

**“INSTRUMENTA, NOTARIUS Y PUBLICIDAD.  
LA FORMA DOCUMENTAL HIPOTECARIA EN EL DERECHO POST-  
CLÁSICO Y JUSTINIANO”.**

**Artículo**“*INSTRUMENTA, NOTARIUS Y PUBLICIDAD; SU RELACIÓN CON LA HIPOTECA EN EL DERECHO POST-CLÁSICO Y JUSTINIANO*”

**Revista:** Revista Crítica de Derecho inmobiliario (RCDI)

**Volumen:** núm. 673 (LXXVIII) Páginas (desde hasta); 1885 – 1902 PUBLICADO EN Revista Crítica de Derecho inmobiliario (RCDI) Septiembre/Octubre 2.002, DEL COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

**BREVE RESUMEN DE LA APORTACION.**

*Aportación 5: En este artículo se ocupa, no solo del examen de los distintos tipos de documentos utilizados en la práctica negocial ponderando la importancia de la forma documental, sino que también se ocupa del examen de los distintos funcionarios encargados de su redacción, de sus efectos sobre la publicidad de las garantías reales, y de cómo llegado el momento se reconoce la concesión de determinados privilegios y preferencias en sede de la concurrencia de créditos.*

**INDICIOS DE CALIDAD DE LAS APORTACIONES**

**Aportación 5. Nivel de calidad de la revista según UCUA, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nivel de calidad, 3. MAXIMA VALORACION, 4**

Prof. Dr. D. LUIS MARIANO ROBLES VELASCO.  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE GRANADA

**SUMMARIUM**

1.- INSTRUMENTA Y NOTARIUS

1.1.- Sus clases y valor probatorio.

2.- LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PÚBLICO Y SUS EFECTOS COMO HIPOTECA PRIVILEGIADA.

3.- LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PRIVADO Y SUS EFECTOS.

3.1.- La asimilación de sus efectos a la hipoteca constituida en documento público.

4.- LA CUESTIÓN DE LA CARENCIA DE UNA ADECUADA PUBLICIDAD.

**“INSTRUMENTA, NOTARIUS Y PUBLICIDAD.  
LA FORMA DOCUMENTAL HIPOTECARIA EN EL DERECHO POST-  
CLÁSICO Y JUSTINIANO”.**

**Prof. Dr. D. LUIS MARIANO ROBLES VELASCO**

Antes de entrar a analizar la formalización documental de la hipoteca en el derecho post-clásico y justiniano, se impone el estudio del origen de las distintas clases de instrumenta, así como el tratamiento de la desigual eficacia de su fuerza probatoria, lo que nos obligaría a distinguir no solo entre las diversas clases de documentos, sino además, diferenciar entre los distintos encargados de su redacción.

**1.- INSTRUMENTA Y NOTARIUS.**

Con el nombre de *instrumenta publice confecta* se hacía referencia a los documentos confeccionados en el forum, esto es, públicamente, y no a la intervención de autoridad pública o concesión de pública autoridad por el ordenamiento jurídico<sup>1</sup>. Pero es a fines de la república<sup>2</sup> cuando adquiere importancia la escritura apareciendo a partir de ese momento las categorías de *notarii*<sup>3</sup>, *librarii*, *actuarii*, *amanuenses*, *exceptores*, etc...<sup>4</sup>

Dentro de estos *notarius* o redactores considerados pues como meros taquígrafos, y que por tanto no son equivalentes exactamente a lo que entendemos hoy por notario, si que parece evidente que terminológicamente los fedatarios actuales derivan del nombre de aquellos.

---

<sup>1</sup>FERNANDEZ DE BUJÁN, A., Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano, Madrid 1.986, p. 84, n. 321.

<sup>2</sup>El termino notario aparece mencionado por primera vez por Séneca, en *Apocolocyntosis* 9.2. Estos *notarius*, en realidad cumplían una mera función de taquígrafos sirviéndose para ello de ciertas notas, abreviaturas o signos convencionales para escribir con mayor rapidez, según MARTÍNEZ SARRIÓN, "El notario en la Baja romanidad", AAMN, XXII, I, p. 28 ss.

<sup>3</sup>No obstante, algunos autores consideran que es durante el imperio Bizantino cuando comienza a utilizarse en la práctica el término *notarius*, por más que como se apuntaba en nota anterior, dicho término es mucho más antiguo. Véase en tal sentido el magnifico trabajo de FONT BOIX, SIMO SANTONJA, MARTÍNEZ RADIO, MADRIDEJOS SARASOLA, SISTEMAS JURÍDICOS Y DOCUMENTO. La forma escrita en las legislaciones latinas, socialistas y anglosajonas, JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES, Valencia 1.982, pp. 239 ss.

<sup>4</sup>FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano..., op. cit., p. 85, n. 328.

Una función más similar a la de los notarios actuales la cumplían en Roma los *tabelliones*<sup>5</sup>, debido a su intervención en el contenido documental como profesional con conocimientos jurídicos<sup>6</sup>. Un supuesto de este tipo lo encontramos en la Nov. 447 (De los notarios y de los que dejen protocolos en los instrumentos) donde el *tabellius* o *notarius* aparece como asesor con una función similar a la hoy mantiene. Parte el supuesto de un documento que había sido redactado por un notario y su escribiente (*tabellione et tabulario*), conteniendo firma de la mujer -a pesar que según ella no sabía escribir- y de los testigos. Ante las dificultades para indagar la verdadera voluntad de la mujer, ya que ésta no reconoce lo dicho en el contenido como propio, Justiniano impone a los notarios (*tabellionum*) que formalicen el documento por sí, y que estén presentes hasta que se acabe y se ponga la conclusión (*completio chartae*)<sup>8</sup>.

Llegado este punto resulta interesante destacar las diferencias entre los *tabelliones* y los *tabularii*, debido a que en el Derecho Justiniano las funciones de los *tabularii* y de los *tabelliones* se confunden de tal manera que así, por ejemplo, el *tabellio* de Constantinopla recibe el nombre de *tabularius*<sup>9</sup>. Sin embargo se pueden apreciar ciertas diferencias entre ambos.

En primer lugar, en relación a los *tabelliones*, fué en la época imperial hacia el Siglo III, cuando se desarrolla un tipo de escriba profesional denominado *tabellius*, dedicado a la formalización documental de los negocios jurídicos de particulares, y si bien aunque con un desarrollo separado también existieron *tabelliones* tanto en Oriente como en Occidente. Estos *tabelliones* eran profesionales libres que redactaban documentos<sup>10</sup> en

---

<sup>5</sup>FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano, op. cit., p. 86, n. 331.

