

**LA PLURALIDAD  
HIPOTECARIA Y EL  
PRINCIPIO DE PRIORIDAD:  
*PRIOR TEMPORE POTIOR  
IURE .***

**(Un estudio de la pluralidad hipotecaria a través de las fuentes, desde el derecho griego antiguo al derecho romano justiniano).**

**Luis Mariano Robles Velasco**

**“LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y LAS HIPOTECAS PRIVILEGIADAS EN EL DERECHO ROMANO”.**

**Lectura y defensa de la tesis doctoral  
Facultad de Derecho de la  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA.**

**-AGRADECIMIENTOS**

Quiero manifestar mi agradecimiento al Departamento de Derecho Romano de la UNED, presidido y representado por la egregia figura de Dr. D. Manuel Jesús García Garrido, y especialmente el apoyo constante y meritorio del Dr. D. Francisco Eugenio y Díaz, así como a los ilustres miembros del Tribunal y a todos los presentes que han posibilitado que hoy podamos estar reunidos en este acto académico.

**-OBSTÁCULOS Y DIFICULTADES**

No podemos caer en la tentación de haber pretendido realizar una reflexión profunda sobre el estudio de las derechos reales de garantía, puesto que razones en algunos casos que desgraciadamente son a veces lugar común en la labor investigadora, de carencia de la información necesaria, de obstáculos a veces insalvables de acceso a obras importantes en esta parcela del conocimiento en otras, o de las limitadas capacidades de este doctorando que pretende exponer ante este cualificado auditorio su labor, por no aludir a otro tipo de estorbos personales, que hicieron muy difícil durante algún tiempo el llevar a cabo este mismo acto ante un marco distinto del actual.

Afortunadamente contamos con una institución como es la UNED, donde la distancia más que el olvido, es *fluidez en el conocimiento*. Y como decía HORACIO *la paciencia aligera los males*.

**-METODOLOGÍA**

-MÉTODO UTILIZADO, Análisis de las fuentes, en especial del *Corpus Iuris Civilis*.

**-MATERIAL UTILIZADO, tanto en**

- FUENTES
- AUTORES

**DOCUMENTACIÓN**, dado lo prolijo de una enumeración exhaustiva, me remito a los apartados correspondientes, incluidos en los correspondientes índices de la obra, tanto de *Fuentes*, como de *Bibliografía de consulta* distinguiendo entre autores en castellano o traducidos a nuestro idioma y los correspondientes en otros idiomas.

## **-CONCLUSIONES Y SÍNTESIS de la obra.-**

### **PRIMERA PARTE: LA PLURALIDAD DE HIPOTECAS.**

#### **I. LA PLURALIDAD HIPOTECARIA.**

##### **1.- La cuestión terminológica.**

Aunque el termino *hypoteca* hunde sus raíces en las instituciones helénicas, es preciso advertir que no es aquí el lugar de analizar una institución jurídica puramente helénica, sino que por el contrario, nosotros hemos optado por un desarrollo propio de la hipoteca romana a partir del *pignus* sobre los *invecta et illata* introducidos por el arrendatario de predios rústicos de forma tácita mediante una *inductio*.

La clave de la cuestión está en la consideración que revestía el interdicto posesorio que llegado el caso podía ejercitar el arrendador- propietario sobre los *invecta et illata* que garantizaban el pago de las rentas que debía de pagar el inquilino. Si bien en un principio dicho interdicto es **de retener**, lo que suponía que el arrendador ya tenía tales bienes previamente en su poder puesto que como propietario civil del fundo tendría en principio la posesión civil de todo lo introducido en el mismo. Lo que explica que hasta ese momento estemos en presencia de un *pignus datum*. Esta situación evoluciona mediante el pacto o *conventio pignoris* de forma que el arrendador permite conservar la posesión de los *invecta et illata* al inquilino, transformando la situación anterior, en la constitución de una nueva forma de garantía mas favorable al inquilino, mediante la cual el arrendador, ya no conserva la posesión civil de tales aperos, sino que quien sigue detentando la posesión junto a la propiedad de tales instrumentos, es el propio inquilino. De esta forma, lo que en origen no era sino un *pignus datum* pasa a ser considerado como *pignus conventum*. Y con ello, el interdicto que ejercita el arrendador en caso de impago de las rentas es ahora de **adquirir**, siendo conocido como *Interdictum Salvianum*.

Con el tiempo y ante la necesidad de una *actio* que permitiera al acreedor reclamar de cualquier tercero las cosas objeto de la garantía ese interdicto se transforma *via Pretoria* en una *actio*, destinada a proteger este *pignus conventum*, y que es denominada de muy distintas maneras sea *pigneraticia*, *pigneraticia utilis*, *serviana*, *quasi serviana*, *serviana utilis* o *hypothecaria*... Todas las cuales tienen por base el primitivo *Interdictum Salvianum* que pronto quedó en desuso, transformándose en *actio utilis ex causa interdicti*.

Finalmente, es bien sabido que los compiladores justinianos interpolaron todos los textos clásicos anteriores a Diocleciano aplicando a la figura del *pignus conventum* el término de *Hypotheca*<sup>1</sup>, lo cual explica en parte la confusión terminológica entre *pignus* e *hypotheca* en las fuentes clásicas.

## **II. PLURALIDAD Y RANGO HIPOTECARIO.**

### **A) PLURALIDAD HIPOTECARIA SIN RANGO.**

Para la mentalidad romana de la época, la garantía real no era sino algo meramente provisional, hasta la llegada de una garantía personal. Refiere MORO SERRANO cómo Catón conocía la existencia de una serie de formularios en los cuales se concertaba una hipoteca hasta la llegada de un fiador, que aportara con su honradez y moralidad el crédito que el deudor no tenía<sup>2</sup>.

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, si bien la posibilidad de una pluralidad hipotecaria -que según nuestra mentalidad es posible siempre que se trate de hipotecas sucesivas- está en contradicción con las fuentes que aluden a una posible pluralidad sin rango, y con distintos modos de constitución bien sea por vía voluntaria, por vía legítima, por vía sucesoria, o

---

<sup>1</sup> 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 hypothecaeve”, *Melanges Girard*, 1 (1912), pp. 419 ss.

<sup>2</sup> De ahí lo chocante que tuvo que ser en su momento la frase de SEXTO POMPONIO: *plus cautionis est in re, in persona*.

incluso por vía indirecta a través de la intervención de un tercero, aunque algunos de ellos planteen ciertas dudas, que examinamos a continuación.

## **1. - PLURALIDAD HIPOTECARIA POR VÍA VOLUNTARIA.**

1.1. Pluralidad crediticia *in solidum*. Se trataría aquí de la consideración de una pluralidad hipotecaria en favor de varios acreedores diferentes pero que actuarían *in solidum*. La cuestión puede resolverse considerando que en la esfera interna, si surgiera controversia entre ellos no podríamos acudir a la regla *prior tempore potior iure* puesto que todos tienen igualdad de trato y ninguno tiene mejor rango que otro, sino acudiendo al criterio de considerar acreedor de mejor derecho al poseedor *ad publicianam*; mientras que cara al exterior al poder usar de su derecho cada uno de los acreedores con independencia, se daría una de pluralidad crediticia en el ejercicio.

1.2.- Pluralidad crediticia *pro parte virili*. En este caso se trataría de una situación de pluralidad mediante la constitución simultánea pero separada y por actos diversos (*pro parte virili*). Aquí si que se podría entender aplicable un ejercicio individualizado del derecho de cada acreedor frente a los demás, puesto que si el derecho de cada acreedor procede de actos diversos, podrían actuar separadamente también pero sin preferencias entre ellos dada su constitución simultánea en el tiempo.

## **2.- PLURALIDAD HIPOTECARIA POR VÍA LEGÍTIMA.**

Sobre la base de una pluralidad hipotecaria constituida por hipotecas legales podría darse el supuesto de una concurrencia de derechos en favor de dos beneficiarios (o mas) entre los cuales no podría surgir prioridad alguna entre ellos dado su modo de constitución legítimo de tal manera que a pesar de la existencia de la garantía no se aplicaría el principio de prioridad temporal o establecimiento de rango hipotecario entre ellos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Es el supuesto del tutor que con dinero de dos pupilos compra una cosa, y por tanto cada uno de ellos tendrían un derecho de hipoteca legal a proporción de lo que hubiera gastado el tutor en el precio de la cosa, lo que daría que pensar en dos créditos distintos.--

Lo que parece dar a entender, que en caso de concurrencia de los derechos de los dos pupilos a pesar de darse una pluralidad no hay prioridad hipotecaria: ambos concurrirían simultáneamente y con igualdad en el rango hipotecario.--

### **3.- PLURALIDAD HIPOTECARIA POR VÍA SUCESORIA.**

Podemos distinguir:

#### **3.1.- Cesión indiferenciada a los herederos.**

Se trata en realidad de una pseudo-pluralidad. Un acreedor hipotecario muere dejando varios herederos, creándose pues una comunidad hereditaria, pero desde el momento en el que se lleve a cabo la partición, los adjudicatarios de los créditos serán titulares por sus partes respectivas<sup>4</sup>.

#### **3.2.- Cesión diferenciada a los herederos.**

Si los herederos fueran titulares de cuotas diferenciadas ¿podría el deudor pagar a cada heredero del acreedor por su cuota respectiva separadamente?. En contra de lo que considera nuestro derecho como principio de indivisibilidad de la hipoteca (Art. 1.860 del CC. Y 122 a 125 de la Ley Hipotecaria), las fuentes latinas parecen admitirlo<sup>5</sup>.

### **4.- POR VÍA DE INTERVENCIÓN DE UN TERCERO: DIFERENTES TESIS.**

Entre ellas podemos aludir:

A) La tesis de la *Delegatio* (KASER). Según KASER, la delegación de deuda requeriría consentimiento del deudor y su respuesta al estipulante, al menos hasta el siglo III. D. C. A partir de entonces (C.8.42.1) se permitiría la cesión ignorándolo el deudor e incluso contra su voluntad. En realidad esto no sería pluralidad hipotecaria, sino que supondría una sola hipoteca con acreedores distintos. Por ello, esta tesis es rechazada por MIQUEL y HERZEN que solo ven un pacto entre distintos acreedores. Pacto en el que el deudor no toma parte, en cuanto que éste no hipoteca dos veces la misma cosa. No hay pluralidad hipotecaria.

---

<sup>4</sup> Puesto que suceden al causante y toman su derecho de un mismo título de adquirir no se puede pretender el establecimiento de preferencia de unos sobre otros.

<sup>5</sup> Así en D.13.7.11.4, D.20.5.11 o D.20.5.14, donde parecen admitir la cesión y adjudicación separada de cuotas a los herederos y por tanto del crédito, con lo cual parecen dar a entender la posibilidad de quedar dividida entre ellos la hipoteca sobre la cosa, si bien no se divide entre ellos la acción real.

B) Por subrogación de un tercero en los derechos del acreedor hipotecario. Es la tesis de DERNBURG, que supone que en la subrogación hipotecaria se produce la transmisión del mismo rango del derecho de hipoteca anterior. En contra, AMBROSINO considera que la determinación del rango está en relación con elementos externos como la existencia de hipotecas anteriores, o de otras causas que pueden afectar a la concurrencia de hipotecas incluso anteriores.

C) La *Procuratio in rem suam*. Es la tesis de SIRKS, que considera a dicha *procuratio* como medio indirecto. El acreedor actúa por medio de un *procurator* para liberar al deudor, quedando dicho tercero obligado a transferir el derecho al acreedor mandante.

En conclusión, en estos supuestos ante la cuestión planteada de si en realidad existen una o varias hipotecas, optamos junto con la mayoría de la doctrina (HERZEN, TONDO, MIQUEL, KASER, CHURRUCA o MENTXAKA) por rechazar en tales casos la existencia de una autentica pluralidad hipotecaria, considerando que tales supuestos son en realidad pactos entre acreedores hipotecarios. Lo que ocurre es que al concurrir varias personas con facultad para ejercitar una *actio utilis* separadamente unos de otros es lo que da una falsa apariencia de pluralidad.

### **III. - LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y LA PRIORIDAD.-**

La idea concluyente es que los juristas romanos no parece que hubieran resuelto de una manera definitiva el problema de la prioridad cuando de la concurrencia de varias hipotecas se trata. Esto al menos antes del siglo II d. C. y probablemente hasta comienzos del III d. C. El conflicto en el rango se entendía resuelto en estos primeros momentos vía *condicio melior possidentis*.

Es a mediados del siglo III d. C., cuando la pluralidad hipotecaria aparece ya bien definida, y el conflicto de la preferencia de un acreedor sobre otro se dilucida mediante la introducción de la regla *prior tempore potior iure*, instituida en D.20.4.11.pr por Gayo, que después de dejar formulado el principio de prioridad, parece mantener ciertas dudas que podríamos interpretar como el resultado de estar en aquel momento todavía poco asentada la idea de dar cobertura hipotecaria a las obligaciones bajo condició y por tanto -conforme con la mentalidad romana- como no existentes. Por ello, el estudio de la equivalencia del binomio prioridad-pluralidad se puede examinar sobre todo a través de las fuentes.

## **1.- EL PROBLEMA DE LA PRIORIDAD A TRAVÉS DE LAS FUENTES.**

De los textos considerados se pueden inducir una serie de conclusiones:

### **1) D.20.4.1.pr.-**

En este texto de Papiniano, nos encontramos ante una situación de pluralidad hipotecaria, donde una de las hipotecas garantiza un pacto de restitución de dote. Considera Papiniano que hay que atender al tiempo de la constitución de la obligación y no necesariamente al tiempo de la entrega, ya que precisamente en este caso no es la entrega de numerario lo que da validez a la obligación que se garantiza con la hipoteca, sino cuando se produce el cumplimiento o incumplimiento de la obligación garantizada.

Así en base a D.20.4.1.pr, podemos pensar que tratándose de obligaciones no reales -en este caso una *stipulatio de restituenda dote*- en colisión con obligaciones reales hay que atender a la naturaleza de la obligación para determinar el momento de constitución de la misma

### **2) D.20.4.9.pr; D.20.4.9.1.-**

En ambos textos de Africano tratan del arrendamiento de un establecimiento de baños o balneario donde presta sus servicios un esclavo llamado Eros, constituyéndose como garantía del pago del arrendamiento un *pignus* sobre el tal Eros. Y antes de transcurrir el periodo concertado el locator, vuelve a constituir una nueva garantía sobre Eros. La respuesta de Juliano es conceder la prioridad al primer acreedor en base a que Eros estaba en tal situación que sin la voluntad del acreedor no se podía librar de la sujeción.

En D.20.4.9.pr, ante la duda de si la prioridad opera exclusivamente en función del tiempo de constitución de la obligación, o si solo desde el momento en el cual la hipoteca recae sobre una obligación protegible, AFRICANO opta por la protección de la obligación primera por ser un derecho bajo condición -si bien aún pendiente- pero ya diferente de una mera expectativa y por ende protegible.

En D.20.4.9.1. en contra de lo que había sido la tónica hasta entonces, se sitúa contra la regla general al admitir en este punto la retroactividad de la condición puesto que establece la prioridad desde el momento de constitución de la hipoteca. La razón podría estar en que hasta ese momento probablemente no debía de reconocerse a la obligación bajo condición entidad propia de forma que pudiese ser objeto de garantía hipotecaria.



Aunque GAYO (en D.20.4.11.1) según veremos a continuación, opta aparentemente por la tesis opuesta, esta pretendida diferencia de tratamiento descansa también en una diferencia en cuanto a las obligaciones protegibles. En el caso de AFRICANO (D.20.4.9.pr.), se protege una posibilidad o expectativa del arrendador pero ello lo es sobre la base de una obligación previa ya constituida, si bien pendiente de cumplimiento: La obligación de pagar el alquiler.

### **3) D.20.4.11.pr. y D.20.4.11.1.**

a).- D.20.4.11.pr: En este fragmento Gayo concede la prioridad al primero que prestó el dinero y recibió la hipoteca; pero esta preferencia lo es a pesar de que convino con otro previamente, aunque no recibió cantidad alguna de él.

b).- En D.20.4.11.1 da un paso hacia adelante reconociendo preferencia como primer acreedor a quien aparentemente se considera acreedor posterior -a pesar de ser en este caso un acreedor posterior que entrega el dinero prestado y recibe la hipoteca-, frente a un acreedor primero pero que no ha formalizado la obligación cuyo crédito se garantizaba con hipoteca. Situación ésta, que pudiera parecer contradictoria con la del fragmento anterior, pero que busca su amparo en la idea que una vez cumplida la condición se considera a la obligación como si hubiera nacido como pura.

### **4) D.20.3.4.-**

Este fragmento de Paulo contempla un supuesto protagonizado por Ticio y Mevio en el cual Ticio tenía necesidad de dinero de Mevio. Para ello le entrega caución y señala algunas cosas a hipotecar; cosas que vende a continuación, recibiendo el dinero después.

Como conclusiones que se pueden extraer, son que tanto GAYO como PAULO (D.20.4.11.pr y D.20.3.4 respectivamente), parten de criterios mas tradicionales: una obligación -y mas si es del tipo de las reales- solo es protegible a partir del momento en el cual ésta queda constituida. Pero ello no implica una diferencia de tratamiento respecto de AFRICANO, sino por el contrario tanto en uno como en otro caso lo es porque la obligación que se garantiza con la hipoteca ya quedó previamente convenida: En el caso de AFRICANO porque nació *solo consensu*. En el de GAYO y PAULO mediante la *datio rei*.

