁰ DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Recht*, 2, Leipzig 1860-64, p. 480.

2831 MANIGK, "Pignus", *PW*, 20 (1941), p. 1239 ss.

29³² WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*, Basilea, 1955, p. 255; VAN OVEN, *Leerboe van romanisch Privatrecht*, Leiden, 1948, p. 181.

30³³ MIQUEL, op. cit. p. 256.

31³⁴ D'ORS, considera que el derecho al *superfluum*, solo puede aparecer insinuado en la época post-clásica precisamente porque el *pignus* se ha desvinculado de la idea patrimonial, engarzándose conceptualmente en una construcción convencional dentro de los actos negociales retomando la vieja alzada de los juicios de buena fe. D'ORS, "El --*IUS OFFERENDI* de Tertius", *Studi Biondi*, 1 (1965), p. 218.

32³⁵ Al menos esta es la opinión de la doctrina salvo algún autor como BOPP, según el cual el segundo acreedor hipotecario tuvo en Roma el ejercicio del *ius distrahendi*. Opinión que influyo en MANIGK, el cual se planteaba la pregunta de si tiene el acreedor posterior derecho a vender la cosa pignorada (*Hat der nachstehende Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs der Pfandsache ?*). MANIGK, "Hypotheca", *PW*, (1913), pp. 343 ss.

33³⁶ SCHULZ, *Classical Roma Law*, Oxford 1951, p. 423.

Pero es evidente que para que se produjera la subrogación total por parte de un nuevo acreedor hipotecario sería necesario que prestara su consentimiento el propio deudor, ya que en definitiva cuando menos es necesario saber a quién o quiénes queda obligado.

El problema está que en las fuentes solo existen algunos indicios que se refieren a la subrogación del acreedor posterior pero únicamente referentes a la reclamación de la *pecunia oblata*³⁷. Ello sobre la base que el derecho del acreedor no preferente sigue siendo el *ius offerendi*. Esto es, que de lo que se trata es de una *successio in locum* practicada vía utilización del *ius offerendi*³⁸.

No obstante consideramos que hay que tener presente algunas particularidades: La *successio in locum* requiere que el segundo acreedor pague al primero pero ofreciéndole su propio dinero. Si bien y por otra parte, toda *successio in locum* para que produzca la liberación de la hipoteca preferente tiene que basarse, o bien en el pago efectuado al acreedor preferente por otro acreedor de rango inferior no preferente (*ius offerendi*), o bien en la subrogación resultante de una *conventio hypothecaria* en virtud de la cual el primer acreedor cede su crédito hipotecario al acreedor no preferente; cesión a la cual sería ajeno el deudor hipotecario: Esto representaría una *novatio hypothecaria*.

De cualquier forma, en favor del carácter convencional de la subrogación, hay un argumento mas: El de que no se puede obligar al acreedor preferente a aceptar el ofrecimiento del acreedor de rango inferior.

De lo que llevamos expuesto parece abrirse camino la idea de que la segunda hipoteca tiene su desarrollo en la subrogación de los derechos del acreedor preferente por un acreedor posterior. Al menos son numerosos los textos donde aparece la misma idea la cual podemos encontrar en algunas constituciones recogidas en el Codex, así:

En C.8.14.22³⁹:

Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus, et a debitore sortem eiusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras accipere potest.

Aquí el segundo acreedor en virtud del *ius offerendi* se subroga en la posición del primero, confirmando su propio derecho de tal manera que puede cobrar del deudor el capital y los interés del mismo, no así los intereses de los intereses.

34³⁷ Como ocurre en D.20.4.12.8: (*MARCIANUS, lib. Singulari ad formulam hypothecariam*).

3538 Así en el ya comentado D.20.4.12.5 se utiliza el termino *superfluum*, con lo cual se introduce una idea que pudiera recordar a la *obligatio hyperochae*, y que la sustitución es limitada precisamente a la cantidad pagada por *Tertius a Primus*.

36³⁹ *Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS ANTIOCHIANO.*

O en C.8.17(18).1⁴⁰:

Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut, quum obtulisset isque accipere noluisse, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit.

En este segundo supuesto se permite al segundo acreedor confirmar su derecho, bien pagando al primer acreedor, o bien -previo ofrecimiento de pago- si éste no consiente en aceptar, consignándolo sin poder destinarlo a usos propios. Y ello independientemente del necesario margen que supone el *superfluum* en favor del segundo acreedor⁴¹.

De esta forma el segundo acreedor realiza en virtud del *ius offerendi*, una *successio in locum* lo que produce el efecto de una subrogación en el crédito hipotecario primero, tesis que se puede confirmar en otros fragmentos como D.20.5.5.pr -texto de Marciano⁴²- que se refiere al supuesto en el cual un segundo acreedor realiza en virtud del *ius offerendi*, una *successio in locum*- o en D.20.4.3 pr⁴³ donde menciona la figura de

37⁴⁰

Imp. SEVERUS et ANTONIUS.