<sup>6</sup>De ahí que se ha llegado a decir que “la forma notarial latina es una forma asesorada donde el *tabellius* o *notarius* aparece como un profesional con conocimientos jurídicos, habiéndolo perdido totalmente el carácter de profesional jurídico -en cambio- [por] el *notary public* norteamericano. FONT -BOIX, SIMO SANTONJA, MARTÍNEZ RADIO, MADRIDEJOS SARASOLA, La forma escrita en las legislaciones latinas..., op.cit., p. 35, n. 29.

<sup>7</sup>Nov. 44, (Const. Imp .IUSTINIANUS, De *tabellionibus et ut protocolla dimittant in chartis*. Ann. 537) El texto en su versión latina comienza así:

*Litem paulo ante audivimus praesenti legi praebentem occasionem. Ex persona quidem mulieris - cuiusdam -ferebatur documentum -litteras quidem eius non habens (erat enim harum ignara) completum autem a tabellione et tabulario subscriptionem habens eius et testium ostendens praesentiam. Deinde dum quaedam dubitatio super eo fieret muliere dicente non esse a se delegata quae charta loquebatur qui litem audiebat quaerebat a tabellione cognoscere negotii veritatem denique tabellionem deduxit...*

<sup>8</sup>Son más las novedades de la Nov. 44, pues en su Cap. II, establece una serie de recomendaciones a los *tabelliones*, como que no escriban los documentos en hoja en blanco (*non in alia charta pura scribant documenta...*) sino en el que tengan desde el principio (*protocollum*), que consignen fecha, así como la obligación de mantener unido el protocolo.

<sup>9</sup>BONO, Historia del Derecho Notarial Español, I, Madrid 1.979, p.56.

<sup>10</sup>Según GARCÍA GARRIDO, para que los documentos redactados por los *tabelliones* constituyan una prueba plena han de ser confirmados por éstos bajo juramento. GARCÍA GARRIDO, Derecho Romano Privado. Casos, acciones instituciones, MADRID 1.997, p. 322, n. 2.

los que se reflejaban distintas actuaciones de *iurisdictio* voluntaria<sup>11</sup>. Reconocidos, como acabamos de ver, en la Nov. 44 como *scritores* profesionales que tenían su actuación en lugares fijos (*stationes*) para el ejercicio de su cometido tal como era la redacción de documentos, contratos y testamentos, así como instancias o declaraciones testificales destinados a los tribunales<sup>12</sup>. Los *Tabelliones* podían realizar su actividad mediante dependientes (*scritores* o *tabularius*) con despacho permanente (*statio*) por el que pagaban ganancias (*lucra*) pero no renta, lo que hace suponer que los despachos de los *tabelliones* eran objeto de tráfico privado no teniendo la consideración de funcionarios públicos y en conclusión no gozaban del *ius actorum conficiendorum*<sup>13</sup>, ni podían impartir la fe pública (*publica fides*). Su labor era de rango jurídico menor participando *del scribere*<sup>14</sup> de los juristas prácticos post-clásicos y asumiendo el carácter de asesores en Derecho. El ejercicio de su oficio debía de ser personal y efectivo, ya que en caso de enfermedad u por otra causa u ocupación, las partes podían formalizar por sí el asunto (*per se causam complere*). Eran responsables por su intervención en los negocios prohibidos o contrarios a la ley<sup>15</sup> y en los testamentos en los que no se cumpliera con las prescripciones legales<sup>16</sup>.

Aunque centraban su actividad en materia judicial, no obstante, su actuación no estuvo exenta de limitaciones por cuanto que en ocasiones, los *praesides* de las provincias solían prohibir no solo a los juristas, prácticos y abogados, sino también a los *tabelliones* y escribientes (*pragmatici*) la asistencia a los tribunales (*foro interdicere*), bien la formalización de documentos (*instrumentum formare*), bien la redacción de instancias (*libello concipere*) o bien la consignación escrita de declaraciones testificales (*testationes*

---

11 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano, op. cit. p. 84, n. 323. Véase, D'ORS, A., "Documentos y notarios en el Derecho romano post-clásico", Centenario de la Ley del Notariado, I, p. 89.

12 BONO, Historia del Derecho Notarial..., Op. cit, p. 46.

13 El *ius actorum conficiendorum* era la facultad de formalizar y autorizar expedientes en las actuaciones y procedimientos que tenían lugar ante ciertas autoridades. Correspondía a los gobernadores de las provincias (*rectores provinciae*), magistrados municipales (*principales curiae*), al defensor civitatis, a magistrados superiores como el *magister census*, y a los obispos. Las copias --expedidas gozaban de la --pública *fides* teniendo valor probatorio ante cualquier organismo del Estado o tribunales. BONO, Historia del Derecho Notarial..., op. Cit, p. 53.

14 El documento del *tabellio* no tenía *fides publica*, cosa que estaba reservada a los actos escriturados in *actis* de quienes estaban dotados del *ius actorum conficiendorum*, aunque no obstante, tuvo una gran significación sirviendo de prueba plena en los tribunales en aquellos procesos en los que se adujera el documento. BONO, Historia del Derecho Notarial..., op. cit, p. 51.

15 C.12.14.6.; C.4.32.2.; C.11.54.1.Pr.

16 BONO, Historia del Derecho Notarial..., op. cit, p. 47, n. 7.

*consignare*)<sup>17</sup>. Las propias fuentes como D.48.19.9.4 y 5 nos ponen ejemplos de dichas limitaciones en el ejercicio de su actividad<sup>18</sup>.

En cuanto a los *tabularii*, aunque erróneamente se ha identificado a los *tabelliones* con los *tabularii* (incluso ya desde los glosadores), los *tabularii* eran unos funcionarios subalternos de la curia municipal encargados de labores de contabilidad y recaudación de impuestos, así como de la llevanza de archivos municipales dada la finalidad de su empleo burocrático. Su cargo era considerado como *officia publica* de las ciudades. Aunque carecían también del *ius actorum conficiendorum*, el documento del *tabularius* no se consideraba que estaba dotado de *la fides publica* debido a ser conceptualizado como una documentación de rango inferior y subsidiario<sup>19</sup>.