En todos ellos, la relación crediticia ya existía con independencia de la exigibilidad de la obligación que se protege. Exigibilidad solo posible en el caso

del alquiler cuando resulte impagada; en el caso del préstamo cuando se entregue el dinero.

En cualquier caso, la protección de la prioridad opera frente a quien sea segundo acreedor, y que lo sea de una obligación posterior. En definitiva la preferencia y prioridad en el rango parece ser una consecuencia del reconocimiento -y consiguiente protección vía tuitiva procesal- de la obligación. Ello hace comprensible la necesidad de acudir al pretor cuando la protección no está clara o es liviana la consistencia de su defensa.

## **2.- EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE PRIORIDAD .**

El principio de prioridad formulado en la regla *prior tempore potior iure* va a sufrir numerosas excepciones que a grandes rasgos se pueden basar en estos dos grupos, los cuales son objeto de tratamiento en la segunda parte de la obra:

- 1.- La prioridad por privilegio.
- 2.- La prioridad documental.

## **SEGUNDA PARTE: LAS HIPOTECAS PRIVILEGIADAS.**

### **IV.- LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DEL FISCO.**

#### **1.- El *Privilegium Fisci*.**

Las tesis más tradicionales en la doctrina, consideran que el crédito hipotecario en favor del fisco referido al período clásico, supone una quiebra al principio de prioridad. No obstante, creemos que el privilegio del fisco no es suficiente para invalidar los derechos de tercero, sobre todo si se basan en actos anteriores al derecho del fisco, aunque la enajenación posterior de los bienes sujetos al privilegio del fisco no impide a éste reclamarlos.

#### **2.- Hipoteca expresa en favor del fisco sobre los bienes de los que contratan con el fisco o son concesionarios públicos.**

Algunas fuentes distinguen entre la prenda *ex conventione speciali* y el privilegio *fisci*. Ello supone la transformación de dicho privilegio en un derecho de prenda especial sobre los bienes de los encargados de la recaudación que garantizara el derecho del fisco a la cobranza de los *vectigalia*.

- 3.- Hipoteca tácita general sobre los bienes de los deudores.

En algún momento, al final de la época clásica debió de considerarse tan habitual la sujeción de los bienes de los deudores contribuyentes por los créditos en favor del fisco por impuestos y contratas, por lo que ni siquiera llegó a ser necesario explicitar la sujeción ante el funcionario imperial. Con ello, la prenda en favor del fisco se torna en prenda general y tácita. Aunque, SCHULZ consideraba que ya en la época clásica por razón de ciertos créditos fiscales existía un *pignus* legal general, esta situación claramente se va a recoger en la constitución Antonina del año 213 d. C. (C.8.14(15).1), donde extiende a todos los bienes de los censados la posibilidad de estar obligados a los tributos por vía de prenda, lo que explica que Hermógenes mantenga que *Fiscus semper habet ius pignoris* (D.49.14.46.3).

En conclusión, el privilegio actúa en favor del fisco, siempre y cuando sea el propio fisco quien reclame sus derechos directamente. Ello no es obstáculo para que tales derechos en favor del fisco puedan ser cedidos a un particular. En tales casos, el particular cesionario de tales derechos obtendría preferencia frente a los demás acreedores.

## **V.- LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-**

### **1.- EL PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS.**

La obligación a la restitución de la dote encuentra su antecedente en una constitución de Antonino Caracalla del año 213 d. C., donde reconoce que la preferencia del *Privilegium exigendi dotis* sobre los créditos personales no admite duda e incluso es preferido a créditos reales posteriores. Pero, para considerar al crédito a la restitución de la dote como acción real era necesario el tránsito de la *actio ex stipulatu* a la *actio rei uxoriae*, y el reconocimiento de la legitimación de la mujer con carácter personal a su ejercicio.

### **2.- EL PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS COMO GARANTÍA REAL.**

Sin embargo, tardaran bastante años antes de poder aparecer el crédito dotal garantizado con prenda legal y para poder considerar al crédito dotal con carácter prevalente frente a los demás créditos privilegiados -exceptuado el del fisco-. Para ello era necesario que el establecimiento de la garantía patrimonial de la dote lo fuese con carácter real -esta tendencia iniciada por Caracalla (C.7.73.2) es completada por Justiniano según constitución del año 529 d. C. (C.5.12.30)- donde se concede el reconocimiento en favor de la mujer de una

acción real tanto si los bienes estuvieran en el patrimonio del marido, como de una propia acción hipotecaria si no lo estuvieran ya.

### **3.- EL *PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS* COMO HIPOTECA PRIVILEGIADA.-**

Finalmente, tan solo un año después Justiniano -(C.5.13.1)- no solo suprime la *actio rei uxoriae*, sino que concede una hipoteca en garantía de restitución de la dote. Dicha hipoteca pasa a ser tácita y preferente a otros créditos hipotecarios.

## **VI.- LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DEL QUE HA DADO DINERO PARA LA CONSERVACIÓN O MEJORA DE LA COSA.**

### **1.- EL PRIVILEGIO DE LA *VERSIO IN REM*. SU FINALIDAD.**

Mediante el privilegio de la *versio in rem* se concede preferencia a quien en garantía de un crédito destinado a la reconstrucción de un edificio en ruinas constituye hipoteca sobre dicha finca. Su origen se encuentra en un Edicto de Marco Aurelio aplicándose en un principio a la reconstrucción y reparación de edificios, aunque una creciente interpretación jurisprudencial facilitó la aplicación y extensión del privilegio a otros supuestos similares, como ocurrió con los créditos navales destinados a la reconstrucción, armamento y gastos de la nave necesarios para su navegación.

Finalmente el privilegio de la *versio in rem* es asimilado en línea argumental *salvam fecit totius pignoris causam* con los créditos destinados a la salvaguardia de aquellas cosas introducidas en graneros, almacenes, solares o similares.

## **VII.- HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LOS BANQUEROS.**

### **1.- El *Privilegium Argentarii*.**

Ya en la Roma clásica se conocían bastantes de las relaciones comerciales que hoy son práctica habitual. Así, por una parte, los *argentarii* podían recibir en deposito objetos de valor o cantidades confiadas por sus clientes para su guarda y custodia. Por otra, podían llevar a cabo una serie de actividades financieras prestando cantidades a sus clientes. Es precisamente en esta segunda actividad, donde se deja sentir la necesidad de una búsqueda de acciones, privilegios o garantías -personales o reales- que protejan a la banca del impago de sus deudores. Sobre la base de que quien hace entrar un valor en

un patrimonio produce un enriquecimiento en éste y debe de tener por tanto, un derecho de preferencia sobre dicho incremento de valor.

## **2.- El *Privilegium argentarum* en el derecho justinianeo.**

Las protestas de los banqueros, tenidos en gran estima por Justiniano dieron su fruto. Poco a poco fueron consiguiendo cada vez mas prerrogativas que al final van a desembocar en el reconocimiento de una serie de privilegios a su favor, que les van a poner a salvo del peligro de insolvencia de sus deudores.

## **3.- Hipoteca tácita<sup>6</sup>.**

Las peticiones de los banqueros se orientaron hacia la reclamación de una hipoteca legal, que al principio es rechazada (Nov. 136.5), y finalmente concedida por Justiniano con el Ed. 7.3 acuciado por las calamidades de los tiempos que obligaron al emperador a ello.

## **4.- Hipoteca presunta.**

El elenco de las garantías reales concedidas a los banqueros no quedó completo pues a las anteriores formas hay que añadir además una hipoteca presunta que deducimos de la Nov. 136.5. No es una modalidad de hipoteca tácita legal, pues su constitución no opera exclusivamente *ope legis*, sino por vía instrumental de inducir de la voluntad negocial de las partes tal garantía en cuanto se realice la adscripción cierta y probada de los bienes.

## **VIII.- LA HIPOTECA PRIVILEGIADA RECOGIDA EN DOCUMENTO.**

---

<sup>6 6</sup> Se puede diferenciar entre hipoteca tácita e hipoteca presunta. Según PUIG BRUTAU, la **tácita** es aquella en la que producido el hecho en base al cual la ley autoriza su constitución, *no requiere la intervención de la voluntad* del propietario ( en nuestro derecho ejemplo de ello serian los caos recogidos en el art. 168 LH).-

**Hipoteca legal presunta** es aquella que la ley no solo reconoce como tal, sino que ademas requiere por las partes de indicios o actuaciones que revelan la voluntad de constituirla. Son casos de interpretación extensiva de ciertos actos de las partes indicativos de su voluntad de constituir la garantía, como la mención hecha en los escritos de pedir prestamos “ *a riesgo de sus propios bienes...*”, o cualquier otra expresión que induzca a pensar que hay intención de quedar hipotecados los bienes.

Con el nombre de *De instrumenta publicae confecta* se hace referencia a los documentos confeccionados ante el público, en el *forum* y no a la intervención de una autoridad pública.

### **1.- HIPOTECA PRIVILEGIADA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PÚBLICO.**

Solo el *instrumentum publicum* redactado por *tabellio* es vehículo idóneo para constituir la hipoteca al presentar una garantía de cierta autenticidad gozando del reconocimiento de la prioridad documental en razón de su propia función posibilitadora del conocimiento de la garantía.

### **2.- HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PRIVADO.**

Así resulta de C.8.17 (18).11 donde atribuye específicamente preferencia a las garantías hipotecarias así constituidas. Dicho texto trata de estimular a las partes constituyentes a la utilización de la forma documental, ya que la preferencia se concede tanto si es formalizada en documento público, como si lo es en documento privado firmado por tres testigos.

### **3.- EL PROBLEMA DE LA CARENCIA DE UNA ADECUADA PUBLICIDAD.**

La constatación de la existencia y prueba de las garantías hipotecarias queda según las épocas confiada bien a las propias declaraciones de los constituyentes, bien a la transcripción de ciertos funcionarios públicos dotados del *ius actorum conficiendorum*, bien a su reflejo documental de forma privada, pero ello no significa como se ha llegado a afirmar, 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- una institución registral que diera difusión a las garantías reales, 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 instrumentos oficiales o documentos privados, o bien finalmente bajo el reconocimiento de una hipoteca general sobre todos los bienes presentes y futuros de los deudores.

Quedo pues a disposición de los ilustres miembros del Tribunal para todas aquellas recomendaciones que tengan a bien plantear.-

**LUIS MARIANO ROBLES VELASCO  
Lectura y defensa de la Tesis Doctoral.  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA.  
MADRID 2.001.-**

## ABREVIATURAS UTILIZADAS.

## COLECCIONES DE REVISTAS, ESTUDIOS Y FUENTES.-

- AAMN =Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid.
- ACISD =Atti dei congressi internazionali della Società italiana di storia del diritto (I congreso 1963; II,1967; III, 1975; IV, 1980) 2 vol, (1971).
- ADC =Anuario de Derecho Civil.
- AG =Archivio giuridico "Filippo Serafini" (Modena).
- AHDE =Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid.
- AHDO =Archives d'histoire du droit oriental, Bruselas.
- AHDO-RIDA =Archives d'histoire du droit oriental; Revue Internationale des droits de l'Antiquité, Bruselas.
- Annali Bari =Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Bari.
- Annali Camerino =Annali della Università di Camerino.
- Annali Catania =Annali del Seminario giuridico della Università di Catania.
- Annali Macerata =Annali della Università di Macerata.
- Annali Palermo =Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo.
- Annali Perugia =Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia.
- Annali Trieste =Annali Triestini di diritto, economia e politica, a cura della Università di Trieste.
- ANRW =Aufstieg und Niedergang der römischen Welt; Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neuen Forschung (obra colectiva, varios volumenes, Berlín-Nueva York, 1972 ss.).
- ASDGR =Altri Studi di Diritto Greco e Romano, Milano 1976.
- Atti Roma =Atti del congreso internazionale di diritto romano in Roma, 2 vol. Pavia, 1934-35.
- Atti Torino =Atti della Accademia delle Scienze di Torino.
- Atti Verona =Atti Del Congreso Internazionale di diritto romano e di storia del diritto, Verona 1948, 4 vol; Milano 1953.
- AUPA =Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo.
- AUV =Anales de la Universidad de Valencia.
- AZP =Archiv für zivilistische Praxis, Tubinga.



Bas.	=Basilicorum libri.
BIDR	=Bulletino dell'Istituto di diritto romano, Milano; desde 1940.
C.	=Codex Iustinianus.
C.c.	=Código Civil.
C.Th	=Codex Theodosianus.
CIL	=Corpus Inscriptionum Latinarum.
Cit.	=cita o citada.
Coll.	=Collatio veteris cuiusdam iurisconsulti.
Collectio	=Collectio librorum iuris anteiustiniani.
D.	=Digesta.
DE	=Enciclopedia del diritto, Milano.
De.	=Editorial.
Festchr. Seid	=Festschrift für Erwin Seidl zum 70, Geburtstag 1975.
FIRA	=Fontes Iuris Romani Anteiustiniani, Ed. Riccobono, Baviera.
Fr. Vat	=Fragmenta Vaticana.
I	=Institutiones Iustiniani.
IJ	=Informacion juridica, Madrid.
INDEX	=Index, Quaderni camerti di studi romanistici, Nápoles.
INDEX int.	=Index interpolationum quae Iustiniani digestis inesse dicuntur, 3 vol. Weimar, 1929-35.
IVRA	=Iura, Rivista Internazionale di diritto romano e antico Napòles.
JJP	=The Journal of Juristie Papyrology, New York (Warszawa, desde 1948).
JRS	=Journal of Roman Studies, London.
LABEO	=Labeo. Rassegna di diritto romano, Napoles.
LQR	=Law Quartely Review, London.
NDI	=Nuovo Digesto Italiano.
NND	=Nuovissimo Digesto Italiano.
Nov	=Novellae Iustiniani.
P.	=Partidas, Código de las VII.
Paul. S.	=Pauli Sententiae.
PW	=Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie der klassischen Altertums-wissenschaft. Refund. a cargo de Georg Wissowa, Stuttgart.
RCDI	=Revista Critica de Derecho Inmobiliario.
RDC	=Rivista di diritto civile, Padua.
RDCO	=Rivista di diritto commerciale, Milano.
RDNNot	=Revista de Derecho Notarial.
RDP	=Revista de Derecho Privado.
RGLyJ	=Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RH	=Revue historique de droit francais et étranger, Paris.
RIDA	=Revue internationale des droits de L'antiquité, Bruxelles.

- RIL =Rediconti dell'Istituto Lombardo di scienze e Lettere, Milano.
- RISG =Rivista Italiana de Sciencia guiridica.
- RJCat =Revista jurídica de Cataluña.
- Romanitas =Romanitas. Revista de cultura juridica, Rio de Janeiro.
- RSADR =Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Romano; Córdoba, Argentina.
- SC =Senatus Consultum.
- Scritti Ferrini =Scritti in onore di Ferrini, Univ. Cattolica, Milano.
- SDHI =Studia et Documenta historiae et iuris, Roma.
- Seminar =Seminar. Annual extraordinary number of The Jurist, Washington.
- SODALITAS =Scritti in onore di Antonio Guarino, Napoli 1984.
- Studi Betti =Studi in onore di Betti, Milano (1962).
- Studi Biondi =Studi in onore di Biondi, Milano (1965).
- Studi Cagliari =Studi economico-giuridici della Università di Cagliari.
- Studi Pavia =Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Isatituto di esercitazioni presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia.
- Studi Sassaesi =Studi Sassaesi, Sassari.
- Studi Senesi =Studi Senesi, Siena.
- Studi Urbinati =Studi Urbinati, Urbino.
- TI =Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis- Revue d'histoire du droit (Groningen, Djarta, Bruxelles, La Haya).
- Z. vergl. RW =Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Stuttgart.
- ZSS =Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte romanistische Abteilung, Weimar.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD:  
*PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE.***

**CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS GARANTÍAS REALES.-**

**1. A.- LAS ANTIGUAS FORMAS DE GARANTÍA REAL EN EL DERECHO GRIEGO ANTIGUO.**

1. A. 1. *La praxis epi lysei.*

1. A. 2. *El enechyron.*

1. A. 3. *La hypothêkê.*

1. A. 4. *La apotimema.*

**1. B.- LA PRACTICA COMERCIAL MARÍTIMA COMO POSIBILITADORA DE LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS DE GARANTÍA.**

1. B. 1.- El Principio de la *anepafia.*

1. B. 2.- La práctica comercial marítima como factor de desarrollo de la pluralidad hipotecaria.

1. B. 3.- Dificultades de la evolución y desarrollo de estas formas de garantía.

**1. C.- LA CUESTIÓN DE LA POSIBLE INFLUENCIA DE ESTAS FORMAS DE GARANTÍA EN EL DERECHO ROMANO POSTERIOR.**

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO:  
ANTECEDENTES, APARICIÓN Y DESARROLLO.**

**CAPITULO PRIMERO.-  
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS GARANTÍAS REALES.-**

**1. A.- LAS ANTIGUAS FORMAS DE GARANTÍA REAL EN EL  
DERECHO GRIEGO ANTIGUO.**

Cuando nos acercamos a algunos de los manuales al uso, incluso tratándose de tratadistas de acrisolado prestigio, todavía parece darse a entender que el concepto de garantía real, por lo que al mundo latino se refiere, arranca en el Derecho Romano a través de las conocidas figuras de la *fiducia*, *pignus e hypotheca*. Ésta última se basa en el principio, según el cual, *los bienes del deudor pueden servir de garantía al acreedor mediante una simple convención, sin necesidad de pasar el dominio o la posesión a éste*<sup>1</sup>.