3841

KASER, *Röm. Privatrecht, I*, Munich 1955 ,p. 391 donde dice: "*Doch kann jeder Nachgläubiger dem Erstgläubiger Erfüllung seiner Forderung anbieten. Er tritt damit -und ebenso bei Annahmeverzug- in seine Stellung ein und erwirbt zwar nicht seine Forderung, aber sein Verkaufsrecht und auch das Recht, sich aus dem Kaufpreis in Höhe und Rang der Erstforderung zu befriedigen*".

Kaser en dicho pasaje reconoce que no obstante cualquier acreedor posterior (*nachgläubiger*) puede ofrecer al primer acreedor (o acreedor preferente) el cumplimiento de su crédito. De este modo ocupa su lugar -a igual que en el caso de *mora accipiendi* también se produce la subrogación-, y si bien no adquiere su crédito, obtiene su derecho a vender y el derecho de subrogarse en el precio de la venta en la cuantía conforme al rango del crédito preferente o primer crédito (*Erstforderung*).

Según D'ORS, aquí KASER no piensa en un derecho al *superfluum* a favor del segundo acreedor (D'ORS, "El IUS OFFERENDI de...", op. cit., p. 215, nota 1).

3942

MARCIANO en D.20.5.5.pr. parece considerar la posibilidad que el segundo acreedor puede proceder a la venta de la cosa, si bien ello en razón de haber realizado previamente un ofrecimiento de pago en favor del primer acreedor, y quedando éste satisfecho.

De tal forma que se produce una *successio in locum* por consecuencia de un previo -*ius offerendi*. El fragmento dice así:

Quum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.

40⁴³

D.20.4.3.pr (PAPINIANUS, *Lib. XI, Responsarum*):

la novación para indicar que se produce una *successio in locum*. Incluso en D.20.4.12.5⁴⁴ parece dar a entender que si el segundo hiciera uso de dicho *ius offerendi*, éste podría reintegrarse en la cuantía de su crédito.

Esto destruiría la tesis de una segunda hipoteca condicionada a la primera, porque en realidad dicha segunda hipoteca no es que estuviera condicionada a la extinción de la primera, sino que antes del ejercicio del *ius offerendi* la segunda hipoteca ya estaba existente con anterioridad y tenía virtualidad en el juego crediticio, lo que ocurre es que se convierte en preferente mediante el ejercicio del *ius offerendi*. Este pacto produciría el efecto que la primera hipoteca desaparecería del horizonte crediticio de manera que no operaría como derecho real de garantía, sino que por efecto de la *novatio* quedaría asumida por el segundo acreedor que hubiera ejercitado el *ius offerendi*. Para ello era preciso como requisito previo que el deudor consienta en constituir una nueva garantía por quedar un resto de valor en la cosa hipotecada, y que el anterior acreedor no pusiera objeciones en contra.

Lo que no es admisible es considerar sin más que la subrogación hipotecaria como efecto del *ius offerendi* es lo que posibilita la segunda hipoteca y que éste es algo propio del derecho post-clásico; por el contrario, es algo que es más bien el producto o resultado de una evolución en la utilización de dicha figura.

B) EL *SUPERFLUUM* Y LA PLURALIDAD HIPOTECARIA.

Volvamos al texto de Gayo recogido en D.20.1.15.2⁴⁵, donde documenta de forma inequívoca el tratamiento del *superfluum*: Recordemos que el tratadista opta por

Creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventionem secundus creditor accepit, novatione postea facta pignora prioribus addidit; superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti.

En este texto aunque PAPIANO utiliza la locución *pignus*, al considerar que un primer acreedor aceptó en garantía cosas que por nuevo convenio habían sido aceptadas por un segundo, menciona la figura de la novación para indicar que se produce una *successio in locum*. Lo interesante es que aclara que si bien la prelación actúa en favor del acreedor primero, se produce la sucesión en su lugar -*in suum locum succedenti*-. Esta opinión fue después reconocida por MARCIANO, en D.20.4.12.5.

41⁴⁴

hypothecariam.

MARCIANUS, *lib. Singularem ad formulam*

42⁴⁵

El fragmento dice así:

Qui res suas iam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati, qui saepius easdem res obligant, praedicere solent, alii nulli ream obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est, aut solidum, quum primo debito liberata res fuerit. De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo, quod excedit, ut sit hypothecae; et solida res inesse conventioni videtur, quum a primo creditore fuerit liberata. An adhuc pars? Sed illud magis est,

LA SEGUNDA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

considerar que el valor de toda la cosa entra en la *conventio* tanto si se convino así por la totalidad, como si se convino solo respecto del excedente de valor.