### 1.1.- CLASES DE INSTRUMENTA Y VALOR PROBATORIO.

En cuanto a las clases de documentos, se puede decir que es a partir de la Constitución de Antonino (año 212), cuando penetró en la práctica romana la concepción helenística de poner por escrito los actos y contratos, creándose nuevas formas documentales, como *scriptura privata*, *scriptura quasi publice confecta*, *scriptura publice confecta*, o *scriptura publica*, así se puede distinguir:

- Escrituras suscritas sólo por las partes o con intervención de testigos hechas privadamente (*idiochira graece appellatur o scriptura privata*).
- Escrituras que contenían la suscripción de 3 ó más testigos rogados e idóneos (*scripturae quasi publica confectae*).
- Las extendidas por escribas profesionales (*tabelliones* en Occidente, *notarii o tabularii* en Oriente), denominadas *instrumenta publice confecta*.
- Documentos que eran registrados en actas o registros oficiales del *praesides provinciae*, o de la curia municipal (*instrumenta publica*).

En realidad, solo la *scriptura publice confecta*, *scriptura publica* o documento del *tabellio* es la que se puede considerar el antecedente remoto del *instrumentum publicum*<sup>20</sup>. En cuanto a la cuestión del valor probatorio de tales documentos en relación al tema central de nuestro estudio, esto es, la formalización de la hipoteca lo vamos a analizar a continuación, distinguiendo según que el modo de constitución sea público o privado.

---

<sup>17</sup>BONO, Historia del Derecho Notarial..., op. cit, p. 46, n. 4.

<sup>18</sup>D.48.19.9.4. (De officio proconsulis): Donde cita la prohibición, no tanto del ejercicio de la abogacía sino del --foro, considerando que si lo que se pretende es impedir totalmente la intervención en los negocios jurídicos forenses, lo que se prohíbe en realidad es el ejercicio del foro citando entre las profesiones a las que se les suele prohibir esto mismo, los estudiosos del derecho, los *tabelliones*, o los pragmáticos.

En D.48.19.9.5 (De officio proconsulis): A estas mismas profesiones también se les suele prohibir que no formalicen ningún tipo de instrumentos ni confección de libello, ni declaraciones testificales.

<sup>19</sup>BONO, Historia del Derecho Notarial..., op. Cit, p.56.

<sup>20</sup>BONO, Historia del Derecho Notarial..., op. cit, p. 48.

## 2.- LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PÚBLICO Y SUS EFECTOS COMO HIPOTECA PRIVILEGIADA.

El *instrumentum publicum* o documento redactado por *tabellio*, es pues un documento profesional de carácter técnico apto no solo para reflejar por escrito los actos judiciales sino también los acuerdos o actos extrajudiciales siendo el vehículo idóneo para constituir un acto de la transcendencia de la hipoteca.

Ya una constitución imperial de Constantino del año 31621, establecía que la escritura a protocolizar no tenía que haberse realizado oculto... *aut per imperitos aut privatim*, lo que presupone que el documento tabelional ha de ser obra de un técnico a diferencia de la *scriptura privata*, la cual es equivalente a *secrete confecta*<sup>22</sup>.

El documento redactado por *tabellio* requería de su puesta en limpio (*in mundum*), aparte de la suscripción de tres testigos<sup>23</sup>, la autorización del *tabellio* (o *completio*) y la entrega de conformidad de las partes (*absolutio*). En ello se diferencia de la simple minuta o proyecto de contrato (*scheda conscripta*) o del simple *mundum*, o documento en limpio que podía ser obra de un auxiliar del *tabellio*.

Por tanto, el documento debía de ser declarado *completum et absolutum* como fórmula de perfección (declaración de *complevit et absolvi*)<sup>24</sup>. Y obliga a partir de ese momento al cumplimiento del contrato. En Occidente, la entrega del documento al destinatario la efectuaba el propio *tabellio* después de mediar entre las partes la *traditio chartae*<sup>25</sup>.

El documento del *tabellio* no tenía *fides publica*, cosa que estaba reservada a los actos escriturados *in actis* de quienes estaban dotados del *ius actorum conficiendorum*, aunque tuvo gran significación sirviendo de prueba plena en los tribunales en aquellos procesos en los que se adujera el documento<sup>26</sup>.

Con ello, los documentos notariales redactados por *tabellio* presentaban unas garantías de cierta autenticidad, aunque con algunos rasgos de intimidad y de secreto. Características éstas, que hoy supondrían una rémora para la prueba y sin embargo, en su momento tan

---

21Fr. Vat. 249.

22BONO, Historia del Derecho Notarial..., op. cit, p. 48, n. 12.

23Según la Nov. 73.5.

24Completum significa que el documento está terminado y listo para ser firmado correspondiendo a las estipulaciones manifestadas por las partes. El absolvere es la entrega liberatoria del documento al destinatario, ya suscrito por los testigos con lo cual el documento queda concluso entre las partes.

25BONO, Historia del Derecho Notarial..., op. cit, p. 50, n. 23.

26BONO, Historia del Derecho Notarial..., op. cit, p. 51.

del gusto de la nobleza bizantina de la época, tan proclive a rechazar la vía documental, a igual que todo aquello que supusiera sacar a la luz sus negocios y cuitas económicas<sup>27</sup>. Precisamente, esta animadversión hacia la transparencia documental dio pie a que en De. 7.2 se conceda un especial privilegio a los banqueros en orden al reconocimiento de su propia contabilidad documental sin que tuvieran por ello que recurrir a la publicidad documental<sup>28</sup>.

Ed. 7.2:

*alterum ad nos ab eodem argentariorum corpore relatum est caput, ut ne teneantur ipsi, prolatis a se contractuum confessionibus, aut tabulis, aut ratiociniis illorum manu conscriptis, deinde in dubium vocatis, per publicorum instrumentorum colationem fidem imponere, propterea quod ipsorum collegium multis et praecipue nobiles hominibus credat, qui contractus suos publicari, aut statum rerum suarum manifestum fieri non sustineant, malintque, ut consentaneum est, extraneis maiores quam minores videri, sed ut propria manu, ut dictum est, in se conceptae litterae eandem cum publicis instrumentis vim obtineant*<sup>29</sup>.

Las razones de esta excepción permitiéndoles liberarlos de la prueba mediante la aportación de documentos públicos obedece a su labor de prestar a muchos, -y principalmente a las personas nobles- “*que no soportan que se publiquen sus contratos o se manifieste el estado de sus bienes...*”, de ahí que la nobleza hace valer su superioridad permitiendo que los documentos escritos por su propia mano, tengan la misma fuerza que los instrumentos públicos.