Incluso llega a apuntarse que la hipoteca no es sino una mera variedad del *pignus* romano, el llamado *pignus conventum*, el cual no exigía desplazamiento de posesión, conservando por el deudor, no solo la propiedad, sino también la posesión de la cosa, *recibiendo en tal caso el nombre griego de hipoteca*<sup>2</sup>.

Todo ello es verdad. Pero no toda la verdad.

En realidad, los antecedentes históricos son mucho mas antiguos. El término *hypotheca* hunde sus raíces en el mundo helénico, y aunque aquí optemos por un análisis y desarrollo propio de la hipoteca romana, a partir del *pignus* sobre los *invecta et illata* introducidos por el arrendatario de predios rústicos, de forma tácita mediante la *inductio*, no por ello cabe desconocer, que numerosos autores han realizados valiosos estudios sobre las formas de las garantías reales en el derecho griego antiguo. Así, desde Hitzig<sup>3</sup>, que trata la cuestión del origen de la hipoteca desde esta perspectiva, a las aportaciones de gran interés de la doctrina posterior, como es el caso de Pappulias<sup>4</sup>, Paoli<sup>5</sup>, Meletopoulos, Pringsheim<sup>6</sup>, Fine<sup>7</sup>, Finley, Gernet<sup>8</sup>, Wolff<sup>9</sup> ..., entre otros.

---

<sup>1</sup>CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, tomo II, volumen 2, (Derecho de Cosas), Madrid 1973, pp. 396 y ss.

<sup>2</sup>CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, op. Cit., p. 398, n.4.

<sup>3</sup>HITZIG, *Das griechische Pfandrech. Ein Beitrag zur Geschichte des griechischen Rechts*, Upsala, 1895. En donde formula la teoría del *Verfallpfand*.

<sup>4</sup>PAPPULIAS, "Das byzantinische Recht und seine Bedeutung für die griechische Rechtsgeschichte", *C.r. II Congr. Internac. et byzant.* (1929), pp. 62 ss.

<sup>5</sup>PAOLI, "Studi di diritto attico", *Publ. Firenze* 9 (1930), pp. 344 ss.

Biscardi<sup>10</sup>, consideraba que las dos formas más antiguas de garantías reales en el antiguo derecho griego fueron el *enechyron* y la llamada *praxis epi lysei*<sup>11</sup>, a las que se les puede añadir algunas más, como la denominada *hypotheke*, la *apotimema*, y otras.

### 1. A. 1. La *praxis epi lysei*.

En la *praxis epi lysei*, el propio acreedor se convertía en propietario de la cosa que había sido ofrecida en garantía, al menos hasta que se produjera el pago por parte del deudor, lo que significaba según Arangio Ruiz<sup>12</sup>, que el acreedor se convertía en dueño exclusivo desde el día del contrato, dejando al deudor el goce en precario. Precisamente, sobre esta figura, recoge

PAOLI, "Sul diritto pignoratorio attico", *ASDGR*, Milano 1976, pp. 393-407.

PAOLI, "La datio in solutum nel diritto attico", *ASDGR*, Milano 1976, pp. 409-434.

PAOLI, "La scienza del diritto attico e le sue possibilità", *Civiltà moderna*, IV (1932), pp. 210 ss.

PAOLI, *Studi sul processo attico*, Padova 1933, p. 1 ss.

<sup>6</sup>PRINGSHEIM, "Zu einer Berliner griechischen papyrus-Urkunde", *Hermes* 69, (1934) pp. 111-114.

PRINGSHEIM, "Ausbreitung und Einfluss des griechischen Rechtes", *Sitzungsb. d. Heidelb. akad. d. Wiss.*, (1952), pp. 19 ss.

PRINGSHEIM, "Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque", *RIDA*, 6 (1951), pp. 161-175.

<sup>7</sup>FINE, "A note on the compitalia", *Classical Philol.*, 27 (1932), pp. 268-273.

<sup>8</sup>GERNET, "Introduction à l'étude du droit grec ancien", *AHDO*, 2 (1938), pp. 261-292. GERNET, "Droit et prèdroit en Grèce ancienne" *Annè sociol.*, 3 (1948-1949), pp. 21-119.

<sup>9</sup>WOLFF, "Conveyance of Land in Greco-Roman Egypt", *JRS*, 57 (1945) pp. 162-181.

WOLFF, "Faktoren der Rechtsbildung im hellenistisch-römischen Aegypten", *SDHI*, 18 (1952), pp. 410-411.

WOLFF, "Die Grundlagen des griechischen Eherechts", *TI*, 20 (1952) pp. 1-29.

WOLFF, "Organisation der Rechtspflege u. Rechtskontrolle der Verwaltung im ptolemäisch-römischen Ägypten bis Diokletian", *TI*, 34 (1966), pp. 35 ss.

<sup>10</sup>BISCARDI, *Diritto greco Antico*, Milano, 1982, pp. 219.

BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Padua 1931, (reimp. Milano, 1976). BISCARDI, "La Lex Commisoria nel sistema delle garanzie reali", *Studi Betti*, 2, pp. 575 ss.

BISCARDI, *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano*, Città di Castello, 1935, pp. 58 ss.

BISCARDI, "Ancora in tema di colisiones", *SDHI*, 4 (1938); *ZSS*, 86 (1969), pp. 146 ss.

BISCARDI, "Die mehrfache Verpfändung einer sache vom attischen bis zum spätischen Recht", *ZSS* 86 (1969), pp. 146 ss.

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

<sup>11</sup>BISCARDI, "Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et...", op. Cit. pp. 41 ss.

BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano", *TDR*, (1987), p. 65.

<sup>12</sup>ARANGIO RUIZ, *Arch. giur.*, IV, 23 (1932).

Paoli<sup>13</sup> unas referencias epigráficas, donde se reconoce a un acreedor como propietario y dueño de la cosa que había sido entregada en garantía<sup>14</sup>. En el referido documento<sup>15</sup>, el acreedor pignoraticio reconoce que tiene la posesión continuada de la cosa pignorada.

En dicho pasaje se documenta sobre el *horos* propio, considerado como indicador de que “*la casa y el terreno están hipotecados por un montante de ochocientos dracmas, de tal forma que el acreedor pignoraticio es el propietario y dueño, de acuerdo con el contrato que se conserva en casa de Dínias Eunomeo*”<sup>16</sup>.

Esto nos lleva a hacer una aclaración. Aunque es cierto que las lejanas culturas mesopotámicas nos han suministrado maravillosos ejemplos de diversos tipos de indicativos de índole similar, con referencias sobre las titularidades de los inmuebles, o a sus divinidades protectoras, es en Grecia donde aparecen un sinnúmero de inscripciones jurídicas mediante los denominados *horoi*, vocablo griego genérico que permite sugerir la idea de cipos, estelas o placas de materiales líticos o metálicos. Así pues, en la Grecia del Siglo IV a. C., la situación de los bienes dados en garantía se reflejaba en los llamados *horos u horoi*, como hitos o mojones donde se reflejaba la existencia de un derecho sobre el bien. Algunos de estos *horoi* griegos nos ilustran sobre éstos, bien indicando lo relativo a la titularidad de la finca, bien a los derechos de terceros (como gravámenes, servidumbres, o inclusive derechos de retracto), o bien en lo relativo a los límites, destino o características de los bienes donde se colocaban. Para ello se utilizaban estos signos indicativos colocados en los propios bienes de forma muy similar a los rótulos autorizados hoy en día. Esta práctica está documentada en más de un centenar de *horos u horoi* griegos encontrados en las ciudades griegas de Atenas, Amorgo, Lemno y Skyros.

La función de esta institución antiquísima de los *horoi*, en realidad, también pudiera ser la de servir de advertencia o notificación de la prohibición de volver a contratar sobre la misma finca marcada. Esto se producía en virtud del llamado principio de la *anepafia* de la garantía. En virtud de dicho principio de la *anepafia*, nadie podía reutilizar como medio de garantía una misma cosa -aunque le perteneciera- y por tanto no podía volver a disponer de ella como libre, por cuanto que estaría sujeta a la posible reclamación de otro<sup>17</sup>. De esta forma, el acreedor que

<sup>13</sup> PAOLI, “Sul diritto pignoratizio attico”, *ASDGR*, Milano 1976, p. 403.

<sup>14</sup> PAOLI, “Studi di diritto attico...”, op. Cit. p. 153.

<sup>15</sup> Que está recogido en el *epígrafe IG, II, 1139*.

<sup>16</sup> “*horos khoriou kai oikias hypokeimenon oktakosion drakhmon hoste ekhein kai kratein ton themenon kata tas synthekas para Deiniai Eunomei*”. Transcripción y traducción por cortesía de D. Cirilo García Villarubia, catedrático de griego.

<sup>17</sup> Ello implicaría, en el caso de una garantía de tipo hipotecario, la prohibición de volver a hipotecar una cosa ya hipotecada. Si bien, el cabal cumplimiento del principio de la *anepafia* hacía suponer que la cosa estaría libre de posibles reclamaciones, por cuanto, la propia ley ya obligaba al deudor con la prohibición de negociar nuevos créditos sobre una misma cosa, lo que debía de estar condicionado a la posible efectividad de un régimen de notificaciones y de reflejo, digamos “registral”, de la contratación privada, amen de las incidencias que afectarían a los bienes.

reclamaba o exigía un derecho sobre un inmueble hacia público ese derecho escribiéndolo sobre los *horoi* y prohibiendo ulteriores contrataciones que tuvieran por objeto aquellos inmuebles<sup>18</sup>.

### 1. A. 2. El *enechyron*.

El llamado *enechyron*, consistía en una figura en la cual se producía la entrega efectiva de la posesión al acreedor, pudiendo esta recaer sobre muebles e inmuebles, pero sin una precisa diferenciación de las cosas objeto de la garantía, considerándose en algún aspecto similar a la figura del *pignus* romano.

No obstante, no parece tan clara la diferencia que separaba la posesión de la propiedad en el derecho griego antiguo. Según afirma Biscardi<sup>19</sup>, en base a algunas fuentes áticas, existían casos de mantenimiento de la posesión por el acreedor (*hypokeimena*), aún cuando dicho acreedor fuera pagado al vencimiento de la deuda. Ello producía un efecto de continuidad de la “prenda”, que no representaba en sí una situación diferente a aquella que se producía cuando el acreedor-adquirente continuaba con la propiedad de la cosa en la *praxis epi lysei*. Tal situación posesoria recibía el nombre de *pepramena*.

Sin embargo no parece que las diferencias entre ambas formas de garantía, -la entrega de la posesión en el *enechyron*, la retención de la propiedad por parte del acreedor en la *praxis epi lysei*- estuviera tan marcada como ocurría en Derecho Romano con la *fiducia cum creditore*<sup>20</sup> y el *pignus conventum*<sup>21</sup>.

En realidad las diferencias, de haberlas, aparecen mas que en la constitución de la garantía, o durante la vida de la situación garantizada, en el propio momento del pago. Mientras que en la *praxis epi lysei* el deudor podía pagar su deuda dentro de un determinado plazo y rescatar con ello su titularidad, en el *enechyron* en cambio, puesto que no se producía la dejación de dicha titularidad, podía pagar y recuperar la posesión pero sin límite de tiempo.

Claro está, que a igual que ocurrirá posteriormente en el desarrollo de las garantías reales en Roma y en los derechos latinos en general, privar de la posesión al deudor es también privar

---

Respeto de los antecedentes de la prohibición de volver a gravar una cosa ya gravada, vid. RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verrpfänders, besonders in den Papyri*, Leipzig, 1909, p. 9 ss. RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, 4 (1971), Tübingen, p. 173 ss.

<sup>18</sup> PAOLI, “Sul diritto pignoratizio attico”, *ASDGR*, (1976), p. 397.

<sup>19</sup> BISCARDI, “El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...” op. Cit. p. 66.

<sup>20</sup> KRELLER, “Formula fiduciae und Pfandedikt”, *ZSS*, 62 (1942), p. 143.

Sobre la misma cuestión, vid. LONGO, “Fiducia cum creditore”, *Centen. Codificaz.*, (Pavia), p. 795. BELLOCCI, “La tutela della fiducia nell’epoca repubblicana”, *Studi Senesi*, 85 (1973), p. 321.

<sup>21</sup> ARIAS RAMOS, “La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana”, *RDP*, 313 (1943), pp. 213-223.

del uso y goce de las cosas objeto de la garantía. Y si estos derechos recaen sobre cosas que atienden a la propia supervivencia del deudor, tal situación le impediría obtener los fondos necesarios para hacer frente a sus obligaciones. Por ello se imponía la necesidad de buscar la tranquilidad del acreedor, sin impedir con ello al deudor la disponibilidad material de las cosas ofrecidas en garantía<sup>22</sup>.

### 1. A.3. *La hypothêkê*.

Algunos textos literarios así como algunos discursos de oradores, aluden a una forma de garantía en la cual no se producía la pérdida de la posesión por el deudor, a la cual le llaman *hypothêkê*. Se trataba de una convención o pacto, en virtud de la cual el acreedor llegado el momento del vencimiento, si el deudor no paga podía tomar posesión de aquellos bienes que en el momento de la constitución de la garantía han quedado sujetos o asignados a ella. Y aunque Biscardi no menciona ni las fuentes, ni los textos en donde basa tal aseveración, parece ser que en el derecho ático de la época de los oradores tal practica está recogida en algunos pasajes como, en Jenofonte<sup>23</sup>, y otros como un pasaje de Lisias<sup>24</sup>, recogidos por Paoli en una brevísima nota<sup>25</sup>.

Un triarca llamado Demos, que había recibido en consigna del rey de Persia, una copa de oro como reconocimiento por haber prestado destacados servicios como alto funcionario, quiere darla en prenda a un colega para que le proporcione pro breve tiempo una cierta suma:

*una copa de oro. Y desea recibir a cambio de ella 16 minas, con el fin de poderlas gastar en la Trierarquia; y que cuando vuelva de Chipre, la desempeñará devolviendo o dando a cambio 20 minas”*<sup>26</sup>.

Demos, lo que quería dar en prenda era la copa de oro, pero de forma tal, que el acreedor no se convirtiera en el poseedor de la misma. Lo que quizás resulta mas claro al añadir el párrafo siguiente:

---

<sup>22</sup>Precisamente estos mismos inconvenientes, o al menos parecidos, se presentaron al tratar de crear una regulación para la hipoteca mobiliaria. Así, sobre los graves inconvenientes que representaba para el deudor la privación de la posesión de la cosa dada en garantía, sobre todo si tal cosa está destinada a fines agrícolas o ganaderos, vid., SANZ FERNÁNDEZ, “La prenda sin desplazamiento”, *AAMN*, 2 (1946), p. 117-120. Y vid. ROYO MARTÍNEZ, *Aportaciones al estudio de la hipoteca sobre bienes muebles*, Sevilla, 1933.

<sup>23</sup>*Hell. IV, 4, 31.*

<sup>24</sup>*De bonis Aristoph., 25.*

<sup>25</sup>PAOLI, “Studi di diritto attico...”, op. Cit., p. 159, n. 3.

<sup>26</sup>*Demos, gar ho Purilampous, trierarchon eis Kypron, edeethe mou proselthein autoi, legon hoti elabe <men> symbolon para basileos tou megalou phialen Khrysen... <Bouletai de> labein ekkaideka mnas epi autei, hin' ekhoi analiskein eis ten trierarkhian; epeide de eis Kypron aphikoito, lysesthai apodous eikosi mnas.* Traducción y transcripción por cortesía de D. Cirilo García Villarubia.



“Pues, de no haber sido por eso (la idea de empeñar la copa) hubiera aceptado inmediatamente aquella credencial con mucho gusto<sup>27</sup>”.

como credencial del gran rey. Quizás por esta razón, la propuesta es realizada a Aristófanes, ya que más que el valor intrínseco de la copa, lo que busca Demos es asegurarse una posibilidad financiera, pero sin necesidad de llegar a vender la copa. Esto es lo que le lleva a buscar la garantía que representa una prenda de la copa, pero sin la necesidad de desprenderse de la misma, como ocurría en caso de venta. Venta por otra parte, que el deudor Demos no habría podido consentir implícitamente, sin cometer además de una barbaridad, un delito de apropiación indebida y desde el punto de vista diplomático una grosera e incorrecta impertinencia.

Según se desprende de la posición de Paoli<sup>28</sup>, habría que presumir que la *hypothêkê* más que un tipo de garantía, es en origen un pacto o convenio añadido, por el cual se autorizaba al deudor a mantener sobre ciertos bienes una cierta posesión y facultando al acreedor a volver a obtener la posesión, en caso de impago del crédito. Esto es, volver a restituir la posesión al acreedor a partir del vencimiento y eso de una forma ya continuada, al menos hasta que el deudor no pague. La conclusión posible de ello es que no sería, en una primera configuración una forma de garantía, sino una cláusula añadida a un posible *enechyron*, en virtud de la cual se desvía el principio de la continuidad posesoria establecido en su constitución, por cuanto que de no hacerse así, la cosa objeto de la garantía debería de haber sido entregada al acreedor.