En realidad, el núcleo central de la interpretación del pasaje no es la ambivalencia de las dos formulas: Una de las cuales dispone la constitución sobre el *superfluum*; otra, según la cual la segunda hipoteca recae sobre la totalidad de la cosa pero que esto solo será así si queda libre de la primera hipoteca. Lo que se ofrece aquí es la cobertura de la garantía al deudor en los dos supuestos posibles: Tanto si el Primer acreedor queda satisfecho, como si no. Esta consideración estilística se trata de una fórmula que es considerada como cláusula de estilo, -esto al menos es la opinión de DERNBURG-, que considera que el problema que plantea Gayo en el fragmento es tanto la cuestión de la condicionalidad de la segunda hipoteca como la afección de la misma al *superfluum*⁴⁶.

Creemos que en principio la segunda hipoteca, solo podía constituirse sobre la base del planteamiento de que el primer acreedor va a tener la seguridad de quedar satisfecho⁴⁷; para que siendo así, el segundo pueda optar a una plena garantía sobre la totalidad de la cosa. De ahí que no es que se trate de dos formulas distintas, sino que la condicionalidad de la segunda hipoteca y la afección de la misma al *superfluum* pertenecen a una única y misma formula.

Por ello creemos que habría que considerar inexacta, la afirmación de la doctrina dominante que la segunda hipoteca surge recayendo sobre el *superfluum*. Esto se podría entender así si interpretamos el texto de Gayo, en el sentido según el cual la segunda hipoteca recae únicamente sobre la parte referida del valor de la cosa, pero además condicionada a la extinción de los derechos del primer acreedor. Lo que ocurre es que de entenderlo así, podría inducirnos a pensar que es absurdo que la hipoteca del *superfluum* se asimile y amplíe a la totalidad de la cosa cuando en puridad, estamos hablando de una garantía que recaería sobre objetos distintos, o bien sobre el margen del valor resultante del *superfluum* o bien sobre la totalidad del valor en cambio de la cosa lo que supone que cuantitativa y valorativamente el objeto hipotecado es en realidad distinto, y de ello resultaría que el texto es ininteligible.

Claro está que ello solo ocurre en el preciso momento en el que el segundo acreedor en vez de esperar a la liberación de la primera garantía, constituye junto al deudor sucesivamente otra segunda antes de quedar resuelta la primera. Esta afirmación se puede avalar con la opinión de MARCIANO recogida en D.20.5.5.pr el cual parece considerar la posibilidad que el segundo acreedor puede proceder a la venta de la cosa,

quod prius diximus.

43⁴⁶

Lo confirma la utilización de la formula:

...praedicere solent, alii nulli ream

obligatam esse, quam... Formula según la cual "la cosa no esta obligada a ningún otro, salvo..", . DERNBURG, op. cit. p. 481.

44⁴⁷

Lo que nos permite suponer que si en un momento existía como cláusula de estilo es porque antes de tal utilización -quizás como resultado de la prohibición de estelionato vigente- había de dejar patente que la cosa no estaba hipotecada a ningún otro para así salvar la validez de la segunda hipoteca, y que si se constituía una nueva hipoteca lo era sobre la base de dejar a salvo los derechos del primer acreedor.

LA SEGUNDA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

si bien ello en razón de haber realizado previamente un ofrecimiento de pago en favor del primer acreedor, y quedando éste satisfecho. De tal forma que se produce una *successio in locum* por consecuencia de un previo *ius offerendi*. Se trata de un argumento similar al exhibido por PAPINIANO en D.20.5.1, que claramente consideraba que el segundo acreedor antes de la satisfacción del primero no tiene derecho a vender la cosa hipotecada. Ahora bien, según MARCIANO si el primer acreedor queda satisfecho nada obstaculiza tal venta⁴⁸.

La conclusión es pues que el segundo acreedor no pudo tener mas que los derechos derivados del *ius offerendi*, salvo naturalmente que se tratara de un acreedor privilegiado⁴⁹.

Este sucesivo juego de acciones y excepciones no podrá dejar indefenso al acreedor de rango preferente, ya que el acreedor de rango preferente siempre podría oponer una *exceptio* contra el acreedor posterior que pretendiera ejercitar la acción hipotecaria⁵⁰.

De todas formas no hay que perder de vista que las deficiencias de un sistema hipotecario poco elaborado dentro del cual no rige un principio de publicidad registral⁵¹,

45⁴⁸ Conclusión similar mantiene en D.20.4.12.9
 MARCIANUS, *ad formulam hypothecariam* .:

*Si tertius creditor pignora sua
 distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori succedat,
 successurum eum Papinianus libro undecimo Responsorum scripsit; et omnino
 secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori, et loco eius succedat.*

Donde trata de un supuesto tercer acreedor el cual al pagar al primero su deuda, de tal forma que le sucede en su lugar. En este caso el jurista acompaña su opinión con la de Papiniano: El segundo acreedor no tiene ningún otro derecho que pagar al primero y sucederle en su lugar.

46⁴⁹ La existencia de créditos preferentes a favor del fisco o de otros inmersos en un régimen especial rompería esta afirmación general. Así ocurre con D.49.14.22 donde contempla una hipoteca en favor del fisco, o en C.5.13.1 en favor de la mujer sobre el patrimonio del marido en garantía de la devolución de la dote.