Por lo que hace referencia a la hipoteca constituida en documento público, una de las cuestiones que quedaban sin responder era la preferencia que obtendría la hipoteca de

---

<sup>27</sup>DÍAZ BAUTISTA, ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano), Murcia 1987, p. 40.

<sup>28</sup>Aunque no totalmente equiparable al frenético mundo actual, no obstante, no cabe duda que los actuales sistemas, usos, costumbres, operaciones y prácticas bancarias, pueden encontrar ciertos precedentes en la práctica bancaria romana, donde operaciones como la de prestar dinero, o la exigencia de garantías eran moneda común no solo entre las clases adineradas, como políticos, senadores o los pertenecientes al orden ecuestre, sino también a la cada vez mas influyente clase de los argentarii. GARCÍA GARRIDO, M.J., El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano, MADRID 2.001, pp. 74 ss.

<sup>29</sup>Ed. 7.2: “De otro particular se nos hizo relación por el mismo cuerpo de banqueros, para que producidas por ellos las confesiones de contratos o tablas o cuantas escritas por mano de ellos y puestas después en duda, no se vean obligados a probarlas con la aportación de instrumentos públicos, porque el gremio de ellos presta a muchos y principalmente a las personas nobles, que no soportan que se publiquen sus contratos, o se haga manifiesto el estado de sus bienes, y prefieren como es consiguiente parecerles superiores a otros mas bien inferiores; sino que las cartas escritas contra ellos por su propia mano, según se ha dicho, tengan la misma fuerza que los instrumentos públicos”.

este modo elaborada, puesto que no se dejan al interprete muchos indicios en tal sentido<sup>30</sup>.

Sin embargo, ya una constitución del emperador León del año 469<sup>31</sup> había dispuesto que la hipoteca constituída en documento publico *-instrumenta publicae confecta-* o en documento privado suscrito por tres testigos idóneos *-instrumenta quasi publice confecta-* se antepónía a cualquier otra.

El texto viene recogido en C.8.17(18).11:

*scrituras, quae saepe assolent quibusdam secreta fieri, intervenientibus amicis, nec ne, transigendi vel paciscendi seu foenerandi vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graeque appellantur, sive tota series earum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterioris contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur<sup>32</sup>.*

En este texto se contemplan una serie de cuestiones claramente diferenciables:

---

<sup>30</sup>Al hilo del análisis de la Nov. 136.5.

<sup>31</sup>El texto de GARCÍA DEL CORRAL, (Cuerpo del Derecho Civil Romano, V, Barcelona 1895, p. 335), refleja como año de esta constitución la del año 469. En cambio, otros autores como DIEZ BAUTISTA (DÍAZ BAUTISTA, ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA. Negocios bancarios en la legislación de Justiniano, Murcia 1987, p. 18, n. 20), reseña la del 472, siguiendo a D'ORS, A., ("Documentos y notarios en el Derecho Romano post-clásico", Estudios históricos del Centenario de la ley del Notariado, 1 (1964), p. 89, n. 17). En ello coinciden otros autores como OURLIAC Y MALAFOSSE, (Histoire de Droit Privé (Le Droit romain et l'ancien droit), Paris 1968-71 (2a. ed. Barcelona, 1960; reimp. 1963), p. 541, o FERNÁNDEZ -BARREIRO y PARICIO (Fundamentos de Derecho Romano Privado, Madrid 1993, p. 405).

<sup>32</sup>Imp. LEON A Erythrio, praefectus pretorii, ann. 469: "Mandamos que si se ejercitara una acción personal, tengan su propia fuerza las escrituras que muchas veces se suelen hacer en secreto por algunos, interviniendo o no amigos, para transigir, o pactar o prestar a interés, o constituir una sociedad, o que se hacen por otras cualquiera causas o contratos, que en griego se llaman escrituras privadas, ora si todo su contexto hubiere sido escrito por mano de los contratantes, o de escribiente, o de otro cualquiera con tal de que tenga la firma de aquellos mismos, ora si se han presentado o no, testigos aunque sean esclavos condicionales, que vulgarmente llaman tabularios o no lo sean, como si hubieran sido escritas en forma publica. Mas si alguno se empeñare en reivindicar para si en virtud de tales instrumentos el derecho de prenda o de hipoteca, mandamos que sea preferido el que se apoya en instrumentos hechos en forma publica, aunque sea este expresado como posterior, a no ser acaso que en las mismas escrituras privadas se contengan las firmas de tres o mas individuos de buena e integra reputación; porque en este caso son admitidas como si hubieran sido hechas en forma pública".



1) Cuando se trate del ejercicio de una acción personal, se reconoce la fuerza de las escrituras, a pesar de la rémora que supone el hecho que a veces se suelen hacer en secreto por algunos.

2) En cuanto al contenido de tales instrumentos, se admite una cierta pluralidad negocial como la transacción, prestamos de interés, constitución de sociedad y en general todos aquellos contratos que se puedan recoger en escritura privada (*idichiris*). Estos documentos son admitidos tanto si son redactados por los propios contratantes, como por mano de escribientes, pero firmados en presencia de testigos tabularios.

3) Estos mismos actos y contratos se pueden recoger en forma pública.

4) Que finalmente, cuando del derecho de prenda o hipoteca se trate, se declaran preferentes aquellas garantías que hubieran sido recogidas en instrumento público; Ahora bien, si la hipoteca hubiera sido constituida en documento privado firmado por tres testigos de íntegra reputación, será admitida en cuanto a sus efectos como si hubiera sido hecha en forma pública.

En realidad, aquí no se trata de una tentativa de organizar un sistema de publicidad documental, sino de marcar unas pautas que sirvieran para atenuar los riesgos que el carácter oculto de los actos constitutivos de las garantías hasta ese momento presentaban. Por ello, se establece un estímulo en favor de los propios acreedores constituyentes, de modo que, la hipoteca constituida en documento público o en documento privado firmado por tres testigos *tabularios* prevalece sobre otras hipotecas ocultas o clandestinas, aunque sean anteriores en fecha<sup>33</sup>.

Se refleja pues, de modo indudable, la ascensión de la forma documental frente a la supremacía casi absoluta de la forma oral en la época clásica y en el bajo imperio<sup>34</sup>, de tal manera, que el derecho post-clásico se va a inclinar por observar una mayor graduación de la prueba escrita en función de la mayor o menor fuerza probatoria que representa la autenticidad de su confección<sup>35</sup>, para llegar en el derecho justinianeo a una preferencia por la garantía recogida en instrumento público. Ahora bien, en el caso de que tal garantía lo fuera en documento privado, los efectos de dicha formalización los examinaremos con más detenimiento a continuación.