#### 1. A. 4. La *apotimema*.

Aparte de las figuras anteriores, la aparición de una forma especial de garantía, el *apotimema*, de aplicación, tanto para el caso de garantizar la devolución al pupilo por parte del tutor de los bienes del patrimonio pupilar, como así mismo para el supuesto de garantizar la restitución de la dote en caso de disolución del matrimonio.

Tendríamos que determinar si esta última figura se corresponde con la imagen de una garantía sin posesión, de forma similar a lo que entendemos como hipoteca que implique la existencia de una nueva institución. Lo cierto es que si bien Biscardi<sup>29</sup>, considera que el *apotimema* originariamente era similar a una *datio in solutum* con la misión de valorar las cosas dadas en garantía para el caso, de que bien el pupilo-acreedor no fuera satisfecho, llegado el caso de la restitución de su patrimonio, o bien para el supuesto que a la mujer o a quienes tuviesen derecho a ello, no les fueran restituidos los bienes dotales.

---

<sup>27</sup> *epeide hedist' <an> anthropon agein eudis ekeino to symbolon.*

<sup>28</sup> PAOLI, “Studi di diritto attico...”, op. Cit., pp. 144 ss.

<sup>29</sup> BISCARDI, “El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la ...”, op. Cit. p. 67.

Por contra Paoli<sup>30</sup>, considera que bajo el título o nombre de *apoteimema*, se pueden configurar cuatro instituciones distintas, que representan otros tantos estadios del desarrollo de la referida institución del mas remoto al mas evolucionado:

1. La *apotimèma*, similar a una *datio in solutum*, como una forma de pago.
2. La *apotimèma*-convenio, como predeterminativa de una eventual *Datio in solutum* llegado el caso, pero sin ser por ello un derecho real. Figura no confirmada por las fuentes.
3. La *apotimèma*-convenio, acompañada de un efectivo desplazamiento de la posesión, al modo de un *pignus possessionis*. Esta si que es un derecho real; una forma de prenda en la cual al vencimiento de la obligación, si el deudor incurre en mora, transforma la posesión en propiedad.
4. La *apotimèma*-convenio, con la diferencia que en lugar del desplazamiento efectivo de la posesión, se efectúa un desplazamiento ficticio mediante la inscripción en los *horoi*. Se trata esta última, de un derecho real efectivamente separado de la posesión del acreedor, afín si bien no en los efectos, si en su planteamiento estructural a una hipoteca moderna.

Reconoce el propio Paoli<sup>31</sup>, que las mas seguras son la primera y la última; la segunda es una hipótesis que no ha sido confirmada por la fuentes mas que de forma indirecta, pero que él entiende que sería necesaria para pasar de la primera a la tercera; la tercera reconoce que está documentada imperfectamente, pero es la condición necesaria para pasar a la cuarta, y además, conveniente para justificar el hecho de que las fuentes aludan a la necesidad del derecho hipotecario con palabras que indican posesión. Y además parecería inexplicable la última que se basa sobre un desplazamiento ficticio de la posesión apoyándose en el reflejo gráfico del epígrafe inserto en los *horoi*, si no fuera posible pasar efectivamente de un estadio de *apotimèma-datio in solutum*, en el cual la efectiva posesión era exigida, a otro de *apotimèma*-convenio donde únicamente se realiza un desplazamiento convencional de la misma<sup>32</sup>.

Por otra parte, la figura de la *apotimèma* no se podría dar en cambio para los bienes pupilares entre otras razones, según Paoli, porque las fuentes mencionan varias veces la garantía ofrecida por el deudor dotal, pero no la ofrecida por el tutor. Además piensa que por otra parte, habría que excluir la posibilidad de la existencia de una garantía ofrecida por el tutor en favor de los pupilos, sobre todo por el argumento, -según Paoli<sup>33</sup>- que “*una tal garantía aunque fuera considerada oportuna, era imposible*”.

Efectivamente, en la hipótesis de una mujer que va al matrimonio llevando una dote, se presupone siempre la existencia de dos *oikoi* o grupos de bienes, el originario de la mujer y el *oikos* marital. Si la mujer es ya una heredera y acude al matrimonio con todo el *oikos* paterno, no se puede hablar de dote. Ya que a decir de Paoli se trata de una *epíkleros o heredera*, y no ya de

<sup>30</sup> PAOLI, “Sul diritto pignoratizio attico”, *ASDGR*, (1976), p. 396.

<sup>31</sup> PAOLI, “La datio in solutum nel diritto attico...”, *Op.cit.* p. 396.

<sup>32</sup> PAOLI, “Sul diritto pignoratizio attico...”, *op. Cit.* p. 404.

<sup>33</sup> Que PAOLI expone en sus “*Studi...*”, p. 169 ss.

una *epítroikos*<sup>34</sup>. Ya que en el caso de la *epíkleros*, no existe esa duplicidad constituida por el *oikos* paterno del que parte la dote, y del *oikos* marital al cual ha venido a incorporarse durante todo el tiempo que dure el vínculo matrimonial, ese fragmento de *oikos* paterno que es diferente de la dote.

Todo el *oikos* paterno de la heredera *epíkleros*, viene a formar parte del *oikos* marital. Esa duplicidad a su vez, debe de ser supuesta en todos los aspectos jurídicos que asume la dote. Ello significa que la mujer heredera en realidad recibe dicho grupo de bienes libremente y desvinculados de otras cargas, a diferencia de los bienes dotales.

En el caso de la tutela, ocurre otro efecto distinto por lo que respecta a los pupilos, se repite aparentemente la misma condición en las cosas que deben de ser considerada como *epíkleros*. El *oikos* del pupilo es absorbido provisionalmente por el *oikos* del tutor, el cual - como el propio Arangio Ruiz<sup>35</sup> ha demostrado para una etapa mas arcaica- se convierte en el titular de los bienes del pupilo. Con lo cual no son dos *oikois*, el del pupilo y el del tutor, los que funcionan como patrimonios separados, sino que aquí en realidad lo que hay es un solo *oikos*. De esta manera, si el tutor se viera obligado a prestar una garantía real, en ultima instancia se convertiría en deudor de sí mismo, puesto que el patrimonio pupilar quedaría integrado con su propio patrimonio, y la garantía en si misma se haría de imposible constitución ya que se extinguiría por confusión en el momento mismo de su nacimiento. De ahí que en definitiva, el deudor dotal estaría obligado a ofrecer eventualmente una garantía, el tutor no.

No queremos dejar de hacer destacar un hecho que resulta fundamental, a nuestro juicio, y que pudiera haber sido el autentico motor de la transformación de las antiguas formas de garantía en algunas de las últimas figuras hipotecarias: El desarrollo del comercio marítimo.

### **1. B.- LA PRACTICA COMERCIAL MARÍTIMA COMO POSIBILITADORA DE LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS DE GARANTÍA.**

No cabe duda que una prenda tradicional o *enechyron*, en la cual la posesión quedara en manos del acreedor no podía utilizarse ni como medio de garantía ni como medio para facilitar la obtención del crédito en el comercio marítimo, ya que claramente el *naukleros*<sup>36</sup>, quedaría sin los medios que le permitieran hacer frente al pago en el momento del vencimiento, como podría ser la propia nave y el utillaje de navegación.

<sup>34</sup> Para la distinción referida, se puede considerar el término *epikleros*, como heredera, y a *epiproikos*, como mujer que hereda un derecho sobre una propiedad a titulo de dote, a diferencia de aquella que no tiene dote. ARANGIO RUIZ, "Recensioni critiche: PAOLI...", AG, XXIII, 2 (1932), p. 249).

<sup>35</sup> ARANGIO RUIZ, "Erede e tutore", *Atti Napoli*, 53 (1930), p. 1, ss.

<sup>36</sup> Sobre la figura del *naukleros*, se puede consultar el trabajo de AMELOTTI-MIGLIARDI ZINGALE, "Una dichiarazione di *naukleros* del 237 a. C. in un papiro inédito della collezione Genovese", *SODALITAS*, 6 (1984), donde comenta el caso de Menelaos, *naukleros* al mando de una embarcación con una capacidad de transporte de unos 5.000 artabes, en el año décimo del reinado de Tolomeo III Eugertes constituye garantía sobre la nave en favor de Nysios, obligándose a transportar el grano a Alejandría.

Por tanto, era preciso que se permitiera el libre desplazamiento de la cosa aunque estuviera gravada, sin que por ello el acreedor viera peligrar su crédito. Para conseguir ésto, era necesario que el deudor pudiera tener la disponibilidad material de la cosa, si bien al mismo tiempo sometido una especial coacción psicológica que impidiera que volviera a constituir garantía sobre una cosa que ya previamente estaba gravada.

Para conseguir esta finalidad se hizo necesaria la consagración como principio jurídico indiscutible el de la *anepafia*<sup>37</sup>, y como consecuencia, el establecimiento de la sanción correspondiente a la prohibición de vincular la cosa a la obtención de nuevos medios de crédito, al menos mientras no estuviera libre de la anterior garantía.

### 1. B. 1.- El Principio de la *anepafia*.

En virtud el principio de la *anepafia*, nadie podía reutilizar como medio de garantía una misma cosa, aunque le perteneciera, y por tanto, no podía volver a disponer de ella como libre, mientras estuviera sujeta a la posible reclamación de otro.

Ello implicaba en el caso de la *hypothêkê*, la prohibición de volver a constituir garantía sobre cosa ya hipotecada. Si bien, un cumplimiento estricto del principio de la *anepafia* podría hacer suponer que la cosa estaría libre de posibles reclamaciones por cuanto que la propia ley ya obligaba al deudor con la prohibición de negociar nuevos créditos sobre una misma cosa<sup>38</sup>, ello estaría condicionado en su eficacia, por la necesidad del establecimiento de un efectivo régimen de notificaciones y de advertencias en la contratación privada, amén de la necesidad de dejar patentes todas aquellas incidencias que afectaran a los bienes.

Un fragmento de una obra ya desaparecida de Teofrasto (372-288 a. C.), recogida por Juan Estobeo, antologista del siglo V d. C., en sus “Antologías” o “*Florilegio*”, como extractos de carácter educativo sobre la literatura griega, parece recoger un testimonio sobre las formas de publicitar las ventas y demás transacciones en el antiguo mundo helénico. El Texto recogido por Fernández del Pozo<sup>39</sup>, dice así:

*“Ciertas legislaciones quieren que las ventas sean proclamadas por un heraldo público y que sean anunciadas con varios días de antelación. Otras, exigen que éstas tengan lugar delante de un magistrado. Así, la ley de Pittacos ordena que la venta sea realizada*

---

<sup>37</sup>El principio de la *anepafia* es aquel principio, en virtud del cual el propietario de una cosa no puede servirse de la misma como medio de crédito, si no está libre de préstamos en favor de otro.

<sup>38</sup>Respecto de los antecedentes de la prohibición de volver a gravar una cosa, ya previamente gravada, vid., RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri*, Leipzig, 1909, p. 9 ss. RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, 4 (1971), Tübingen, p. 173 ss.

<sup>39</sup>FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el registro de la propiedad en las sociedades antiguas*, Madrid 1993, pp. 156-160.

*delante de un magistrado. Hay, las que prescriben que la venta sea publicada en el sitio donde tiene su sede el magistrado durante al menos sesenta días como en Atenas, y que el comprador pague la centésima parte del precio, para liberarse de todo aquel que venga a reclamar y a discutir su derecho, y que se sepa por el pago del precio cual es el justo adquirente.*

*casa...*

*reunirse y dar a tres de los mas próximos vecinos una pequeña pieza de moneda, en memoria y testimonio de lo hecho. En el buen entendido, que los magistrados en un caso y los vecinos en otro, deben de ser tenido por responsables si se niegan a recibir, o si reciben dos veces la misma persona, o si habiendo recibido, se niegan a indicar el nombre del comprador. Además, no conviene olvidar que los anuncios y proclamas y todo lo que concierne a las oposiciones, no son en la mayor parte de los casos, sino expedientes empleados para remediar la ausencia de otra norma.*

*porque el magistrado inscribe inmediatamente al comprador en lugar del vendedor.*

*Como quiera que, a veces, existen testafierros en las compras y ventas, cuando alguien quiere enajenar sus bienes, conviene que existan normas sobre este particular.*

*sacrificar sobre el altar de Apolo que preside en su distrito; aquel que compra un campo debe de sacrificar en la villa donde habita y jurar, delante del magistrado encargado de la inscripción y delante de tres habitantes de la villa, que él ha adquirido en justicia, sin fraude, ni simulación, ni vicio de alguna clase. El vendedor debe de jurar de la misma manera que él vende sin dolo. Quien no habitara en la villa, debe de sacrificar y prestar juramento sobre el altar de Júpiter Agoraios. Los menesterosos pueden quedar libres del juramento con una ofrenda de perfumes. A falta de estas formalidades el magistrado deniega la inscripción”.*

Del referido texto se infieren varias cosas interesantes, como son la existencia de una magistratura especial, ante la que se efectuarían las ventas, o estaban encargada de publicitar las ventas en sede del magistrado, así como estaría encargada del registro de los contratos privados y las resoluciones de los tribunales.

Y aunque Aristóteles<sup>40</sup>, al parecer menciona a este tipo de funcionario en el quinto lugar entre las seis primeras magistraturas políticas indispensables para el buen funcionamiento del Estado, parece ser que la polis ateniense carecía de tal magistratura<sup>41</sup>. Por otra parte, al aludir a dicha magistratura como necesaria para el Estado parece dar a entender que en otras *polis* griegas si que podía estar establecida, aunque no fuera de modo general.

---

<sup>40</sup>En *Pol. VI 1321, b34; 1322, b34*.

<sup>41</sup>Esta magistratura, *arkhe*, era la encargada de hacer inscribir (*anagrafesthai*) los contratos y las resoluciones judiciales a decir de FERNÁNDEZ DEL POZO (vid., en *La propiedad inmueble y el registro de la...*, op. Cit. p. 158, n. 394). Sobre dicha magistratura, vid., GEORGUODI, *Manieres d'archivage et archives de cités*, Cahiers de Philologie, Presses Universitaires de Lille, p. 244; y GERNET, “Sur L'obligation contractuelle dans la vente hellénique”, *RIDA*, 2 (1953), p. 234.

La cuestión, bastante interesante, es que se va imponiendo la necesidad de dar publicidad sobre los gravámenes a fin de impedir la duplicidad de los mismos sobre los bienes. Y si bien es cierto que ya en la Grecia antigua, existía un régimen de notificaciones sobre inmuebles<sup>42</sup>, aunque lo fuera de forma meramente pasiva mediante la utilización de determinadas marcas -los conocidos *horoi*- en los fundos rústicos, o en los edificios urbanos, aparte de otras formas privadas de la *aporrhesis*, o los intercambios de señales, como las piezas de monedas u otros objetos entre los participantes y testigos. Estas formas primitivas de publicitar las transacciones, que en origen era un simple medio para poder acreditar la operación efectuada, llega en su momento a sustituir la transferencia real de la posesión de los bienes, por una forma mas conveniente de dar publicidad a los terceros mediante su reflejo escrito en los propios *horoi*, y después mediante una inscripción ante un magistrado que va a cumplir una nueva finalidad. De esta forma, fue posible que los *horoi* cuya función originaria no era precisamente la de notificar una prohibición o advertir de la existencia de un gravamen<sup>43</sup>, acabaran asumiendo junto a la formalización ante el magistrado, una función análoga a la de nuestra inscripción hipotecaria<sup>44</sup>.

A pesar de las prohibiciones legales, la violación del principio de la *anepafia* debió de ser cosa frecuente, puesto que, aunque el acreedor pudiera presumiblemente conocer la existencia de la carga anterior, pudiera ser que a pesar de ello estuviera interesado en tratar de realizar una nueva convención que le permitiera detentar un nuevo derecho de crédito.

### **1. B. 2.- La práctica comercial marítima como factor de desarrollo de la pluralidad hipotecaria.**

No obstante lo anteriormente referido respecto al principio de la *anepafia*, una incesante practica comercial marítima, acaba por reconocer en favor del acreedor la necesidad del derecho a vender la cosa, -una vez que tuviera la posesión de la misma- dándosele el nombre de *embateusis* o *embateia*. La innovación introducida está en que dicha venta conllevaba aparejada la posibilidad de detraer del producto de la misma, el importe del crédito no satisfecho. Y puesto que, era posible por voluntad de las partes, la introducción de una cláusula que permitiera substraerse al acreedor del régimen de la continuidad posesoria en la *hypotheke*, dicha práctica avoca a la derogación de hecho del principio de la *anepafia*, con lo cual al final, éste deja de ser considerado como una disposición de orden público.

Con el tiempo, según Biscardi<sup>45</sup>, esta práctica comercial marítima de poder vender el producto de la nave, y con ello sufragar el importe del crédito no satisfecho, acabó por incorporarse a la convenciones de *hypotithenai*, o pacto por el cual se designan sobre qué bienes

<sup>42</sup>BISCARDI, “El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la ..., op. Cit. p. 68.

<sup>43</sup>PAOLI, *Studi...*, p. 185, n. 2.

<sup>44</sup>FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el registro de la...*, op. Cit., p. 159.