47⁵⁰ Así lo confirma el propio Marciano en D.20.4.12 pr:
*Creditor, qui prior hypothecam
 accepit sive possideat eam, et alius --vindicet hypothecaria actione, exceptio priori
 utilis est; "si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata".*

En este fragmento aparece reflejado cómo el acreedor con primera hipoteca, si otro acreedor posterior ejercitara la acción hipotecaria tiene como primero la excepción útil "si la cosa no se me hubiera obligado antes en prenda o a título de hipoteca".

48⁵¹ De ahí la necesidad de la *interpellatio*, la cual ciertamente no es un sustitutivo de la publicidad registral sino advertencia de un acreedor al deudor antes de proceder a la venta, con todos los inconvenientes de las

como el nuestro actual que garantice la certeza de las garantías y en el cual las ejecuciones hipotecarias muy comúnmente se practicaban en el seno de ejecuciones generales, producto sin duda del hecho que los juristas romanos en los casos recogidos y aún en otros⁵², solo desarrollaron sus planteamientos sobre el juego de la acciones y no sobre teorías abstractas, por ello lo lógico es pensar en un progresivo desarrollo de las formulas procesales, como ocurriera con el interdicto *Salvianum*, y la posterior formula *Serviana* -en tiempos sin edicto propio-, hasta desembocar en una propia acción real *Serviana*, *quasi-Serviana* o *hypothecaria*⁵³.

C) EL *IUS OFFERENDI* Y LA SEGUNDA HIPOTECA.-

De lo que llevamos expuesto parece confirmarse la idea de que la segunda hipoteca tiene su raíz en una evolución en virtud de la cual en un primer momento ésta aparece gracias a la sujeción de la hipoteca del segundo acreedor a la previa extinción de la primera hipoteca, siendo necesario la extinción del derecho del primer acreedor para la efectividad de una segunda hipoteca.

Y en un momento posterior, es necesario el acuerdo previo que permitiera la subrogación hipotecaria por el segundo acreedor de manera que la cláusula de afección al *superfluum* podría ser -además de una derivación de una practica helenística y por ello no propia de un derecho romano clásico- una cláusula que surge como cláusula de estilo dando por supuesto que la segunda hipoteca existe tanto si la cosa queda libre de la primera -de ahí su extensión a la totalidad de la cosa- como en todo caso sobre el *superfluum* si no fuera así. Esto que aparentemente supondría la subrogación en los derechos del acreedor preferente o primero del acreedor posterior, posibilitaría el juego simultaneo de la propia constitución de una segunda hipoteca gravitando junto a otra hipoteca anterior sobre el *superfluum* o resto de valor en cambio de la cosa. Es la idea

comunicaciones privadas.

49⁵² D.20.4.12 pr (*MARCIANUS, Lib. singulari ad formulam hypothecariam*):

Creditor, qui prior hypothecam accepit sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est...

o en D.44.2.19 (*Marcellus Lib. XIX Digestorum*):
Duobus diversis temporibus eandem rem pignori dedit, egit posterior cum priore pignoratitia, et obtinuit, mox ille agere simili actione instituit...

D.20.5.1 (*Papinianus Lib. XXVI Quaestionum*):
Creditor, qui preadia pignori accepit ...

50⁵³ D'ORS considera que estas consideraciones presentarían algunas dificultades, entre otras cómo una *actio in rem* parte de una *formula in factum*. (D'ORS, "Sobre las pretendidas acciones reales *in factum*", [IV. "La acción hipotecaria]", *IVRA*, 20 (1969), pp. 90 ss. Aunque ya antes había formulado idénticas ideas en *AHDE* 1959, p. 722-727.

que parecen suponer los textos analizados (C.8.14.22, o C.8.17(18).1.) y aún en otros como D.20.4.12.6.

Pero analicemos ahora el mecanismo del ofrecimiento de pago por el acreedor no preferente que posibilita esta subrogación en los derechos hipotecarios. Para ello de nuevo debemos de recurrir a las fuentes para comprobar este último extremo.

La posibilidad de una *novatio* hipotecaria que sustituya a la anterior garantía de modo que resulte una *successio in locum*, ya era conocida por PAPINIANO como podemos comprobar en D.20.4.3 pr⁵⁴:

Creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta pignora prioribus addidit; superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti.

En este texto en el que PAPINIANO utiliza la locución *pignus*, considera que un primer acreedor aceptó en garantía cosas que por nuevo convenio habían sido aceptadas por un segundo, pero menciona la figura de la novación para indicar que se produce una *successio in locum*. Lo interesante es que aclara que si bien la prelación actúa en favor del acreedor primero, se produce la sucesión en su lugar *-in suum locum succedenti-*.

Evidentemente no podría ser posible la *successio* si antes el primer acreedor no fuera satisfecho. Por ello esta línea de argumentación necesita del *ius offerendi* para que su construcción sea posible. Para ello debemos de poner el fragmento en relación con el texto de MARCIANO de D.20.4.12.5⁵⁵:

Papinianus libro undecimo respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere; sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam quam postea creditit, et quod superfluum ex anteriore crédito accepit, hoc secundo restituat.