### **3.- LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PRIVADO Y SUS EFECTOS.**

---

<sup>33</sup>OURLIAC Y MALAFOSSE, *Historie de Droit Privé ... Op. Cit.*, p. 541.

<sup>34</sup>ARCHI, "La prova nel diritto del Basso-impero", *IVRA*, 12 (1961), p. 22.--

<sup>35</sup>Sobre el valor probatorio de los documentos, así como los requisitos sobre su validez, necesidad de su reconocimiento y autenticación a través de su adverbación, véase BETHMAN-HOLLENEG, *Der römische Civilprozen*, 3, 1866, pp. 279-287; SIMON, *Untersuchungen zum iustinianischen Civilprozess*, 1969, pp. 271-315, cit. DÍAZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA...* op. cit. p. 17, n. 15.

Nos encontramos pues, con la equiparación de efectos entre el documento tabellónico y el documento privado suscrito con las firmas de tres testigos, siempre que sean de íntegra reputación. La necesidad de la intervención de los tres testigos también aparece en otros textos como Nov. 73.5, o en C.4.2.17 donde los considera exigibles a todos los documentos quirográficos de cuantía mayor a 5 áureos.

Es en realidad, esta intervención de los testigos lo que concede garantía de legitimidad al documento<sup>36</sup>, en cuanto que supone un recurso de autenticidad y fuerza probatoria del instrumento.

En realidad, no es el documento el que actúa aquí como prueba, sino al contrario, es la necesidad de la presencia de tres testigos lo que le atribuye la fuerza probatoria al acto<sup>37</sup>, en tanto que son éstos los que le prestan la eficacia que sin la concurrencia de los mismos carecería<sup>38</sup>. Confirmación de ello, es una constitución de Justiniano del año 530 donde prohíbe hacer cotejo de letras sobre documentos quirográficos si no tuviesen la firma de tres testigos.

### **3.1.- ASIMILACIÓN DE SUS EFECTOS A LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PÚBLICO.-**

El análisis de la equiparación de efectos de tales documentos privados nos llevaría a examinar Ed. 7.2 y Ed. 7.2.1.

En Ed. 7.2 se establecía, como vimos, una dispensa de prueba en favor de la corporación de los *argentarii*, que desemboca en una equiparación entre los documentos escritos por su propia mano y los instrumentos públicos.

Tales documentos, bien dictados por ellos o bien escritos de su propia mano, implicaban en realidad un reconocimiento de deuda por sus clientes, lo que facilitaría a la postre un elemento de prueba para los propios banqueros. Tales documentos, según se desprende del texto, podían incluso ser de lo más variado: confesiones o reconocimientos de los propios contratantes, recibos o apuntes de préstamos, liquidaciones de cuentas, o bien documentos autógrafos de los clientes. Hasta ese momento, las exigencias de la prueba les obligarían a éstos a presentar documentos públicos o notariales<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup>Esto se hace patente en la Nov. 73, en donde un documento con serías dudas sobre su autenticidad, es validado por la intervención de tres testigos.

<sup>37</sup>En C.8.17 (18).11 es la intervención de los testigos la que hace que tales documentos sean admitidos como si hubieran sido redactados en forma pública.

<sup>38</sup>C.4.21.20.

<sup>39</sup>La explicación podría residir tanto en las presiones de los banqueros, como en la aquiescencia de la propia nobleza, poco propicia a dar publicidad a sus negocios y a que se supiera la realidad de su posible debilitada posición económica. De esta manera, prefieren parecer superiores a los ojos de los que ellos entienden sus inferiores. DÍAZ BAUTISTA ve aquí una -hr\$---razón- sociológica "temprana referencia a la figura del aristócrata que lucha por aparentar una posición de la que carece..." (ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA... ,op. cit., p. 40).

Lo que el texto no impide, es que aún tratándose de un documento privado no se dispensa de probar la autenticidad del propio instrumento mediante la adverbación, reconocimiento o cotejo con otros indubitados del propio banquero o de sus clientes. No obstante, un discutido texto de Ulpiano (recogido en D. 2.13.6.3)<sup>40</sup>, al hacer una exposición de las operaciones que solía llevar a cabo el banquero, a la par que le eximía de la obligación de comunicación al recibir prendas, se remite en materia de prueba a lo que se halle en las propias cuentas del *argentarii*<sup>41</sup>.

Esto último es lo que se confirma a continuación en Ed. 7.2.1:

*et in hoc igitur mediam nos quandam viam ingressi, qua et argentarios adversus eos, qui de talibus capitulis litem movebunt, et rursus illos adversus hos uti volumus, sancimus, si istiusmodi autographae contrahentium litterae proferantur, quas aut ipse, cuius esse dicuntur, aut ipsius heredes successoresve non possunt cum iureiurando abnegare, tanquam ab illo, cuius prae se nomen ferunt, scriptae sint, non numeratae pecuniae exceptionem opponi non posse. Insuper etiam si argentarius ex publico instrumento propriae manus scripturam confirmare possit, aut ipse quidem id negligat, adversarius vero ex alterius publici scripti comparatione scripturam illam ut falsam redarguere nequeat tunc ex certis et indubiis et testium subscriptione firmatis autographis documentis, ad ea scripta, quae ab argentariis, aut contra proferuntur contrahentium autographa, comparatio fiat et firma haec sint nec minorem, quam publica instrumenta, vim et auctoritatem habeant, non ex securitate, quae illis insit, sed ex sola forma. Nec praeiudicium supplicantis inde fiat, quod in scriptis a contrahentibus in eos expositis hypothecae, aut heredum successorumve nomen non inveniatur<sup>42</sup>.*

---

<sup>40</sup>ULPIANUS, Lib. IV ad Edictum.

<sup>41</sup>Para GARCÍA GARRIDO, en este texto de Ulpiano, algunos autores han querido infundadamente encontrar un concepto del contrato de cuenta corriente. En realidad, el texto lo que explica es que las cuentas pueden tener como causas, contratos u obligaciones reciprocas, créditos, estipulaciones y pagos de obligaciones anteriores. GARCÍA GARRIDO, M.J., El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano..., op. Cit., p. 76.