<sup>45</sup>BISCARDI, “El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la..”, op. Cit., p. 70.

puede tomar posesión el acreedor en caso de impago de su crédito. A dicho pacto se le solía añadir una cláusula en virtud de la cual dichos bienes podían venderse para resarcir al acreedor de su crédito, en vez de la modalidad anterior, según la cual, habría de permanecer con ellos en la espera de un posible rescate por el deudor. Todo ello nos induce a pensar que durante bastante tiempo no pudo llegar a plantearse la coexistencia de una pluralidad de garantías hipotecarias sobre una misma cosa; bien, porque en el caso de la *enechyron*, por su entrega efectiva de la posesión al acreedor; bien en la *praxis epi lysei*, por que el propio acreedor se convertía en propietario de la cosa ofrecida en garantía, al menos hasta el pago de la deuda; o bien, porque el principio de la *anepafia*, imponía directamente la prohibición de negociar nuevos créditos sobre la misma cosa.

En cualquiera de estos casos se dificultaba que una misma cosa fuera objeto de nuevas garantías con nuevos acreedores. Fue necesario que desaparecieran todos estos obstáculos, para que la posibilidad de concurrencia de varias garantías reales sobre los mismos bienes fuera posible. Fuera bien como una práctica mercantil marítima, o bien por voluntad de las partes, como dice Biscardi<sup>46</sup>, era imprescindible para que se posibilitase la concurrencia de varios vínculos hipotecarios sobre una misma cosa, no solo que ésta no estuviera sujeta a la excluyente posesión de uno de éstos, sino además el cumplimiento de una serie de premisas como son las siguientes:

a. Que la garantía real no implique el desplazamiento de la posesión, por cuanto que en tal caso, el acreedor que detentara tal posesión obtendría preferencia en su crédito.

b. Que este no desplazamiento de la posesión en favor del acreedor durante la vida del crédito tenía que ser conciliado con la idea de que al terminar el período de garantía el acreedor no estuviera facultado para posesionarse de la cosa. La razón habría que buscarla en que, en tal caso, el acreedor-poseedor fácilmente podría pensar en reintegrarse de su deuda con la cosa, sobre la cual tiene ya la posesión, con lo cual sería difícil que éste la cediera a otros acreedores que también tuvieran derechos de crédito sobre la misma.

c. Que la posibilidad y concurrencia de créditos distintos sobre una misma cosa, lo fueran por debajo del valor real de ésta. Es lógico pensar, que si el valor de la cosa fuera inferior a la cuantía de la deuda lo que se obtuviera por la venta no permitiría al acreedor recuperar su crédito y el deudor continuaría obligado por la diferencia. Situación ésta que los antiguos griegos denominaban *elleipon*<sup>47</sup>. Por contra, la situación que posibilitaría la simultaneidad y concurrencia de distintos créditos con diferentes acreedores es justo el caso opuesto: Que el valor de la cosa sobre la cual se constituye la garantía debía de exceder de la cuantía de la deuda, para que así dicho excedente quede en favor del deudor y posibilite la obtención de nuevos créditos. Tal excedente bien conocido con el nombre de *hyperoche o hyperocha*, es imprescindible que exista para poder encontrar otro acreedor<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup>BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la... Op. Cit., p. 70.

<sup>47</sup>BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la..., op. Cit., p. 71.

<sup>48</sup>Existe un texto de TRIFONINO, recogido en D.20.4.20 (*TRYPHONINUS, Lib. VIII Disputationum*), donde se utiliza el término *hyperocha*, y en dos ocasiones en el mismo fragmento:

d. La simultaneidad de créditos no puede implicar que se plantee una exclusión entre los diversos acreedores entre sí, puesto que en tal caso no se podría hablar de preferencias: La existencia de un solo acreedor excluyente apartaría a todos los demás.

e. Y por último, que el crédito no puede recaer sobre la totalidad del valor en cambio de la cosa (*hosoi pleinos axion*), siendo necesario que quede un valor residual que pudiera ser destinado a garantizar otra deuda.

Lo cierto es que hay fuentes que reflejan no solo operaciones de garantía sobre el resto del valor de una cosa, que había sido ya anteriormente objeto de garantía, con lo que evidencia su posibilidad práctica, sino también, estableciendo la preferencia en tales casos del derecho de garantía anterior, así Biscardi, comenta que algunos oradores como Aristóteles, aluden a “*tomar una segunda hipoteca sobre un fundo*”, o “*tomar a préstamo sobre un fundo ya hipotecado*”<sup>49</sup>.

Y de entre los textos, quizás el más importante sea una ley de Éfeso<sup>50</sup>, datada como anterior al año 297 a. C.<sup>51</sup>. Con dicha ley se trataba de salir al paso de la deficiente situación de los deudores hipotecarios, agobiados por las estrecheces provocadas por la situación de la guerra, que paralizaban la mayoría de las actividades de producción, en razón, a que precisamente esa situación de guerra impedía reunir el dinero necesario para atender el vencimiento de las deudas.

Por otra parte, Gernet<sup>52</sup>, narra como en tiempos de Aristóteles se produjo una situación de penuria y en la *polis* se aprovechó para aprobar una ley que exigía la inscripción de las deudas, para poder subrogarse la propia *polis*, en lugar de los acreedores mediante la inscripción a su nombre de los créditos que tenían éstos contra los deudores. De esta forma, se erigía en destinataria del pago del capital, a cambio del interés que se pagaría a los primitivos

---

*querebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seius credidisset quinquaginta, et hyperocham huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta, quod plus est in pretio rei, quam primo credidisti, utrum ei ob quinquaginta, an tibi in quadraginta cederet pignoris hyperocha finge, Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam?. Dixi, consequens esse, ut Seius potior sit in eo, quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa primo ordine credita, usurarumque eius, postponatur primus creditor in summam, quam postea eidem debitori creditit.*

Según MIQUEL se trata del único texto del Digesto en donde aparece la palabra *hyperocha*. MIQUEL, “El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico”, *AHDE* 29 (1959), p. 264.

<sup>49</sup>BISCARDI, “El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...”, op. Cit., p. 71.

<sup>50</sup>Catalogada por DITTENBERGER. Vid. DITTENBERGER, *SYLL* 3, p. 591.

<sup>51</sup>Frente a la opinión de PARTSCH, (PARTSCH, *Griechisches Bürgerschaftrecht I*, Leipzig-Berlín, 1909, p. 261), que la databa en el siglo V a. C., o en todo caso en el siglo II a. C., HERBERDEY la fechó como anterior a dicho año del 297 a. C.. La razón la establece en cuanto que la referencia que hace a una guerra, entiende que se trata de la guerra entre Lisímaco y Demetrio finalizada en dicho año. HERBERDEY, *Forschungen in Ephesos* 2, Wien 1912, p. 98.

<sup>52</sup>Vid., GERNET, “Introduction à l’étude du droit grec ancien”, *AHDO*, 2 (1938), pp. 261-292.



acreedores<sup>53</sup>. Por otra parte, frente a la posibilidad que representaría la adjudicación directa de las cosas gravadas en favor de los acreedores, con la consiguiente alarma social, el legislador de entonces, permitió que los deudores de buena fe podrían liberarse dejando a los acreedores únicamente una parte del inmueble gravado, previa estimación de su valor referida al estado en el momento de la obtención del préstamo hipotecario.

De todas formas, la cuestión estriba en si esto se puede entender como un sistema muy rudimentario de garantías, ya que aparte la prohibición de la *epidaneizein* -el préstamo de dinero con la garantía de la nave o de las mercancías transportadas- lo que es fácilmente vulnerado mediante el simple expediente del sometimiento de la voluntad del deudor a la del acreedor, y de esta manera obviar la necesidad de expresar una equivalencia entre el importe de la garantía y el valor de los bienes que la cubren. Con lo cual podía darse en la práctica que el valor real de los bienes fuera muy superior a la de la deuda pretendidamente cubierta. Y esto, si que pudo haber posibilitado un mayor desarrollo de la pluralidad de garantías recayentes sobre los mismos bienes.

### 1. B. 3.- Dificultades de la evolución y desarrollo de estas formas de garantía.

Un cúmulo de factores se conjuraron para dificultar el desarrollo y difusión de las garantías anteriores. Entre otros, la propia configuración de la *praxis epy lysei* -con su transmisión de propiedad-, el principio de la *anepafia*, que conlleva la imposibilidad de utilizar la cosa como medio de obtención de nuevas garantías -a menos de caer bajo la subyugación del acreedor-, la coacción psicológica que pesaba sobre el propio deudor en caso de incumplimiento, y la dificultad no menor de la obtención de una justa valoración de la cosa en relación con la garantía que cubre su valor, suponían inconvenientes no pequeños, que propiciaron que los griegos no llegaran a desarrollar y menos a plantearse en toda su extensión el problema de la pluralidad de vínculos hipotecarios sobre un mismo bien.

### 1. C.- LA CUESTIÓN DE LA POSIBLE INFLUENCIA DE ESTAS FORMAS DE GARANTÍA EN EL DERECHO ROMANO POSTERIOR.

¿Es posible que tales figuras tuvieran repercusión siglos después en el Derecho romano?.

La cuestión de la influencia de estas formas de garantía en el Derecho Romano, es una cuestión sumamente compleja, y sobre la cual solo se pueden apuntar algunas conjeturas de diversa índole, jurídica, económica, o sociológica.

A) Así, desde el punto de vista jurídico, tal vez al no permitirse hipotecas simultáneas recayentes sobre los mismos bienes, en virtud del *principio de la anepafia*, según el cual nadie podía reutilizar como medio de garantía una misma cosa, aunque le perteneciera, y por tanto, dificultaba el volver a disponer de ella como si fuera libre, por cuanto que estaría sujeta a la posible reclamación de otro. Ello implicaría, en caso de hipoteca, la prohibición de volver a hipotecar una cosa ya hipotecada, lo cual en Roma se conoció durante bastante tiempo como *crimen stellionatus*. Y aunque en Roma, el desarrollo posterior de esta figura permitió, como

<sup>53</sup>GERNET, op. cit., p. 274.

trataremos de ver posteriormente, la pluralidad garantía, la influencia griega marcó su incidencia sobre la terminología latina.

Así por ejemplo, en el caso de hipotecas sucesivas, el ámbito de la nueva garantía solo podía recaer sobre algo, que en Grecia es conocido como *hiperechonta o hiperochae*, lo cual también se recoge en el derecho romano: el *superfluum o remanente* del valor del bien.

B) Desde el punto de vista económico: En caso de impago de la deuda, si le faltara al acreedor por recuperar parte de su crédito, podría utilizar para resarcirse el patrimonio restante del deudor, lo que supone una extensión de la garantía sobre dicho patrimonio, muy favorable para el acreedor, pero muy perjudicial si se quiere conseguir otros créditos. Nadie o pocos al menos, querrían constituir una segunda garantía sobre algo que puede ser cada vez mas reducido.

C) Desde el punto de vista sociológico. Roma, o el imperio romano formula y legisla con sus propios medios e instituciones. Puede que merced al mimetismo y sentido practico del genio romano que utilizara términos para instituciones semejantes, a igual que lo hizo con los dioses, costumbres o pensamiento griego, pero siempre bajo su peculiar y útil criterio.

En cuanto a la cuestión de si estas formas de garantía pudo influir de manera mas precisa en el desarrollo posterior de las garantías romanas, la deducción que podemos adelantar es que probablemente lo hizo de forma mas patente en cuanto a la utilización de la terminológica de algunas de las figuras o conceptos ya empleados anteriormente por los griegos, pero que en cuanto a su evolución concreta, la hipoteca romana arranca de instituciones genuinamente latinas. Tales cuestiones, como son la aparición, la terminología y el desarrollo serán objeto de tratamiento en el capítulo siguiente.

## **LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO**

### **CAPITULO II.- LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO; SU APARICIÓN Y DESARROLLO.**

#### **II. A.- APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA ROMANA.**

**2.A.1. La cuestión terminológica.**

**2.A.2. La relación entre el *pignus* e *hypotheca*.**

**2.A.3. El desarrollo de la hipoteca romana.**

#### **II. B.- EL DELITO DE *STELLIONATUS* EN EL *PIGNUS* ROMANO.**

**2.B.1. El principio de la *anepafia* y el delito de *stellionatus* en los textos latinos.**

**2.B.2. Sus penas.**

**2.B.3. Sus efectos sobre la contratación.**

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

### CAPITULO II.- LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO; SU APARICIÓN Y DESARROLLO.

#### II. A.- APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA ROMANA.

En el capítulo anterior habíamos planteado que la cuestión referida al origen de la hipoteca era una de las cuestiones de más amplio debate doctrinal. Así, mientras algunos autores defendían su origen griego, como era el caso de Paoli<sup>1</sup> o de Biscardi<sup>2</sup>, los cuales parecen querer establecer ciertas analogías entre el sistema hipotecario ático y el *pignus* romano; por contra, lo cierto es que hoy en día, la mayoría de la doctrina romanística considera que la teoría del origen griego<sup>3</sup> de la hipoteca, está abandonada, siendo opinión dominante la que se inclina por un desarrollo de la hipoteca romana a partir del *pignus* sobre los *invecta et illata* en los arrendamientos de los predios rústicos.

El maestro D'Ors, criticaba la tesis del origen griego de la hipoteca romana, afirmando -a propósito del *Carmen 26* de Catulo- que la situación hipotecaria era desconocida para los romanos de la época republicana, y que probablemente a lo que Catulo se refería es a una institución griega<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>PAOLI, *Sul diritto pignoratizio attico*, Milano 1976, p. 394.

<sup>2</sup>BISCARDI, *Diritto greco Antico*, Milano 1982, p. 219; "Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain", *JJP* 19 (1983) pp. 41 ss.; "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano", Barcelona 1987, p. 60.

<sup>3</sup>*El derecho griego no fue desconocido por los juristas de Roma, pero ello no quiere decir que siguieran miméticamente sus instituciones; antes al contrario, el derecho romano fue un derecho nacional original síntesis de normas, reglas e instituciones...*. IGLESIAS, *Roma, claves históricas*, Madrid 1985, p. 43.

<sup>4</sup>Frente a la pretensión de Manigk en su artículo "*Pignus*" en *R.E., PW* (1913), p. 343 ss., D'ORS advierte que Cicerón no refleja en ningún momento la existencia de una hipoteca romana, aunque alude a la hipoteca griega. Tampoco se puede encontrar nada en el texto de Terencio del *Phormio 661*, donde Manigk quiere ver una alusión a la hipoteca, cuando en realidad lo es con una figura griega: *Ager oppositust pignori ob decem minas*. D'ORS, "Recen. Manigk", *ADHE* 15 (1944) p. 685.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

Sargenti<sup>5</sup>, y con él la mayoría de la doctrina<sup>6</sup>, consideraba que la opinión dominante había identificado el *pignus* sobre los *invecta et illata* con la hipoteca<sup>7</sup>, pero como reconocía el propio D'Ors, se trataba de un *pignus conventum* sobre los instrumentos de trabajo introducidos por el arrendatario en el fundo<sup>8</sup>. De esta manera, el arrendatario introduce en el fundo animales, esclavos y aperos de labranza (*invecta et illata*), conviniendo con el arrendador que tales útiles garantizarían el pago de las rentas del arriendo y, para que no pudieran ser retirados por el propio arrendatario, el pretor concedía al arrendador un interdicto posesorio sobre dichos *invecta et illata*. Precisamente, de la consideración que se tenga de la naturaleza y evolución de dicho interdicto posesorio va a resultar si estamos en presencia de un *pignus* o de una *hypotheca*.

Si el interdicto es de retener la posesión, significa que el arrendador ya la tenía previamente al ejercicio del mismo, y por tanto, lo que se había constituido era una prenda sobre los *invecta*. Si es por contra, de adquirir, supondría que carecía de la misma porque la posesión de los aperos había permanecido en manos del deudor-arrendatario, con lo cual se trataba de una hipoteca.

### 2.A.1.- LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA.

---

<sup>5</sup>SARGENTI, "Il *De agri cultura* di Catone e le origine della ipoteca romana", *SDHI* 22 (1956) pp. 158 ss.

<sup>6</sup>Aunque la doctrina actual está dividida sobre cuáles son las relaciones contractuales 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 garantizaba en realidad 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*, Paris 1899, pp. 25 ss.), SARGENTI ("Il *De agri cultura* di Catone, cit., pp. 158 ss.), y FREZZA (*Le garanzie delle obbligazioni*, 2. Le garanzie reali, Padova 1963, pp. 22 ss.).

<sup>7</sup>En este punto como tendremos ocasión de comprobar no hay contradicción: la hipoteca romana evoluciona a partir del *pignus* pero en el siglo I a. C. todavía no era considerada la figura de la hipoteca como instituto jurídico con entidad independiente.

<sup>8</sup>Sobre los arrendamientos rústicos en la vida económica romana, véase MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho romano clásico*, Bilbao 1986, pp. 33 ss.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

En origen, el interdicto es de retener, pues el hecho de la *inductio*<sup>9</sup>, esto es, la introducción de los objetos en el fundo equivalía en cierto modo a una entrega de la posesión de los mismos en favor del arrendador, el cual seguía siendo el dueño del fundo<sup>10</sup>. Llegado el caso del impago de la renta por el arrendatario, para evitar que pudiera llevarse consigo dichos *invecta et illata* el arrendador podía ejercitar un interdicto posesorio que le facultaba a retener lo que hasta ese momento estaba dentro de su fundo y por tanto bajo su posesión civil<sup>11</sup>.