Fragmento donde retoma la idea papiniana según la cual el acreedor si se produce una novación posterior por volver a utilizar las mismas cosas para otras garantías permanece en la misma posición de primer acreedor pudiendo vender llegado el caso la cosa para retirar el importe correspondiente a su cuantía. Pero en el caso que el segundo acreedor no hiciera uso del ofrecimiento, puede vender el primero para hacerse pago por la primera cantidad entregada y en lo que recibiera de mas, lo restituirá al segundo. Pero además parece insinuar que si el segundo hiciera uso del *ius offerendi*, éste podría reintegrarse en la cuantía de su crédito.

Con ello se sugiere la idea de liberación del primer acreedor y la confirmación de los derechos de segundos o ulteriores acreedores por vía de la *novatio*.

51⁵⁴ PAPINIANUS, Lib. XI, Responsarum.

52⁵⁵ MARCIANUS, lib. Singularem ad formulam hypothecariam.

En otros fragmentos también se recoge la idea de la subrogación como mecanismo de entrada del segundo acreedor en la confirmación de sus derechos, como ocurre en D.20.4.21 pr ⁵⁶.

Esto es lo que permite pensar a D'ORS⁵⁷ que el origen de la segunda hipoteca debe de situarse en la época clásica entroncado en el negocio jurídico de subrogación en contra de la tesis tradicional y clásica de DERNBURG⁵⁸, MANIGK⁵⁹ y otros⁶⁰, que consideran que la segunda hipoteca arranca de la afección al *superfluum*⁶¹. En realidad, D'ORS, considera que el derecho al *superfluum*, solo puede aparecer insinuado en la época post-clásica precisamente porque el *pignus* se ha desvinculado de la idea patrimonial, engarzándose conceptualmente en una construcción convencional dentro de los actos negociales retomando la vieja alzada de los juicios de buena fe⁶². Quizás sea

53⁵⁶SCAEVOLA, *lib. XXVII Digestorum*:

Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit; quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur ?. Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda.

Este pasaje es interesante por cuanto que plantea un problema de concurrencia de preferencias entre créditos privilegiados y preferentes Fisco-tutela, a igual que en otros textos, como en D.20.3.3, o en el caso recogido en D.20.4.12.8.

54⁵⁷

D'ORS, "El IUS OFFERENDI de...", op. cit., p. 218.

55⁵⁸

DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Recht*, 2, Leipzig 1860-64, p. 480.

56⁵⁹MANIGK, "Pignus", *RE*, 20 (1941), p. 1239 ss.57⁶⁰

WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*, (3ª Ed.), Basilea, 1955, p. 255.

VAN OVEN, *Leerboek van Romeinsch Privatrecht*, Leiden, 1948, p. 181.

58⁶¹

MIQUEL, op. cit. p. 256.

59⁶²

Por ello considera que no es posible -y ello es lógico- en el *pignus* una *actio in ius*, ni siquiera una *actio ex fide bona*, sino una nueva configuración procesal similar a una *actio pigneraticia directa utilis*, la cual es reconocida en favor de *Secundus* para reclamar a *Tertius* como subrogado en el lugar de *Primus* en el sobrante de la *pecunia oblata*. D'ORS, "Actio pigneraticia contraria", *SDHI* 1953, p. 179, nota 10. Idem. D'ORS, "El IUS OFFERENDI de...", op. cit. p. 218, nota 14.

interesante destacar cómo en el Derecho Griego no se planteaban especiales problemas para la configuración de la hipoteca como un gravamen que recayera sobre las *hyperochae*⁶³, cuando del segundo acreedor se trata⁶⁴. Según esta mentalidad⁶⁵ no es inconcebible la configuración de una hipoteca que recayera sobre el *superfluum* como modalidad de la clausula *si superavit*⁶⁶.

Así en el ya comentado D.20.4.12.5⁶⁷ se utiliza el término *superfluum*⁶⁸, pero D'ORS justifica la imposibilidad del derecho al *superfluum* en la época clásica por la propia limitación procesal de las acciones que se reconocen al acreedor hipotecario⁶⁹. El derecho del acreedor no preferente sigue siendo el *ius offerendi*, por ello hemos de considerar que la subrogación del acreedor no preferente para que alcance al pago de la totalidad requiere de una sustitución procesal completa, lo que conllevaría la pérdida del *ius vendendi* por el acreedor subrogante y correlativamente su posibilidad de ejercerlo por el acreedor subrogado.

De ahí que si llega a la situación de tener que permitir que se venda la cosa pignorada para que sea pagado al primero su dinero, el segundo acreedor que le sigue en el rango no tendría más posibilidad que anticipar el pago al primero y sucederle en su lugar. Subrogación que podría efectuar un tercer acreedor o cualquier otro no preferente.