<sup>42</sup>Ed. 7.2.1: “Y habiendo pues entrado nosotros en cierta vía intermedia que queremos que utilicen así los banqueros, como los que los promovieron litigio sobre tales particulares, como a su vez éstos contra aquellos, mandamos que si se produjeran tales cartas autógrafas de los contratantes que o el mismo de quien se dice que son, o los herederos, o los sucesores del mismo, no pueden desconocer con juramento, como si hubieren sido escritas por aquel cuyo nombre lleva al frente, no se pueda oponer la *exceptio non numeratae pecuniae* (dinero no entregado). Además de esto si el banquero pudiera confirmar con un instrumento publico la escritura de su propia mano o si el ciertamente prescindiera de esto, pero su adversario no pudiera redargüir como falsa aquella escritura por la comparación de otra escritura publica, en este caso hágase el cotejo de documentos autógrafos ciertos e indubitados y confirmados con la firma de testigos, con los escritos autógrafos de los contratantes que por los banqueros o contra ellos se producen y sean válidos y tengan no menos fuerza y autoridad que los instrumentos públicos, no por la seguridad que en ellos haya, sino en cuanto a su sola forma. Y no se les origine a los suplicantes perjuicio, de que en las escrituras presentadas contra ellos por los contratantes no se halle el nombre de hipoteca o el de los herederos o sucesores”.

Justiniano, aquí lo que parece querer es dar una salida, a través de una vía intermedia, al permitir esta posibilidad tanto a los banqueros como a aquellos que promoviesen litigios contra ellos, como medio rápido de resolver las reclamaciones sobre los créditos bancarios.

Hasta ese momento, la *exceptio non numeratae pecuniae* que podía ser alegada por el deudor, podía condicionar el desarrollo de la prueba. Por contra, el texto condiciona esta utilización de los documentos autógrafos de los contratantes tanto a aquellos quienes intervinieron, como a sus herederos o sucesores, los cuales no pueden negar bajo juramento que han sido escritos por aquellos y por tanto ya no pueden alegar la *exceptio non numeratae pecuniae*.

Evidentemente, ésto facilita a los propios banqueros el reconocimiento del crédito, a la par que imposibilita a los clientes de éstos actuar contra las pretensiones de cobro en tanto que la necesidad de una ratificación de la autenticidad de la deuda, propia de la *exceptio non numeratae pecuniae* ya no puede ser alegada ni por el deudor ni por sus causahabientes. Cambia pues, el sentido que hasta ese momento había tenido la *exceptio non numeratae pecunia* nacida como medida ralentizadora de las reclamaciones de los prestamistas<sup>43</sup>, los cuales abusando de los *syngrapha* podían llegar a atestiguar negocios inexistentes<sup>44</sup> dado el carácter probatorio de la *stipulatio* concertada<sup>45</sup>, aunque no siempre precisamente por ellos efectivamente realizados.

La preocupación de los distintos emperadores por la protección de los deudores era evidente, dado el previsible abuso de los documentos quirográficos empleados, aún sin mediar la efectiva entrega de dinero o de numerario. De ahí, la necesidad de la *exceptio* primero, y la *querella non numeratae pecuniae* después<sup>46</sup>, con lo cual el deudor gozaba hasta ese momento de un mecanismo de defensa para oponerse a las pretensiones de los prestamistas. Si bien, con la *exceptio* se invertía el orden de la prueba cargando sobre los acreedores la prueba de sus reclamaciones. Ahora, con la concesión a la banca de esta prerrogativa los deudores vuelven a estar a merced de los *argentarii*.

Pero el texto parece conceder a continuación, una serie de nuevas ventajas añadidas a los *argentarii* ya que a las prerrogativas anteriores excluyentes de la *exceptio*, tanto si el banquero confirmaba por instrumento público sus derechos de crédito recogidos en los documentos antes referidos, como si llegado el caso, los clientes no pudieran contradecir tales pruebas mediante la utilización de otros documentos públicos, se añade la de permitir el cotejo mediante documentos autógrafos con la mera firma de tres testigos<sup>47</sup>

---

43Cfr. C.4.7.1; C.4.30.3; C.4.30.4.

44FERRARI, "La degenerazione della stipulatio nel diritto intermedio", Atti Veneto 69 (1910), p. 743 y ss.; RICCOBONO, "Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano", ZSS, 43 (1922), p. 326 ss.

45CASTRESANA, "El CHIROGRAPHO y la syngrapha: Significación jurídica desde la república hasta Justiniano, Estudios D'ORS, (1987), p. 457 ss.

46Al principio parece que solo tenía un plazo de un año para su utilización, que Diocleciano amplió a 5 años, para quedar reducida de nuevo a 2 años por Justiniano (C.4.30.14 pr; I.3.21; I. 4.13.2). Veáse, LEMOSSE, "Querella non numeratae pecuniae", Studi Solazzi (1948), p.470 ss.

47La necesidad de que sean tres testigos ya resultaba de C.8.17.(18).11, donde el emperador León para estimular que la garantía hipotecaria conste por documento público, al cual ahora se asimila la suscrita por

que afiancen su validez, con la misma fuerza y autoridad de los instrumentos públicos. Con esto, marca una diferencia en la forma pero no en el fondo, en cuanto al valor probatorio de tales documentos autógrafos privados.

Una última ventaja probatoria concede el texto en favor de los banqueros, consistente en que los deudores de éstos o sus herederos o sucesores ya no pueden alegar la necesidad de que la deuda este así mismo garantizada con hipoteca para proceder contra los bienes de los afectados. Ni siquiera el que, en caso de estar los bienes en manos de los herederos o sucesores, el nombre de éstos figure en tales documentos para ser demandados por los reclamantes<sup>48</sup>.

#### 4.- LA CUESTIÓN DE LA CARENCIA DE UNA ADECUADA PUBLICIDAD.

Del estudio de las fuentes, resulta evidente que la constatación de la existencia de una garantía hipotecaria sobre los bienes queda, en un primer momento por lo menos hasta el final de la época clásica, confiadas en gran medida a las declaraciones de las partes<sup>49</sup>, obligadas bajo la sanción del delito de *stellionatus*<sup>50</sup>, que desde finales de la época clásica persigue criminalmente por la vía *extra ordinem*<sup>51</sup>, la declaración falsa del deudor sobre la libertad de los bienes.

Ello implicaba en el caso del *pignus* la prohibición de volver a constituir garantía sobre cosa ya pignorada<sup>52</sup>. Para el cumplimiento de este principio<sup>53</sup>, la propia ley obligaba al

---

tres testigos, de modo que prevalezca sobre las hipotecas ocultas aún siendo anteriores en fecha.

<sup>48</sup>DIÁZ BAUTISTA, Estudios sobre la banca Bizantina..., op. cit., pp. 47 ss.