Posteriormente, esta situación evoluciona mediante el pacto (*conventio pignoris*) por el cual, aunque el arrendador sigue siendo el poseedor civil de la finca, permite al arrendatario conservar la posesión de los *invecta et illata*, dado que éstos

---

<sup>9</sup>El concepto de *inductio* aparece ampliamente recogido en las fuentes; así, en D.20.1.32 se alude a *inducta invecta importata*; en D.20.2.7.1, a *omnia illata vel inducta*; en D.20.4.11.2 a *inducta in fundum illata*. Mentxaka recoge la opinión de Dernberg según la cual el termino *inducta* señala sin -duda a los esclavos y animales, en oposición al mobiliario inmóvil (*op. cit.*, pp. 3 ss. n. 3, 38, y 39). En cambio Biscardi parece referirse con este termino a los bienes del inquilino en contraposición a *invecta et illata* más propios de los arrendamientos rústicos. Para Mentxaka con esta -serie de sinónimos (*inducta, illata, invecta*) se hace referencia a un conjunto de cosas pero sin especificar qué objetos podían constituir los *invecta et illata*. Según la autora el término *inducta* podía hacer referencia a los esclavos o animales, mientras que *invecta et illata* o *importata* posiblemente hacía referencia al mobiliario inmóvil, (*op. cit.*, p. 39), entre otras razones porque el término *inducta* no se utilizaba para referirse usualmente a los esclavos y animales que evidentemente no se llevan a un almacén. (*op. cit.*, p. 98, n. 29-30). No obstante, creemos que *inducta* es un término abstracto que alude a lo introducido y que sin más se entendía pignorado en garantía del impago de las rentas del arrendatario.

<sup>10</sup>En D.20.4.11.2 se recoge un caso de Gayo (GAIUS, *de form. Hyp.*), denominado “Hipoteca de los aperos y del ganado del colono”. En dicho caso, un colono conviene que los efectos introducidos y lo que naciese en la finca quedaran en prenda, y antes de introducirlos entrega la misma cosa en hipoteca a otro, introduciendoles posteriormente en el fundo. Ante este supuesto, se discutía la preferencia entre el arrendador o el acreedor posterior. Según Gayo, será preferente el que recibió la garantía especial e inmediata, porque la cosa no quedó hipotecada en virtud de la convención anterior, *sino porque fue introducida en el fundo*, lo cual ocurrió con posterioridad. Por otra parte, POMPONIO, (D.20.2.7 pr), señala que en los fundos rústicos los frutos que en ellos se producen se entienden tácitamente hipotecados por el propietario del fundo arrendado, aunque no se hubiera convenido así expresamente. GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano. Casos, acciones e Instituciones*, Ed. Académicas S.A., Madrid, 2.001, pp. 454 y ss., &169.

<sup>11</sup>Este es el sentido de D.43.33.1.1 (Jul. 49, *Dig.*).

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE.***

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

siguen respondiendo del pago de las rentas arrendatarias. Con ello, se transforma la situación posesoria, pues la *inductio* equivale no a la entrega de la posesión en favor del arrendador, sino a una convencional constitución de garantía en favor del arrendador, pero permaneciendo la posesión de los aperos en manos del arrendatario. De esta forma, a partir de este momento el interdicto que puede ejercitar el arrendador, en el caso de impago, va dirigido a obtener el apoderamiento de los bienes o *interdictum adipiscendae possessionis*, para poder adquirir la posesión que convencionalmente el arrendador había cedido al arrendatario. En este delicado juego, y como remedio de signo opuesto, el arrendatario tenía el interdicto *de migrando* que presuponía que el canon arrendatficio había sido pagado, y por el cual se concedía que pudiera llevarse las cosas, que habían sido objeto de una *datio pignoris*. Esto significa, que lo que hasta ese momento no era sino un *pignus datum* pasa a ser un *pignus conventum*<sup>12</sup>.

Este interdicto ya de adquirir, va a recibir el nombre de *salvianum*, y es al que se refiere el pasaje de I.4.15.3:

*interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

El hecho que se le denomine salviano no debe de inducirnos a error: el interdicto en su origen facultaba al arrendador a recuperar o recobrar la posesión y de él se valía el dueño del fundo para evitar que las cosas del colono puedan salir del inmueble, desde el preciso momento en que éste hubiera pactado que habrían de quedar en prenda en pago de las futuras mercedes debidas por el arrendamiento del fundo. Ahora bien, una vez que se reconoce la facultad al arrendador de adquirir la posesión de los bienes para poder proceder contra el inquilino, el interdicto cambia su naturaleza, aunque siga utilizándose para la misma finalidad, que es proceder contra los bienes que eran la garantía del pago de las rentas.

Paulatinamente, se siente la necesidad de que el arrendador quede también protegido, no solo contra el deudor sino frente a cualquier otro poseedor de los bienes. Pero para ello no basta ya la simple protección interdictal, sino que es necesaria una *actio* que permita al acreedor, en caso de un *pignus conventum*, reclamar de todo tercero las

---

<sup>12</sup>Sobre el origen de la distinción entre la *datio* y la *conventio*, véase RASCÓN, *Pignus y custodia en el Derecho Romano clásico*, Oviedo 1976, pp. 32 ss.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

cosas objeto de garantía. Esta acción que aparece antes del edicto perpetuo se conoce como *actio serviana*, siendo recogida en D.20.1.18<sup>13</sup>:

*si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.*

De esta manera se obtiene una protección vía pretoria que permite utilizarla contra cualquiera, sea el deudor sea un tercero, convirtiéndose el *pignus conventum* en un derecho real sobre cosa ajena.

Esta tesis tolerante con una evolución del *pignus* a través de la *inductio* de los *invecta et illata* es reconocida por autores como Sargenti<sup>14</sup> y Frezza<sup>15</sup>. Sargenti, considera que la opinión dominante procedente de los estudios más recientes, había identificado al *pignus* sobre los *illata* con la hipoteca<sup>16</sup>. A los ojos de Sargenti, la hipoteca aparece como una institución plenamente formada, con sus características de un *ius in re* nacido de una convención atribuida a la prenda *de re rústica*, presentando una apariencia de contrato con efectos reales<sup>17</sup>. De esta manera, primero se utilizó el *interdictum Salvianum* en torno al siglo I a. C., y posteriormente, la *actio Serviana* ejercitable tanto contra el arrendatario como contra cualquiera que tuviese en su poder los *invecta et illata*, como eslabones que condujeron por vía del derecho pretorio a la *actio quasi Serviana* o la propia acción hipotecaria.

---

<sup>13</sup>PAULUS, *Lib. XIX ad Edictum*.

<sup>14</sup>SARGENTI, *op. cit.*, p. 162.

<sup>15</sup>FREZZA, "Il formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio", *Studi Betti* 2 (1962) pp. 433 --ss.

<sup>16</sup>SARGENTI, *op. cit.*, p. 162.

<sup>17</sup>Y por qué no -observa Dernburg- se puede tratar de una garantía para conseguir el pago de las rentas de un contrato de arrendamiento, o incluso de una prenda accesoria al contrato de compraventa del fundo como medio de tutelar el crédito?. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Recht*, Leipzig 1860-1864 pp. 405 ss.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**



## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

D'Ors, manifiesta su incompatibilidad con Sargenti considerando que el *pignus* es una institución pretoria fundada sobre la posesión interdictal que no exigía la propiedad civil sino la pretoria, lo que la acerca a la acción publiciana, y de ahí su nombre de *vindicatio utilis*<sup>18</sup>. Lo que ocurre es que se trata de una acción que aparece denominada de muy distintas maneras sea *pigneraticia*, *pigneraticia utilis*, *serviana*, *quasi serviana*, *serviana utilis* o *hypothecaria*<sup>19</sup>.

En este orden de cosas, Watson formula una interesante conjetura al considerar que la *actio serviana* y la *actio hypothecaria* son dos denominaciones para una misma cosa: la *actio serviana* sería aplicable a los *invecta et illata*, mientras que la *actio hypothecaria* lo sería para los casos ordinarios de prenda e hipoteca<sup>20</sup>. Sin embargo, a pesar de la aparente similitud, en realidad la *actio hypothecaria* no podría ser igual que la *actio serviana*<sup>21</sup>, puesto que ésta última se utilizaba cuando el demandado era el propio deudor, mientras que la *actio hypothecaria* o *quasi serviana*<sup>22</sup> lo sería cuando lo fuera no el deudor, sino un sucesor o un tercero que tuviera la posesión de la prenda<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup>D'ORS, "Sobre las pretendidas acciones reales in factum; IV. La acción hipotecaria", *IVRA* 20 (1969) p. 82.

<sup>19</sup>D'ORS sobre la base de I.4.6.7 distingue entre *actio serviana* cuando se trata de hipotecas rústicas, y de *actio quasi serviana* cuando se trate de la *persecutio* de prendas e hipotecas de cualquier genero. D'ORS, "Sobre las pretendidas acciones reales in factum...", cit., p. 85.

<sup>20</sup>Ello sobre la base de D. 20.4.11.4, donde Gayo permite la utilización de la *actio hypothecaria* por el segundo acreedor contra el primero, y de D.20.6.2 donde se utiliza la *actio serviana* cuando se trata de accionar el acreedor contra tercero, o de *actio quasi serviana* cuando el demandado no es el deudor originario sino el sucesor. WATSON, "*actio serviana* and *actio hypothecaria* (a conjecture)", *SDHI* 27 (1961) p. 357.

<sup>21</sup>En base a D.16.1.13.1.

<sup>22</sup>Muchos textos hablan de la *actio quasi serviana* como una acción utilizable para cualquier tipo de hipoteca tomando como modelo la antigua serviana (*ad exemplum servianae*); Gayo habla de ella como *actio quasi serviana* y frecuentemente como *serviana utilis* o *actio utilis*; Paulo (D.10.2.29) de *actio hypothecaria vel serviana*.

<sup>23</sup>Dado que la diferencia es pequeña, no tenía razón de ser el empleo de dos fórmulas diferentes con lo que eventualmente se unificaría en una sola acción. La elección del nombre de --*serviana* o *actio hypothecaria* es empleado cautelosamente por Gayo (D.16.1.13.1) en una situación en la que el demandado

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

Según D'Ors, para tratar de aclarar la cuestión terminológica hay que precisar que antes del edicto de Adriano se utiliza, la por él denominada, hipoteca rústica sobre los *invecta et illata* del *conductor* en garantía del pago de la merced del arrendador. Justiniano en I.4.15.3 alude al interdicto *quod appellatur salvianum* como interdicto de recuperar la posesión, teniendo presente que el termino interdicto es un residuo, puesto que en el procedimiento *extra ordinem* no se dan propiamente interdictos sino acciones. De esta manera, el interdicto salviano es sustituido por una acción útil como si fuese *ex interdicto*<sup>24</sup>.

Esta acción que suplanta al interdicto salviano se aplicó en principio a las hipotecas rústicas, extendiéndose en la practica a cualquier tipo de hipoteca. De ahí que la antigua *actio pigneraticia utilis* se refunde con la nueva acción *utilis cuasi interdicta* dando como resultado que el interdicto salviano y la acción serviana se funden en una nueva acción, quedando el interdicto en desuso<sup>25</sup>.

Curiosamente, D'Ors formula la tesis que el interdicto es posterior y no anterior a la *actio serviana*. El hecho que la opinión común piense que un interdicto es anterior a la acción, -según él- no se tiene en pie<sup>26</sup>: la *actio Serviana* debe su nombre al jurista Servio Sulpicio Rufo (sobre el 51 a.C.), en cambio Salviano o *salvius*, durante la república, es nombre de esclavo o de liberto, y solo durante el imperio es gentilicio de personas libres desde el nacimiento, por ello el interdicto salviano tiene que ser posterior a la acción introducida por Servio.

Con ello, y según D'Ors, Servio Sulpicio Rufo introduce una *actio serviana* para la prenda o hipoteca rústica; y posteriormente Juliano introduce el interdicto

---

no es el deudor sino un tercero. Cf. WATSON, "*actio serviana* and *actio hypothecaria*....*op. cit.*, p. 359.

<sup>24</sup>En el procedimiento *extra ordinem* el interdicto salviano es sustituido por una acción similar a la antigua *actio ex interdicto* pero que ahora se da como una especie de ficción, una *utilis actio ex causa interdicti*. D'ORS, "Sobre las pretendidas acciones reales in factum", *cit.*, p. 113.

<sup>25</sup>No obstante, D'ORS presenta sus dudas porque, aún cuándo la hipótesis es tentadora es probable que no ocurriera así, por cuanto lo cierto es que el interdicto salviano quedó en desuso. D'ORS, "Sobre las pretendidas acciones reales in factum", *Op. cit.*, p. 114.

<sup>26</sup>D'ORS, "Sobre las pretendidas acciones reales" *cit.*, p. 88.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

salviano en sustitución de la extinta acción serviana de la que deja de hablar la jurisprudencia<sup>27</sup>.

Lo que ocurre es que la cuestión terminológica complica la comprensión de dicha evolución, dado que según Fehr<sup>28</sup>, los compiladores justinianos interpolaron todos los textos clásicos anteriores a Diocleciano, aplicando a la figura del *pignus conventum* el término de *hypotheca*<sup>29</sup>, lo que dio lugar a que fueran ambos términos frecuentemente confundidos en los textos<sup>30</sup>.

En resumen, en cuanto a la respuesta de la cuestión de cómo se pasó del *interdictum salvianum* a la *actio serviana o hypothecaria* se puede sintetizar en las siguientes fases:

1ª. Una primera fase en la que arrendador y arrendatario convienen en que los *invecta* o aperos de labranza, y los *illata* o semovientes responderán del pago de las rentas del arrendamiento del fundo.

2ª. En el siglo I d. C. se generaliza el convenio de un *pignus* sin posesión sobre cualquier objeto que se pueda vender. Servio Sulpicio Rufo introduce una fórmula ficticia mediante la cual el acreedor puede reclamar de cualquier poseedor la cosa pignorada (*actio serviana*).

3ª. Salvio Juliano sustituye la *actio serviana* por un *interdictum salvianum*, mediante el cual el acreedor puede recuperar la posesión. Posteriormente introduce una *actio utilis (vindicatio utilis)*, conocida como *actio serviana utilis o quasi serviana* en

---

<sup>27</sup>Gayo en D.20.4.11.4 cuestiona si el segundo acreedor tiene la *actio hypothecaria* contra el primer acreedor. Scaevola(D.201.34 pr) concede la *actio hypothecaria* al acreedor frente al heredero del deudor. Juliano(D.13.7.28) otorga la *actio serviana* contra un tercero.

<sup>28</sup>FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der Klassischen Zeit*, Upsala 1910, pp. 4 ss.

<sup>29</sup>Ebrard formula una opinión intermedia, admitiendo que se produjo una modificación en las obras de Gayo y de Marciano por la jurisprudencia anterior a Justiniano, pero atribuye a los postclásicos dicha interpolación. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam und die hypothekarezeption*, Leipzig, 1917.

<sup>30</sup>Aunque, ya poco antes, se había pronunciado Ermann en el sentido de que el término *hypotheca* comienza a prevalecer sobre el de *--pignus conventum* en la época de los Severos por influencia helénica. ERMANN, "Pygnus hypothecaevae", *Melanges Girard* 1 (1912) pp. 419 ss.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

favor del acreedor hipotecario contra cualquier tercero poseedor de los bienes, incluido el propio deudor pignoraticio.

4ª. En época de los Severos, al *pignus conventum* se le da el nombre de *hypotheca*; y finalmente, Justiniano generaliza la expresión *pignus hypothecave*.

### 2.A.2.- LA RELACIÓN ENTRE *PIGNUS* E *HYPOTHECA*.-

En cuanto a la cuestión de la distinción entre prenda e hipoteca, Manigk<sup>31</sup> sustenta la tesis tradicional de la distinción entre ambos términos, manteniendo que la diferencia entre ellos estaba en que mediara desplazamiento posesorio o no, y para ello se apoya en el conocido texto de D.13.7.9.2<sup>32</sup>:

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

Creemos que la figura del *pignus* y la variedad del mismo conocida con el nombre de *hypotheca* obedecen en realidad a una misma y común identidad. Aunque, no obstante, hemos de precisar que la diferencia entre prenda e hipoteca no es sólo una mera cuestión terminológica, sino que debido a la propia naturaleza de la hipoteca, al constituirse por *conventio* y no implicar el traspaso posesorio en el momento en que se formuló, era también otra de las razones que diferenciaban claramente a la una de la otra.

Podemos pensar en la confirmación de dicha tesis, teniendo en cuenta su utilización en el título de los comentarios de Gayo (*De formula hypothecaria*), o en los de Marciano (*Ad formulam hypothecariam*), así como ocurre con el propio Digesto, libro vigésimo, título primero que bajo la rúbrica "*De pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur, et de pactis eorum*", enuncia tal materia.

En éste mismo libro vigésimo, todavía cuando a veces alude al establecimiento de un derecho de garantía sobre bienes que difícilmente soportarían el desplazamiento posesorio, se sigue utilizando el termino *pignus* cuando la figura que en realidad se trata sería de *hypotheca*. Lo que tendría difícil interpretación, sino fuera porque obedecen en

---

<sup>31</sup>MANIGK, "Hypotheca" *PW* (1913) pp. 343 ss.

<sup>32</sup>ULPIANUS, *lib. XXVIII Ad Edictum*.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

realidad a una misma y común identidad. Precisamente, esto se puede contemplar en un pasaje donde parece equiparar tanto en efectos como en el propio ejercicio de las acciones, los términos de prenda e hipoteca.