MARCIANO en D.20.4.12.9, establece esta misma solución al decir:

Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori succedat, successorum eum -Papinianus libro undecimo

⁶⁰ En D.20.4.20 se alude al término *hyperochae*. Pero debemos de llamar la atención sobre el riesgo de sacar consecuencias precisamente del hecho de ser el único texto del Digesto donde se emplea dicha palabra.

⁶¹ BISCARDI, "Le regime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain", *JJP*, 19 (1983), pp. 41 ss.

⁶² En esa línea de pensamiento, BISCARDI considera que una vez constituida la segunda hipoteca sobre la *hyperochae* no es necesaria una nueva convención para conseguir que la cosa garantice por entero a la segunda hipoteca, si bien una vez extinguida la primera. De ahí la idea de que las hipotecas sucesivas están siempre condicionadas a la -extinción de las precedentes. BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria...", op. cit., p. 76.

⁶³ D.20.4.12.5; D.46.3.96.3; D.22.2.6; D.49.14.22.1, por ejemplo.-

⁶⁴ MARCIANUS, *lib. Singulari ad formulam hypothecariam*.

⁶⁵ ... *et quod superfluum ex anteriore crédito accepit, hoc secundo restituat.*

⁶⁶ D'ORS, "El IUS OFFERENDI de...", op. cit., p. 219.

Responsorum scripsit-; et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori, et loco eius succedat.

Vemos pues que aquí de lo que se trata es de una *successio in locum* practicada vía utilización del *ius offerendi*: Un tercer acreedor hipotecario autoriza al deudor para vender la cosa como medio de pagar la primera hipoteca al acreedor preferente; lo que ocurre es que el tercer acreedor se subroga en la posición del primero, puesto que se había convenido que pasara a ser primero por el pago realizado al acreedor primero, avanzando en rango y sucediéndole en el lugar del que hasta ese momento era el acreedor preferente.

Aunque tradicionalmente se ha incluido el presente supuesto dentro de los casos de *ius offerendi-successio in locum*, consideramos que hay que tener presente algunas particularidades que lo separan de dichas instituciones:

Por lo pronto, la *successio in locum* requiere que el segundo acreedor pague al primero pero ofreciéndole su propio dinero. Tal cosa no ocurre aquí: El deudor vende la cosa y paga con dinero de la venta y puesto que vende lo que es suyo, no paga ni con dinero del subrogante ni del subrogado.

Por otra parte, este supuesto tradicionalmente se incluía entre los casos de *successio in locum* por préstamo⁷⁰, pero observamos que aquí no hay mutuo, ni del acreedor segundo en favor del primero, ni en favor del deudor puesto que la liberación del deudor respecto a éste no es por la intervención del subrogado sino producto de la venta y consiguiente pago por éste.

Según D'ORS, toda *successio in locum* para que produzca la liberación de la hipoteca tiene que basarse, bien en el ofrecimiento de pago efectuado al acreedor preferente por otro acreedor de rango inferior (*ius offerendi*), o bien en la subrogación resultante de un convenio hipotecario efectuado por acreedor de posterior rango con otro preferente pero que accede a la prioridad por medio de la *oblatio pecuniae*⁷¹.

Pero tal cosa no ocurre aquí. No hay pago directo ni tampoco se da la subrogación, aunque del fragmento parece inducirse el mismo resultado: *...et loco eius succedat.*

Quizás la explicación esté en considerar que estamos ante una glosa en la cual la desvirtuación se produzca por pensar que los efectos parecidos -que se producen en términos de ejercicio procesal- habían de ser también equivalentes en cuanto a las figuras jurídicas. Pero en realidad no se trata de una verdadera subrogación hipotecaria⁷², puesto que si forzáramos la interpretación hasta límites sospechosos -

⁶⁷⁷⁰ D'ORS, "El IUS OFFERENDI de...", op. cit., p. 220.

⁶⁸⁷¹ como ocurre en D.20.4.12.8: (*MARCIANUS, lib. Singulari ad formulam hypothecariam*).

⁶⁹⁷² D'ORS, op. cit. p. 220, nota 21.

léase la pretendida calificación de "hipoteca de propietario" por la dogmática germánica⁷³- el caso de compra del crédito hipotecario por el propio deudor.

Aunque quizás antes de hablar de una autentica "hipoteca de propietario" tendríamos que pensar que el precio del fundo es una cosa, y otra distinta el crédito procedente de una deuda anterior y que estaba garantizado mediante hipoteca sobre el fundo⁷⁴.