<sup>49</sup>D.20.1.15.2.

<sup>50</sup>D.47.20.3.1., "... se puede acusar de estelionato a los que hicieron alguna cosa con dolo y conviene saber que si [siempre que] no hubiere otra acusación criminal que se les oponga; porque lo mismo que en los juicios privados hay acción de dolo, en los delitos hay persecución de estelionato. Así pues, allí donde falta el título del delito, acusaremos de estelionato. Pero principalmente tienen lugar, si acaso alguno, habiendo disimulado la obligación, hubiere enajenado o permutado, o dado en pago a alguien con malicia una cosa obligada a otro; porque todos estos casos contienen estelionato. Pero también si alguno hubiera substraído [sustituido] mercancías, o hubiere distraído las que estuvieran obligadas, o las hubiere estropeado será igualmente reo de estelionato. Así mismo, si alguno hubiere hecho impostura o colusión en perjuicio de otro, podrá ser acusado de estelionato. Y como en general he dicho, faltando la denominación del delito, tiene lugar esta acusación criminal, y no hay necesidad de expresar la especie del delito".

En cuanto a la pena que conlleva en D.47.4.2., "...Si alguno juró en un instrumento que eran suyas las prendas, resulta del perjurio un delito de estelionato; y es por lo tanto, desterrado temporalmente". Sobre la configuración del delito de *stellionatus*, cuándo tiene lugar, y sus penas, véase ROBLES VELASCO, "Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria. El problema de la pluralidad de créditos en el derecho griego antiguo", RCDI (Mayo-Junio 1.997), n.º. 640, pp. 775-798.

<sup>51</sup>FERNÁNDEZ BARREIRO Y PARICIO, op. cit..., p. 405.

<sup>52</sup>Respecto a los antecedentes de la prohibición de volver a gravar una cosa ya gravada, vid. RAVEL, Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri, Leipzig, 1909, p. 9 ss.

deudor con la prohibición de negociar nuevos créditos sobre una misma cosa, lo que estaba condicionado a la posible efectividad de un régimen de notificaciones de todas aquellas incidencias que afectaran a los bienes. Si bien, lo interesante es que impone la necesidad de un sistema de publicidad, aunque fuera de forma privada, sobre los gravámenes que impidiera la duplicidad de los mismos sobre los bienes<sup>54</sup>.

De ahí, que durante la etapa clásica fuera permanente la idea de una incompatibilidad hipotecaria de una segunda hipoteca, al menos mientras estuviera vigente la primera, estando obligado el deudor a declarar que la cosa no estaba gravada en favor de ningún otro<sup>55</sup>. 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 vínculo anterior al nuevo acreedor para que la cosa quede obligada<sup>56</sup>. Así tiene sentido el pasaje de Gayo (GAIUS, *lib. singulari de formula hypothecaria*):

*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 rem 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.*<sup>57</sup>

Pasaje en donde vemos la posible concurrencia de dos acreedores y el posible riesgo (*periculum*), en el que pueden incurrir cuando se obligan dos o más veces unos mismos

---

<sup>53</sup>Se trata de una aplicación del principio de la *anepafia*, en virtud del cual nadie podía reutilizar como medio de garantía una misma cosa -incluso aunque le perteneciera- y por tanto, no podía disponer de ella como libre. BISCARDI, El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano”, TDR, BARCELONA 1.987, p. 68.

<sup>54</sup>Pero parece que a pesar de las prohibiciones legales, la violación del principio de la *anepafia* era cosa frecuente, puesto que aunque el acreedor pudiera conocer la existencia de la carga anterior, podía, a pesar de ello, realizar una nueva convención que le permitiera detentar una nuevo derecho de crédito.

<sup>55</sup>ROBLES VELASCO, “La segunda hipoteca en el Derecho Romano”, RCDI, Nov-Diciembre 2.001, n°. 668, p. 2.347.

<sup>56</sup>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 una nueva garantía, debe de realizar la advertencia correspondiente de la existencia del vínculo anterior al nuevo acreedor para que la cosa quede obligada. ROBLES VELASCO, “La Segunda Hipoteca en el Derecho Romano...”, op. cit, p. 2.366, nt. 75.

<sup>57</sup>D.20.1.15., “los que ya hubieran obligado sus bienes y los obligan de nuevo a un segundo acreedor, para evitar el riesgo que suelen correr los que obligas muchas veces los mismos bienes, suelen manifestar que la cosa no está obligada a ningún otro, sino por ejemplo-, a Lucio -- Ticio, para que en aquello que excede de la primera obligación quede obligada la cosa, de suerte que sirva para la prenda o la hipoteca lo que vale de mas, o en la totalidad, cuando la cosa hubiere quedado libre de la primera deuda”.

bienes. Para evitar esto, se acude a una especie de cláusula de estilo, al manifestar *que la cosa no está obligada a ninguno otro, ...salvo a Lucio Ticio por ejemplo, en lo que exceda del primer gravamen, recayendo la segunda obligación en lo que exceda de la primera, o en la totalidad de la cosa en cuanto quede libre de aquella*<sup>58</sup>.

De esta manera, quedan patentes las deficiencias de un sistema de publicidad poco elaborado dentro del cual no rige un principio de publicidad registral y donde deja al acuerdo deudor-acreedor la publicidad sobre de la existencia de vínculos hipotecarios anteriores que recaigan sobre la cosa.

Tal vez por ello, en la época post-clásica se hace frecuente el uso de transcribir por funcionarios públicos provistos del *ius actorum conficiendorum* los mas importantes actos jurídicos<sup>59</sup>. Pero sin que en cualquier caso, aparezca una institución que recoja y dé publicidad a los distintos gravámenes existentes sobre los bienes y su situación real.

Tal vez por la poca difusión de las garantías reales en Roma, no se hizo necesario un sistema que permitiera un registro y control de tales gravámenes. Pero el hecho de que no existiera tal instituto jurídico no debe de llevarnos a la tajante afirmación de que el sistema romano era carente de toda publicidad, situándolo poco menos que en la clandestinidad<sup>60</sup>. En realidad, el sistema jurídico romano no ignoró totalmente un sistema de publicidad sobre la hipoteca, como mantiene FERNÁNDEZ DEL POZO<sup>61</sup>, pero si que utilizó diversos modos de publicidad, fruto en cada momento de las necesidades y de la flexibilidad que demandaban el conocimiento de las garantías<sup>62</sup>.