Nos referimos al recogido en D.20.1.2<sup>33</sup>:

*fideiussor, qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias solvit, si mandati agat, vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet; ceterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest.*

Se trata de un *fideiussor* que recibe bienes sujetos a prendas o hipotecas y al cual se le da el encargo de pagar cantidades puede ejercitar mediante la *actio mandati*, o ser demandado por ella si incurre en culpa (*culpam aestimari*), aunque no en cuanto a las cosas dadas en prenda ya que éstas estarían sujetas a sus propias acciones<sup>34</sup>.

Es curioso que en el pasaje mezcle ambos términos (*pignora vel hypothecas*) juxtaponiéndolos a un derecho personal de garantía, como es la fianza, y permitiendo el ejercicio de la acción de mandato. Pero lo importante del pasaje es que permite considerar la posibilidad de que cosas entregadas en prenda no queden ya en manos del acreedor pignoraticio sino que puedan ser recibidas por otro distinto el cual paga cantidades precisamente porque tiene tales cosas en su poder, las cuales quedan sujetas a la garantía. Probablemente el que se utilice ambos términos de *pignora vel hypothecas* no es sino un intento posterior de hacer mas creíble el supuesto.

Pero como indica Arias Ramos<sup>35</sup>, una modalidad del *pignus* en el que la posesión de la cosa no quedase en manos del acreedor no se presentaba a los ojos de los romanos

---

<sup>33</sup>PAPINIANUS, *lib. XI Responsarum*.

<sup>34</sup>Es dudosa la responsabilidad por culpa del mandatario en el derecho clásico, y aunque es reconocida plenamente en el Derecho Justiniano los textos que hablan de culpa se consideran interpolados (véase, aparte de éste de D.20.1.2, en D.15.3.17.pr; D.17.1.8.10; D.17.1.29 pr; D.50.17.23). En cuanto a la responsabilidad por negligencia a ella se refieren tanto Cicerón en *pro Rosc. 38.111*, como sendas constituciones de Diocleciano en *CI 4.35.11*, y de Constantino en *CI 4.35.21*.

<sup>35</sup>ARIAS RAMOS, "La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana", *RDP* 313 (1943) pp. 213 ss.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

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.

Y aunque el propio Arias Ramos<sup>36</sup> hace la consideración de que el traspaso posesorio no diferenciaba a las dos formas de garantía real, por cuanto que el hecho que la *res* sujeta a garantía no saliese del poder del deudor era por lo demás una práctica ya lograda en las viejas formas de garantía real, como ocurría en la fiducia en donde a través de una *mancipatio* o de una *in iure cessio* se operaba el traspaso del *dominium* de la cosa a favor del acreedor, si bien no siempre tal traspaso de dominio implicaba el de la posesión<sup>37</sup>.

Sin embargo, Burdesse<sup>38</sup> encuentra una diferencia esencial entre la *datio* de propiedad en la fiducia y la entrega o *conventio* en el *pignus*, sobre todo por el modo de satisfacción de la garantía: Mientras la fiducia representa una satisfacción inmediata y segura para el acreedor -que es propietario-, en el *pignus* se modifica la forma de esa satisfacción, ya que el acreedor -es poseedor-, y solo tiene la ventaja psicológica de la coacción que supone la retención de la cosa, por cuanto que requeriría del ejercicio de un derecho posterior -el *ius vendendi*- que posibilite su disposición.

---

<sup>36</sup>ARIAS RAMOS, *op. cit.*, p. 217.

<sup>37</sup>La solución de que la *res* sujeta a garantía no saliese del poder del deudor era práctica lograda y ya vetusta, en la más vieja de las formas de la garantía real: La fiducia, la *mancipatio*, o la *in iure cessio* operaban el traspaso del --dominio de la cosa a favor del acreedor, pero se puede afirmar que lo normal era que tal traspaso del *dominium* no implicaba el de la posesión. Así lo hace suponer, ya en la época antigua, de un lado la institución de la *usureceptio*, que para facilitar la recuperación del dominio por el deudor atendía no más que a la prolongación de una situación posesoria que sería el caso más corriente...". ARIAS RAMOS, *op. cit.*, p. 215.

<sup>38</sup>Burdesse como discípulo de Grosso desde un primer momento había mantenido el criterio de mantener una clara escisión entre la *fiducia* y el *pignus*. Así en "La menzione degli eredi nella fiducia cum creditore", *Studi Solazzi*, pp. 324 ss. Posteriormente, insistió en la separación entre fiducia y prenda en una aportación ulterior desde el punto de vista del análisis de la satisfacción crediticia, aplicándose al estudio del pacto comisorio y del pacto venditorio. BURDESSE, "Lex commissoriae ius vendendi nella fiducia e nel pignus", *Memorie Torino* 63 (1949) pp. 225 ss.

### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.

Luis Mariano Robles Velasco.

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

De ahí que Burdesse, como ya lo hizo anteriormente Grosso, formula una idea general aunque nada original: ambos institutos corresponden a tipos funcionales distintos y operan -incluso con los mismos pactos- de forma distinta, aún cuando la decadencia posterior de la ejecución primitiva se proyectara en época posterior sobre el propio *pignus*.

Sobre este punto de pronuncia D'Ors<sup>39</sup>, considerando que el acreedor fiduciario podía desde luego satisfacerse con la cosa cuya propiedad se le había transmitido, pero quedando siempre expuesto al evento de una posible reclamación de la devolución de la cosa mediante la *actio fiduciae*. Por tanto, si el deudor que había satisfecho su deuda podía reclamar la entrega de la cosa, lo era porque evidentemente no la tenía en su poder. D'Ors admite incluso la posibilidad de arbitrar un recurso para paralizar la propia *actio fiduciae*<sup>40</sup>.

Burdesse, que respecto del *pignus* combate tanto la teoría de Manigk<sup>41</sup> de la degeneración de la prenda (*Verfallpfand*), como las de Koschaker<sup>42</sup> y Kaser<sup>43</sup> los cuales consideran al derecho pignoraticio como una propiedad dividida<sup>44</sup>, no llega a determinar

---

<sup>39</sup>D'ORS, "Rec. a BURDESSE, "LEX COMMISORIA" e "IUS VENDENDI" nella fiducia e nel pignus" *IVRA I* (1950) pp. 451 ss.

<sup>40</sup>Según D'ORS, " ...En tanto no se pagara la deuda, o una vez vencida ésta y no pagada. Con este fin se introdujo el uso del pacto comisorio, gracias al cual el ejercicio de la *actio fiduciae* se supeditaba al pago oportuno. Frustrada la condición, el acreedor disponía de una *exceptio pacti* a no ser que aceptase todavía después de la falta de pago otra satisfacción, con lo que el deudor tendría una *replicatio doli*". D'ORS, "Rec. a BURDESSE..." *cit.*, p. 452.

<sup>41</sup>MANIGK, "Hypotheca", *PW*, (1913), pp. 343 ss.

<sup>42</sup>KOSCHAKER, "Fra. 4.32 D.44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano", *IVRA 4* (1953), pp. 1 ss.

<sup>43</sup>KASER, "Studien zum Röm. Pfandrecht", *SDHI 45* (1979) pp. 1 ss.

<sup>44</sup>Interpretando esta tesis de la propiedad dividida de Kaser, considera Rascón que, mientras el derecho de propiedad del deudor se manifiesta en el derecho a la posesión de la cosa pignorada en el momento de la extinción de la obligación, el derecho de propiedad del acreedor, por su parte, se manifiesta de dos maneras: si el *pignus* es manual, en el derecho de posesión de la cosa en el momento de la constitución de

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

sin embargo el momento de la aparición del *pignus conventum* ubicando dicha generación sobre el siglo II a.C. aplicado a fines de garantía<sup>45</sup>.

D'Ors mantenía ciertas dudas, considerando que no se puede pensar dicha aparición en un momento de la época republicana<sup>46</sup>. Aunque en contra ya se había pronunciado anteriormente Kreller<sup>47</sup>. No obstante, al darse en el propio *pignus conventum* la característica relevante de no producirse la entrega posesoria, con la consiguiente innecesariedad de un previo desplazamiento posesorio y la reclamación del acreedor sobre la base de un crédito impagado, al cual se renuncia en cierto modo para posibilitar la venta de la prenda, -aunque tal proceder se pudiera suponer, según Burdesse, que era así en la época republicana-, en el propio Digesto se encuentran pasajes que claramente indican que el termino *pignus* todavía -y al menos en los siglos II y III d. C.- todavía se identifica con el tránsito posesorio. Como ocurre con el anteriormente analizado texto de D.13.7.9.2.

Por otra parte, es bien sabido que la utilización terminológica romana descansa en cuanto al *pignus* en una doble modalidad: la *conventio pignoris* y el *pignus in manu*, de lo que se puede encontrar una clara referencia en D.13.7.1 pr<sup>48</sup>:

---

la prenda. Y si el *pignus* es convencional en el derecho de posesión de la cosa a partir del momento del incumplimiento del débito. RASCÓN, *Pignus y custodia...*, cit., p. 23.

<sup>45</sup>Rascón siguiendo a D'ORS piensa que "es difícil de explicar la coexistencia en una época primitiva de Roma de dos derechos de propiedad perfectamente individualizados y protegidos, que prácticamente se alternen en el tiempo al cumplirse determinadas condiciones, salvo secundarias particularidades de régimen como los eventuales límites a la disponibilidad del derecho mismo...". RASCÓN, *Pignus y custodia*, Op. cit., p. 29.

<sup>46</sup>D'ORS, "Rec. a BURDESSE, "LEX COMMISORIA" e "IUS VENDENDI"...", op. cit., p. 422. Sobre el mismo punto, D'ORS, "Recen. MANIGK, "Pignus" RE XX (1941), AHDE, 15 (1943), pp. 685 ss.

<sup>47</sup>KELLER, "Formula fiduciae und Pfandedikt", ZSS, 62 (1942), pp. 160 ss. Idem. en ZSS, 63 (1943) p. 501. Idem., "Pfandrechtliche Interdikte und formula Serviana", ZSS, 64 (1944), p. 344 ss.

<sup>48</sup>ULPIANUS, lib. XL Ad Sabinum.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**



## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

*pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione etsi non traditum est.*

Esto es, que la diferencia de ambas modalidades no está en el hecho de la entrega o no de la cosa, sino en la forma del acto constitutivo; por cuanto que el desplazamiento de la posesión era admisible *fictio legis* en cualquiera de ellas.

Así mientras en el *pignus in manu*, era necesario un juego de *traditiones* y de *retrotraditiones*<sup>49</sup>, en la *conventio pignoris* bastaba una *nuda conventione* que operaba sus efectos por obra y gracia de la fuerza de la *sola voluntas*. Así se explica que la figura de los *invecta et illata*<sup>50</sup> (que podría hoy calificarse de "prenda agrícola"<sup>51</sup>), no presentara serios problemas de calificación a los ojos de los jurisconsultos romanos, a diferencia de lo que ha sucedido con figuras similares del derecho comparado<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup>Según Rascón, el *pignus* primitivo implicaba una *traditio* condicional que surtiría sus efectos solo si el acreedor no era satisfecho en su crédito en el plazo fijado, cumplido el cual el acreedor se hacía dueño de la --cosa. RASCÓN, *Pignus y custodia en...*, op. cit., p. 23, n. 44.

<sup>50</sup>Burdesse en referencia a los formularios catonianos donde aparece el *pignus*, ve en la *illatio* un estado intermedio entre la *datio in solutum* y la simple *conventio pignoris*, que permitiría al acreedor el impedir la salida de los *invecta et illata* en el fundo de su propiedad mediante una protección interdictal: El interdicto Salviano configurado como *adipiscendae possessionis*. BURDESSE, "LEX COMMISORIA" e "IUS VENDENDI"..., op. Cit., p. 98.

<sup>51</sup>Con esa denominación de "prenda agrícola" fue inicialmente acogida por nuestra legislación, así el Real Decreto de 22 de Septiembre de 1917 que regulaba la *prenda agrícola y ganadera*; en el Decreto de 29 de Noviembre de 1935 sobre la *prenda aceitera*; en la Ley de 17 de Mayo de 1940 sobre la *prenda industrial*; o en la Ley de 5 de Diciembre de 1941 -sobre *prenda sin desplazamiento*.

Sin embargo el fracaso de tal denominación fue evidente como reconocía la propia Exposición de Motivos de la *Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión* (Ley de 16 de Diciembre de 1954) debido a "los escrúpulos de orden doctrinal y práctico que se presentaban...".

Sanz Fernández apuntaba que la forma hipotecaria se aplicó en un principio solo a los inmuebles, pero posteriormente se amplió teniendo aplicación sobre naves, mercaderías almacenadas, etc... (SANZ FERNÁNDEZ, "La prenda sin desplazamiento", *AAMN* 2 (1946) p. 117 ss). Y en el mismo sentido entre otros, VALLET DE GOYTISOLO, *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento*, Madrid 1953 p. 501 ss.; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Madrid 1989 p. 1911.

<sup>52</sup>En la legislación comparada se trató de superar los inconvenientes doctrinales y económicos que implicaban las distintas formas de garantía, sobre todo la dificultad centrada en el desplazamiento posesorio que provocaba una limitación de las facultades dominicales. Así aparecen leyes como la Ley de 1906 en

### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.

Luis Mariano Robles Velasco.

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

Esto aclara, según Arias Ramos, la sensación de desconcierto y confusión que aparece en los seguidores de las corrientes germánicas al centrar la distinción de prenda e hipoteca, según se trate de muebles e inmuebles, en sus distintos requisitos de publicidad y seguridad, al querer separar la constitución de unos y otros derechos, y sobre todo al pretender hallar esas diferencias en el Derecho Romano<sup>53</sup>.

Ya Riccobono<sup>54</sup>, puso de relieve el origen jurisprudencial de esta corriente transformadora del *ius civile*, inspiradora de una nueva *interpretatio* que posibilitó la creación de la doctrina de la *conventio*. Esta protección pretoria supone que incluso en los negocios mas arcaicos, el poder transformador del pretor daba nueva fuerza y eficacia a los negocios mas solemnes como la *mancipatio* o la *in iure cessio*, permitiendo incluso que al normal traspaso del *dominium* no acompañara la posesión<sup>55</sup>.

Con todo ello, si ésto podía ser así en tales negocios, se estaría facilitando notablemente la construcción de una eficaz forma de garantía donde en el acto constitutivo -la pura *conventio*- posibilitaría un *pactum praetorium*<sup>56</sup> donde el *pignus* consiguiese la sujeción de la cosa a la satisfacción de una previa obligación sin necesidad

---

Francia; La Ley de 1927 y el Código Civil de 1942 en Italia; La Ley de 1914 en Argentina; Los Decretos de 1934 y 1937 en Brasil; en Uruguay, la Ley de 1918; en Alemania, la Ley de 1926; en Portugal, la Ley de 1911, o en Suiza el Código Civil de 1917, por poner unos ejemplos. CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, p. 1912 ss.

En todas ellas ha sido necesario acudir a dos distintas características para poder hacer posible una garantía que no implique el desplazamiento de posesión ya apuntadas por VALLET: posibilidad de identificación de la cosa objeto de la garantía, y que dicha cosa tenga entidad y significado propio en el tráfico jurídico. VALLET DE GOYTISOLO, *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria*, *Op. cit.* p. 503.

<sup>53</sup>ARIAS RAMOS, "La doctrina de la *conventio* y el origen de la..." *cit.*, p. 218.

<sup>54</sup>RICCOBONO, "La formazione della teoría generale del *contractus* nel período della giurisprudenza classica", *Studi -Bonfante I*, Pavia 1929 p. 124.

<sup>55</sup>ARIAS RAMOS, "La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca...", *cit.*, p. 215.

<sup>56</sup>Pacto expreso que, por otra parte es absolutamente necesario para Rascón, pues de no existir el acreedor pignoraticio no podría alcanzar jamás la titularidad real que le permitiese utilizar y disfrutar de la cosa sin relación ni ligamen alguno con el deudor. RASCÓN, *Pignus y custodia*..., *cit.*, p. 25.

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.

Luis Mariano Robles Velasco.

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

de una *traditio*. Surge así el *pignus nuda conventione* frente al anterior *pignus* basado ineludiblemente en la *traditio* de la cosa<sup>57</sup>.

De esta forma, toma sentido el pasaje citado anteriormente de D.13.7.1 pr<sup>58</sup>. Según el cual no es solo la *traditio*, sino la *nuda conventione* la que puede posibilitar la constitución del *pignus*, y por tanto no es que no haya entrega posesoria, sino que ni siquiera es ya necesaria<sup>59</sup>.

Al final, esta derivación se concreta en una nueva forma del mismo derecho real de garantía, únicamente diferenciado por la modalidad de la constitución. Esta nueva modalidad, no lo era tanto el que la cosa continuase en poder del deudor, sino que la forma de constitución era la ya *nuda conventio*.

Por tanto, en cuanto a la evolución de las formas de garantía, esta terminología resulta pues en general adecuada a la diferenciación de las distintas modalidades de *pignus*, e incluso cuando posteriormente se introduce la voz *hypotheca* perdura también con ésta<sup>60</sup>. Así cuando se trata de *pignus* constituido por la fuerza de la *sola voluntas*, el derecho pretorio habla de *conventio*. Y dentro de esta *conventio* se habla de *pactum*, *pactare*, o refiriéndose a la cosa, de *res obligata*, *obligare*, *pignus obligatum*, *res pignori*

---

<sup>57</sup> La calificación de este instituto como *traditio* condicional ofrece demasiadas dificultades a juicio de Rascón, entre otras la de su posibilidad como negocio autónomo, y en caso contrario, la posibilidad de incorporar una condición que afecte a la causa del negocio constituida por la propia *traditio*. RASCÓN, *Pignus y custodia...*, cit., p. 26.