De todas formas no hay que perder de vista que las deficiencias de un sistema hipotecario poco elaborado dentro del cual no rige un principio de publicidad registral y donde deja al acuerdo deudor-acredor la publicidad de la existencia de vinculos hipotecarios anteriores que recaigan sobre la cosa. Ello impone que todo deudor que quiera destinar una cosa ya previamente hipotecada a la constitución de una nueva garantía debe de realizar la advertencia correspondiente de la existencia del vinculo anterior al nuevo acreedor para que la cosa quede obligada⁷⁵. Un acreedor dificilmente

⁷⁰⁷³ La llamada "hipoteca de propietario" o *Eigentümerhypothek* conforme al art. 1.163 del BGB, se puede entender de dos formas. O bien la que inicialmente se crea o constituye e inscribe a nombre del dueño de la cosa hipotecada o bien la que inscrita al principio a favor de un tercero queda, al ser pagado éste a disposición del dueño de la finca... En este último caso, vemos como difiere diametralmente del caso presente aparte de la imposibilidad --manifiesta de encajar un tipo similar entre la hipoteca romana. CHICO Y ORTIZ, *Estudios de derecho hipotecario* 2, Madrid 1989, pp. 1.457 ss.

⁷¹⁷⁴ En las fuentes hay un caso de compra de cosa hipotecada al deudor por el propio acreedor hipotecario preferente que se recoge en D.20.4.17:

Eum , qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, catenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

Texto en el cual se contempla la compra efectuada por un acreedor a un deudor de un predio obligado en favor del mismo acreedor, considerando Paulo que ha de ser amparado pero solo en cuanto a la parte del precio llegó a poder de primer acreedor, con lo cual se daría la circunstancia de ser el acreedor dueño de la cosa por compra y acreedor por la parte del precio que cubra la garantía a su favor. De tal forma que el comprador se convierte en propietario y expuesto a la acción hipotecaria de otro acreedor preferente si lo hubiera, pero que en tal caso el juez deduciría lo pagado por el nuevo propietario. Para ello es preciso considerarlo desde el punto de vista del ejercicio judicial de su defensa (---*tuendum est*) y no de una autentica subrogación hipotecaria.

⁷²⁷⁵ De ahí la necesidad de la *interpellatio*, la cual ciertamente no es un sustitutivo de la publicidad registral sino advertencia de un acreedor al deudor antes de proceder a la venta, con todos los inconvenientes de las comunicaciones privadas, lo que parece dejar al acuerdo deudor-nuevo acreedor la publicidad de la existencia de vínculos hipotecarios anteriores que recaigan sobre la cosa. De ahí que todo deudor que quiera destinar una cosa ya previamente hipotecada a la constitución de

podía instar a la venta de la cosa -sea hipotecada o no- si antes no acredita que el deudor ha incurrido en *mora*. Y que no siempre las intenciones de un primer acreedor trascienden al resto de los acreedores hipotecarios debido sobre todo a las propias deficiencias del sistema en si. Y ello a pesar de que el mero hecho de ocultar hipotecas anteriores hiciera incurrir al deudor en responsabilidad.

Un acreedor preferente lo que intentaría es ejercitar su *ius vendendi* para reintegrarse de su derecho de crédito -perjudique o no al deudor o al resto de los acreedores-. Éstos ante el posible abuso de dicho acreedor preferente podrían intentar retrasar la venta para obtener un precio mas alto, o en todo caso evitar que el acreedor impaciente dé al traste con las expectativas de los demás implicados. Para ello precisamente pueden utilizar el mecanismo del *ius offerendi* mediante el cual la segunda hipoteca no es que esté condicionada a la extinción de la primera, sino que en realidad a través del *ius offerendi*⁷⁶, la segunda hipoteca ya existente se convierte en preferente mediante dicho ejercicio. Tal vez sea éste el sentido de la expresión *confirmare pignus*⁷⁷ que utilizan diversos pasajes en el sentido de aludir a una convalidación por adquisición subsiguiente de la disponibilidad de la cosa hipotecada⁷⁸.

una nueva garantía, debe de realizar la advertencia correspondiente de la existencia del vínculo anterior al nuevo acreedor para que la cosa quede obligada.--

73⁷⁶ De ahí que D'ORS, llega a decir que "el *ius offerendi* es el contenido actual de la segunda hipoteca", justificándola como una *regula* que trata de evitar fraudes en perjuicio de acreedores no preferentes. Baste para ello pensar en una venta anticipada por el acreedor preferente con el acuerdo del deudor, en la que ambos pueden involucrar en un descalabro patrimonial a los acreedores secundarios. D'ORS, "El IUS OFFERENDI de...", op. cit., p. 222.

74⁷⁷ Sobre los diferentes matices de la expresión *confirmare pignus* véase C.8.17.1, y C.8.17.5, D.49.15.12.12. -- En la doctrina, WINDSCHEID (*Pandekten*, I..., op. cit., p.704), en el sentido de aludir a una convalidación por adquisición subsiguiente de la disponibilidad de la cosa hipotecada. Así mismo TONDO, --*Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano 1959, p. 218.

75⁷⁸ Tanto del Digesto (D.49.15.12.12), como del Codex (así en C.8.17.1; C.8.17.5; C.8.13.22).

I.c.- CONCLUSIONES.-

¿Que conclusiones podemos sacar de lo dicho hasta ahora?.