Así se puede citar el sistema de incorporación a los propios bienes de un hito o estela indicativo de la situación de los bienes<sup>63</sup> -aunque poco utilizado en Occidente<sup>64</sup>-, bien

---

<sup>58</sup>Esto encuentra correspondencia con el texto de Paulo, en D.47.2.66. Pr.,(PAULUS, libro VII, ad Plautium): *Si is, qui rem pignoris dedit, vendiderit eam quam vis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat; idque et Iulianus putat.*

Donde califica de hurto a quien vende una cosa que había sido gravada con prenda, y ello tanto si media entrega al acreedor *-tradiderat creditori-*, como si se hubiera obligado en virtud de pacto especial *-sive speciali pactione tantum obligaverat-*. Aunque lo especial del supuesto está en calificar de hurto el hecho aun cuando quien tal procede es su propio dueño *-quam vis dominus sit-*.

<sup>59</sup>FERNANDEZ DE BUJÁN, A., Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano, op. cit., p. 84.

<sup>60</sup>CHICO Y ORTIZ, Estudios sobre Derecho Hipotecario, Madrid 1989, p. 40 y pp. 1438 ss.

<sup>61</sup>FERNÁNDEZ DEL POZO, La propiedad inmueble y el registro de la propiedad en las sociedades antiguas, MADRID 1993, p. 166.

<sup>62</sup>OURLIAC Y MALAFOSSE, Historie de Droit Privè ... Op. Cit., p. 543.

<sup>63</sup>Y si bien es cierto que en Grecia existía un régimen de notificaciones sobre los inmuebles, lo era en forma privada, mediante determinadas marcas, conocidas como *horoi*, en los fundos rústicos, o en los edificios urbanos, aparte de la forma privada de la *aporrhesis*. ROBLES VELASCO, "Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria. El problema de la pluralidad de créditos en el derecho griego antiguo", RCDI (Mayo-Junio 1.997), n. 640, pp. 775-798.

<sup>64</sup>GERNET, "Introduction a l'etude du droit grec ancien", *-AHDO 2* (1938), pp. 261-292. GERNET, "Droit et predroit en Grece ancienne", *Anne sociol.*, 3 (1948-1949), pp. 21-119.

la propia declaración de las partes en el propio acto constitutivo de la garantía<sup>65</sup>, bien mediante la utilización de una hipoteca general aplicable a todos los bienes presentes y futuros, como ocurre en C.8.17(16).966:

*quis in euiuscunque contractus instrumento ea verba posuerit: "fide et periculo rerum ad me pertinentium" vel "per earum exactionem satisfieri tibi promitto" sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecae, nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoriam videri, quum sit iustum voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor dixerit, non adiecto, tam praesentes quam futuras, ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producat<sup>67</sup>.*

De esta manera la declaración que la obligación contraída queda garantizada con los bienes que le pertenecen al contratante, la cual actúa como hipoteca general de todos los bienes presentes y futuros, sin necesidad de una hipoteca especial, atendiendo para ello mas a la intención de los contratantes que al sentido literal de sus palabras. Criterio de interpretación que muchos siglos después recogiera como principio paradigmático en nuestro derecho el Código Civil de 1889 en su artículo 1281 <sup>68</sup>.

Finalmente, vemos cómo una de las cuestiones mas relevantes de la prioridad documental, es el establecimiento de una preferencia instrumental que implica no solo el reconocimiento de la prioridad así obtenida, sino la obtención de una función propia posibilitadora del conocimiento de la garantía. No obstante, algunas fuentes como resulta de C.8.17(18).11 no atribuyen específicamente esta preferencia a las garantías hipotecarias, sino que lo hacen para una pluralidad negocial sea para la transacción, el préstamo con interés, constitución de sociedades y en general para todos aquellos contratos susceptibles de ser recogidos en forma privada (*idiochiris*).

---

<sup>65</sup>D.20.1.15.2.; D. 13.7.36.

<sup>66</sup>IMP. IUSTINIANUS, ann. 528.

<sup>67</sup>C.8.17(16).9: "Si en el instrumento de cualquier contrato hubiese uno puesto estas palabras: "Con la garantía y a riesgo de los bienes que me pertenecen", o "mediante la exacción de estos te prometo que se te satisfará", bastan estas palabras para la hipoteca tanto de los bienes, que al presente tiene el deudor como de los futuros, y no se considera que por virtud de las anteriores disposiciones no contengan mención de hipoteca especial, porque es justo atender a la voluntad de los contratantes, mas bien que a la expresión de las palabras. Sobre cuya general hipoteca también mandamos para conservar la voluntad de los contratantes, que si el deudor hubiera dicho que obligaba sus bienes, sin haber añadido tanto presentes como futuros, se extienda, sin embargo el derecho de la hipoteca general también a los bienes futuros".

<sup>68</sup>Dispone el Art. 1.281 del C.C., "Si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquella".



Cuando específicamente de hipoteca se trata, la preferencia se concede tanto si es formalizada en documento público como en documento privado firmado por tres testigos. Si en la época clásica, e incluso en el Bajo imperio la forma oral mantenía una supremacía casi absoluta, en el derecho post-clásico la fuerza probatoria va a recaer progresivamente sobre la prueba escrita. Obviamente, la admisión de la prueba escrita va a estar directamente relacionada con la mayor o menor autenticidad en su confección. De ahí la necesidad que el documento privado para que pueda reunir los caracteres de autenticidad y de legitimidad requiera el concurso de tres testigos<sup>69</sup>, lo que es también una forma de publicidad.

En definitiva, todo ello nos lleva a rechazar la opinión de quienes sustentan que el sistema romano estaba carente de toda publicidad, situándolo poco menos que en la clandestinidad. Es cierto que no tuvo -probablemente porque no sentía tal necesidad- de una institución registral que diera difusión a las garantías reales, a igual que tampoco en nuestros días la hay para recoger y publicar exhaustivamente todas las relaciones jurídicas personales y contratos privados. Pero no se puede decir que no hubiera modo alguno de conocer la existencia de una garantía hipotecaria, cosa que según cada momento histórico se confiaba bien a las declaraciones de las partes -bajo la amenaza de incurrir en *stellionatus*-, bien mediante documentos oficiales o privados o finalmente bajo el reconocimiento de una hipoteca general sobre todos los bienes presentes y futuros.

**Prof. Dr. LUIS MARIANO ROBLES VELASCO.**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**UNIVERSIDAD DE GRANADA**

---

<sup>69</sup>Nov. 73.5; C.4.2.17.