1) Por una parte, la idea claramente contrastada que la segunda hipoteca nace vía de la sujeción de la hipoteca del segundo acreedor a la previa extinción de la primera hipoteca. Es decir que en principio era necesario la extinción del derecho del primer acreedor para la efectividad de una segunda hipoteca.

2) En un momento posterior, es necesario el acuerdo previo que permita la subrogación hipotecaria por el segundo acreedor de manera que la cláusula de afección al *superfluum* podría ser -además de una derivación de una practica helenística y por ello no propia de un derecho romano clásico- una cláusula que surge como cláusula de estilo dando por supuesto que la segunda hipoteca existe tanto si la cosa queda libre de la primera -de ahí su extensión a la totalidad de la cosa- como en todo caso sobre el *superfluum* si no fuera así.

3) Finalmente el *ius offerendi* como derecho reconocido al segundo acreedor es el medio que permite llevar a cabo una subrogación en los derechos del acreedor primero y la convalidación de sus derechos como nuevo acreedor preferente.

LUIS MARIANO ROBLES VELASCO

Prof. Asociado de Derecho Romano

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DE GRANADA

II.- BIBLIOGRAFÍA.-

- ARIAS RAMOS, "La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana", *RDP*, 313 (1943).
- BISCARDI, "Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain", *JJP*, 19 (1983), (reimp. y trad. Barcelona 1987).
- BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Padua 1931 (reimp. Milan 1976).
- CARCATERRA, "Il pegno delle cose future (fructus e partiis)", *Annali Bari*, 3 (1940).
- CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, Madrid 1989.
- D'ORS, "El *IUS OFFERENDI* de Tertius", *Studi Biondi*, 1 (1965), p. 215 ss.
- D'ORS, "Sobre las pretendidas acciones reales *in factum*, [IV. "La acción hipotecaria]", *IVRA*, 20 (1969), pp. 90 ss.
- KOSCHAKER, "Fra. 4.32 D.44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano", *IVRA*, 4 (1953), pp. 1 ss.
- MANIGK, "Hypotheca", *PW*, (1913), pp. 343 ss.
- MANIGK, "Pignus", *PW*, 20 (1941), p. 1239 ss.
- MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el derecho romano clásico*, Bilbao 1986.
- MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico", *AHDE*, 29 (1959), p. 237 ss.
- MORO SERRANO, "Las formas de garantía real en Roma", *RCDI*, 65 (1989), pp. 715-736.
- MURGA GENER, "Una aparente contradicción entre Juliano y Gayo-Paulo sobre el rango hipotecario", *Estudios Iglesias*, II Madrid 1988, pp. 859-873.
- MURGA GENER, "Quid de Erote? Un conflicto en el rango hipotecario (Africano, 8 Quaest. D.20.40.9 pr), *IVRA*, 37 (1986), pp. 28 ss.
- PAOLI, "Sul diritto pignoratizio attico", *ASDGR*, Milano 1976.
- RASCÓN, *Pignus y custodia en el Derecho Romano clásico*, Oviedo 1976.
- VOLTERRA, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano*, Roma, 1930.

III.- ÍNDICE DE FUENTES.-**DIGESTO.-**

- D.6.2.9.4 p. 33, nt.26.
 D.13.7.2 p. 12 nt. 13; p. 14.
 D.20.4.3 pr p. 31 nt. 43; p. 41 nt. 54.
 D.20.4.12 pr p.38 nt. 52.
 D.20.4.12.5 p. 35 nt. 44; 42 nt. 55; 45 nt. 63.
 D.20.4.12.6 p. 40.
 D.20.4.12.9 p. 47.
 D.20.4.13 p. 18 nt. 20; p. 21; p. 24.
 D.20.4.14 p. 18; 22 nt. 24; 24.
 D.20.4.17 nt. 74 p. 50.
 D.20.4.20 nt. 63 p. 45.
 D.20.4.21 pr p. 45 nt. 56.
 D.20.5.1 p. 38 nt. 52.
 D.20.5.5 pr p. 31 nt.42; p. 36.
 D.20.6.9.1 p.10.
 D.35.1.54 pr nt. 18 p. 16.
 D.36.2.22 pr nt.18 p. 16.
 D.44.2.19 p. 38 nt.52.
 D.45.1.8 p. 16 nt. 18.
 D.46.3.96.3 p. 45 nt. 65.
 D.47.20.4 nt. 12 p. 10.
 D.49.14.22 nt. 49 p. 37.
 D.49.14.22.1 nt. 65 p. 45.
 D.49.15.12.12 p. 53 nt. 77; p. 53 nt. 78

CODEX IUSTINIANUS

- C.5.13.1 nt. 49 p. 37.
 C.8.13.22 nt. 77 p. 53; p. 53.
 C.8.14.22 nt.39 p. 29.
 C.8.17.1 nt. 77; nt. 78 p. 53.
 C.8.17.5 nt. 78; 77 p.53.
 C.8.17(18).1 nt. 40 p. 29;p. 40.
 C.8.18.1 pr p. 14.
 C.8.19.1 pr nt. 15 p. 13.