<sup>58</sup> *ULPIANUS, lib. XL Ad Sabinum*.

<sup>59</sup> Según Arias Ramos, en esta labor de dar una mayor efectividad a la voluntad creadora de las partes se acudió a situaciones intermedias que dieron lugar a cambios evolutivos casi imperceptibles, como sucedió con los *invecta et illata* que respondían del pago de la obligación en los arrendamientos rústicos y urbanos, en lo que no era sino una sombra o *fictio* de una anterior *traditio* real que representaba la prenda en mano. Posteriormente el *pignus* de los *invecta et illata* se consideró que nacía de una *conventio*. ARIAS RAMOS, "La doctrina de la *conventio* y el origen de la..." cit., p. 219, n. 15.

<sup>60</sup> La utilización del término hipoteca por los distintos juristas no responde a un criterio cronológico, lo cual es argumentado también por MANIGK (*PW, Hypotheca*, p. 410) en favor de que el instituto no ha sido importado, pues de haber sido así la utilización se habría generalizado probablemente a partir del momento mismo de la implantación. La utilización responde a un criterio subjetivo de preferencia de los juristas e incluso es utilizado al lado de *conventio pignoris* por SCAEVOLA en D.32.38.pr.". RASCÓN, *Pignus y custodia ...*, cit., p. 43.

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.

Luis Mariano Robles Velasco.

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

*obligata*, o de *praedium obligatum*. Con lo cual se desecha en la propia terminología hablar de “cosa empeñada”, cambiando la idea de que la cosa es la que se entrega<sup>61</sup>, para utilizarse en cambio la acepción semántica de “cosa obligada”<sup>62</sup>.

Por otra parte, y en esta misma línea, es frecuente aludir a que “cierta cosa no esta obligada a nadie” como sinónima de “no estar hipotecada”, matizando y cambiando el concepto de “obligación pignoratícia” -*pignus obligatum* o *res obligata*- por el de “obligación hipotecaria”.

Así ocurre en algunos textos como en D.20.1.34.1<sup>63</sup> donde se transcribe una carta que expresa:

*idem quaesit, quum epistola tali emissa sit: mutuatus ab te quinquegentos denarios rogavi, ne sponsorem, sed pignus a me acciperes; exacte enim et pro certo nosti, nemini alii tabernam servosque meos, quam tibi esse obligatos, et quod tanquam honesto viro fidem habueris...*

Del tenor del pasaje resulta la entrega bajo mutuo de una cantidad de quinientos denarios, pero aconseja que en vez de una garantía personal (*ne sponsorem*) sea una garantía real (*sed pignus*) lo que debe de constituirse. Por otra parte, se reconoce que había una anterior obligación con el mismo acreedor -ya que en el texto se alude a que la referida obligación recae sobre la tienda y los esclavos-, pero no se indica la causa de la misma. En el mismo fragmento, solo que al principio del mismo se mencionan las palabras “*creditor hypothecaria actione*”, expresión que podría inducirnos a pensar en un *pignus conventio* o *hypotheca*<sup>64</sup>, con lo cual al final quedan equiparados ambos términos<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> Como ocurre con D.41.3.33.4 (*Juliano, dig. 44*).

<sup>62</sup> Así en D.47.2.66.pr: *Si is, qui rem pignoris dedit...*; o en D.20.4.21.pr (*SCAEVOLA, lib. XXVII Digestorum*): *obligavit pignori omnia bona sua...*; o D.20.3.3 (*PAULUS, Lib. III Quaestionum*): *res esset obligata...*

<sup>63</sup> *SCAEVOLA, Lib. XXVIII Digestorum*.

<sup>64</sup> Miquel pone de manifiesto que los textos que sobre la constitución del *pignus* nos llegaron a través del Digesto están casi siempre interpolados y que la mayoría de estas interpolaciones son debidas a la época

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

### 2.A.3.- EL DESARROLLO DE LA HIPOTECA ROMANA.

¿Qué importancia puede tener todo ésto para la pluralidad de créditos?. Precisamente, la de permitir la posibilidad de la constitución de una garantía real desligando la forma en que se constituye, según la *potestas legis* sobre la base de los negocios ya conocidos, para pasar a basar su eficacia ya en la *sola voluntas*.

Esto permitiría la constitución de una pluralidad de garantías, puesto que según esto, era la determinación y reconocimiento del deudor el que daría existencia a las mismas.

Numerosos textos atestiguan ésto último o al menos parecen suponerlo, como ocurre con D.20.2.4 pr<sup>66</sup>:

*eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit; in rusticis praediis contra observatur.*

Aquí parece darse a entender -como ocurriera con la aparición de la nueva modalidad de la garantía pignoratícia sobre los *invecta et illata*<sup>67</sup> - que era práctica

---

post-clásica y a Oriente, ya que no aparece ni una sola vez la palabra en fuentes Occidentales. (MIQUEL, "El --rango hipotecario en el Derecho Romano clásico", *AHDE* 29 (1959) p. 236). Sobre la misma cuestión, véase RASCÓN, *Pignus y custodia ...*, *op. cit.* p. 44.

<sup>65</sup>Lo cierto es que según MIQUEL ("El rango hipotecario en el Derecho Romano...", *op. cit.* p. 236) todavía dista mucho de poder fijar el momento en el que el término griego penetró en el lenguaje jurídico romano, pero podemos pensar siguiendo a Arias Ramos (*op. cit.* p. 216) y a KASER que el término fue raramente utilizado por los juristas clásicos. RASCÓN, *Pignus y custodia ...op. cit.* p. 43.

<sup>66</sup>NERATIUS, *Lib. I Membranarum*. Probablemente el primer texto donde aparece formulada esta forma de constitución mediante el acuerdo tácito al utilizar los términos *quasi id tacite convenerit...*

<sup>67</sup>D'ORS distingue entre la *illata*, y los *invecta et illata*: Las cosas *illata* pueden ser varias como las -escaleras, varas de sacudir, cestos, etc... Mientras que los segundos se trata de *pecus et familia*. La distinción tiene cierta importancia por cuanto que para las primeras rige la prohibición de exportar, lo que resulta claro. No tanto en cuanto a los segundos por cuanto que en caso de semovientes no se puede pensar en una adscripción permanente al fundo. Por ello si bien la retención en el fundo es explicable para el primer caso, en el segundo la vinculación había de tener forzosamente un carácter algo distinto. D'ORS,

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

habitual que las cosas situadas dentro de los predios urbanos se consideraban afectas a la garantía de tal forma, como si se hubiera acordado por una especie de convenio tácito, de manera que no fuera necesario hacerlo expresamente. Aunque esta situación no era aplicable -según Neratio- para los predios rústicos, ya que en ellos si que era necesario observar la practica contraria de la necesidad de una *conventio* expresa.

Otros textos, también son favorables a una construcción de la garantía real en forma semejante. Así en D.20.2.6<sup>68</sup>:

*licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, ut perinde teneantur invecata et illata, ac si specialiter convenisset, certe libertati huiusmodi pignus non officit; idque et Pomponius probat.*

Aunque el pasaje está tomado de Ulpiano, que refuerza su opinión con la de Pomponio, considera que en cuanto a las cosa llevadas e introducidas en los predios urbanos no es necesario que expresamente se haya convenido en la sujeción a la garantía. Basta para ello el convenio tácito: "...*tacite solet conventum accipi*".

Otros jurisconsultos también acogen esta misma construcción doctrinal, como Paulo en D.2.14.4:

*quia conventionis etiam tacite valent.*

Lo que parece reconocer en tal práctica un carácter mas general, como se desprende del propio Pomponio en D.20.2.7<sup>69</sup>:

*in praediis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit.*

---

"Rec. a BURDESSE, *op. cit.*, p. 424.

<sup>68</sup>ULPIANUS, *Lib. LXXIII, Ad Edictum*.

<sup>69</sup>POMPONIUS, *Lib. XIII, ex variis lectionibus*.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

Donde incluye como objeto de la garantía, no solo a los objetos introducidos por el arrendatario, sino los frutos naturales sobre los cuales recae la garantía.

Paulatinamente, se amplía esta construcción jurisprudencial del convenio tácito en las cosas de los predios urbanos según Neratio, a los rústicos según Pomponio. De las cosas introducidas en la finca, a los frutos naturales.

Por si quedara duda, en D.20.2.3<sup>70</sup>:

*si horreum fuit conductum, vel deversorium, vel area, tacitam conventionem de invecis, illatis etiam in his locum habere putat Neratius.*

Esto significa, que la extensión de la obligación también afecta a las cosas llevadas e introducidas cuando se trata de almacén, albergue o solar.

¿Esta constitución por la sola *conventio* de forma tácita, era aplicable para otros casos de garantías hipotecarias de épocas posteriores?

Según Arias Ramos<sup>71</sup>, no parece que fuera así. En tanto que tales casos de garantía real no se basaban en una construcción jurisprudencial, sino mas bien en otras razones, como la *ratio imperii*, en la existencia de un *privilegium exigendi* como ocurre en D.20.2.1 -donde el dinero prestado para la reedificación de un edificio, queda afecto a la obligación en favor del acreedor refaccionario<sup>72</sup>-, o bien en su consideración como hipotecas legales las cuales encuentran su fuerza de obligar *ex lege*, o bien finalmente como hipotecas privilegiadas, de las que nos ocuparemos en ocasión posterior.

## II. B.- EL DELITO DE *STELLIONATUS* EN EL *PIGNUS ROMANO*.

---

<sup>70</sup>ULPIANUS, *lib. LXXIII, ad Edictum*.

<sup>71</sup>ARIAS RAMOS, "La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca...", *op. cit.*, p. 222.

<sup>72</sup>Según Arias Ramos, ello se presenta como un *privilegium exigendi* del acreedor. ARIAS RAMOS, "La doctrina de la *conventio*...", *op. cit.*, p. 222.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

En capítulo anterior nos habíamos ocupado brevemente del principio, llamado de la *anepafia*<sup>73</sup>, en virtud del cual el propietario de una cosa no podía volver a utilizarla como medio de garantía, incluso aunque le perteneciera, mientras estuviera sujeta a la posible reclamación de otro. Este principio que había sido establecido inicialmente para el derecho ático<sup>74</sup>, en su traslación al *pignus* romano, implicaba la prohibición de volver a constituir garantía sobre una cosa ya pignorada<sup>75</sup>, lo que impediría su reutilización como medio de crédito, mientras la cosa no estuviera libre del gravamen anterior o bien pendiente de la reclamación de la garantía precedente.

El cumplimiento de este principio de la *anepafia*, hacía suponer que cuando se constituyera un *pignus*, la cosa estaría libre de posibles reclamaciones, incluso aunque nada se hubiera pactado, en razón a que la propia ley ya obligaba al deudor con la prohibición de volver a utilizarla para negociar nuevos créditos, poniendo la misma cosa en garantía. Claro está, que a efectos prácticos, la efectividad y cumplimiento de tal premisa estaría condicionada a la posible declaración del deudor de no haber nada en contra que se opusiera a la constitución del gravamen, para así conseguir la plena efectividad y seguridad en la contratación privada, amén de la obligación de declarar todas aquellas incidencias que afectaran a los bienes.

Esto supuso en su momento, la búsqueda de un sistema de advertencias, a modo de rudimentario sistema de publicidad sobre los gravámenes, que impidiera la duplicidad de los mismos sobre los bienes, como de hecho ya se habían adoptado en la antigua Grecia<sup>76</sup> mediante la utilización de los *horoi* en las fincas gravadas<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Este principio por el cual nadie puede servirse de una cosa como medio de garantía o de obtención de crédito, aunque le perteneciera y tuviera la disponibilidad material, salvo que tal cosa sea *anepafos*, esto es libre de reclamación de otro. BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano", *TDR*, Barcelona 1997, p. 68, n. 6

<sup>74</sup> PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze 1930, p. 85, n. 2

<sup>75</sup> Respecto a los antecedentes de la prohibición de volver a gravar una cosa ya previamente gravada, se puede consultar a RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri*, Leipzig, 1909, p. 9 ss. (idem. *Gesammelte Aufsätze*, 4 (1971), Tübingen, p. 173 ss.).

<sup>76</sup> Según MORO SERRANO, los campos áticos estaban llenos de unos cipos o lápidas que publicaban el nombre de los acreedores y la cuantía de sus créditos. Estaba tan extendido este sistema que "los terrenos libres de lápidas probablemente habían pasado a ser propiedad de los acreedores". MORO

### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.

Luis Mariano Robles Velasco.



## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

Pero parece ser que, a pesar de las prohibiciones legales, la violación del principio de la *anepafia* era cosa frecuente, puesto que aunque el acreedor pudiera indagar y conocer la existencia de la carga anterior, el deudor podía a pesar de ello, llevar a cabo una nueva convención que le permitiera obtener un nuevo derecho de crédito<sup>78</sup>. Por ello, pronto se impuso la necesidad de refrendar la declaración del deudor, mediante sanciones que hicieran mas efectivas la imposición del principio referido. De esta manera, la prohibición de volver a dar nuevamente en garantía, como si estuvieran libres las cosas anteriormente gravadas, se sancionaba con el delito de *stellionatus*.

Llegado a este punto, seria interesante conocer en primer lugar, si el principio de la *anepafia* tiene correspondencia con los textos romanos, y por otra parte, una vez que se ha producido el delito de *stellionatus*, cuáles son sus penas y qué efectos produce sobre la contratación.

### 2.B.1. El principio de la *anepafia* y el delito de *stellionatus* en los textos latinos.

El reconocimiento del referido principio, supondría -en el caso del *pignus*- la indisponibilidad de la cosa dada en prenda, en cuanto que imposibilitaría la existencia de acreedores subsiguientes. Dicho principio, caso de existir en los textos romanos,

---

SERRANO, "Las formas de garantía real en Roma", *RCDI* 65 (1989), p. 716.

<sup>77</sup>Y si bien es cierto, que en Grecia existía un régimen de notificaciones sobre inmuebles, ello lo era en forma privada mediante la utilización de determinadas marcas en los propios bienes, -los conocidos *horoi*- en los fundos rústicos o en los edificios urbanos, pero en realidad, en lugar de significar una trasferencia real de la posesión de los bienes, era solo una mera forma de dar una advertencia a los terceros utilizando para ello la inscripción en los *horoi*. BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria ...", op. Cit. , p. 68.

<sup>78</sup>La hipoteca romana se origina como una modalidad de la *prenda sin desplazamiento de posesión*, como diríamos ahora, o de un *pignus* en el que *non transit nec possessio ad creditorem*, sin que se utilizase el termino hipoteca hasta Juliano. Esto supone que para posibilitar una garantía ulterior la *res* no salía del poder del deudor; cosa que ya había sido admitida en las antiguas formas de garantía real en las que incluso el traspaso del dominio no implicaba el de la posesión. Por ello lo normal era la continuación del poseedor en la tenencia de la cosa. ARIAS RAMOS, "la doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana", *RDP*, 313 (1943), p. 214, n. 4, y p. 215.

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.

Luis Mariano Robles Velasco.

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

supondría una contradicción evidente entre la posibilidad de *pignus* y la eventualidad de una pluralidad de acreedores.

Efectivamente, aun cuando ya en tiempos de la obra justiniana era moneda corriente la pluralidad de créditos sobre una misma cosa obligada, todavía a modo de resabio arcaizante aparecen en las fuentes pasajes en clara confrontación a la multiplicidad crediticia. Teniendo este punto de vista presente es como se puede comprender el fragmento de Gayo, recogido en D. 20.1.15.2<sup>79</sup>:

*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.*

En este fragmento se contempla la concurrencia de dos acreedores, aludiendo al posible riesgo en el que pueden incurrir los que se obligan dos o mas veces sobre unos mismos bienes. Para evitar esto, se acude a una especie de cláusula de estilo - probablemente hoy acudiríamos a la denominación de *formula tipo-*, consistente en el ardid de manifestar que la cosa no está obligada a ninguno, *salvo a Lucio Ticio por ejemplo*, recayendo la segunda obligación en lo que exceda del primer gravamen, o en la totalidad de la cosa en cuanto quede libre de aquella.

Independientemente de la consideración que este fragmento sea un anticipo del reconocimiento de la posibilidad de un segundo gravamen coincidente con el primero<sup>80</sup>, el texto nos advierte de la existencia de un riesgo (*periculum*) que hay que evitar, pero no dice cuál es éste. En cambio, parece dar por sentado que el deudor debe de

---

<sup>79</sup> *GAIUS, lib. singulari de formula hypothecaria.*

<sup>80</sup> ROBLES VELASCO, "La Segunda Hipoteca en el Derecho Romano", *RCDI*, Nov-Diciembre 2.001, nº 668, p. 2.347.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE.***

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

advertir al acreedor, antes de proceder a la constitución del gravamen, de cuál es la situación real en la que se encuentra el bien<sup>81</sup>.

En otro fragmento, Paulo<sup>82</sup>, que refuerza su opinión con la de Juliano, califica de hurto a quien vende una cosa que había sido gravada con prenda. El texto recogido en D.47.2.66.pr, dice así:

*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.*

El pasaje aparte de calificar de hurto dicho supuesto, lo reconoce como tal tanto si media entrega al acreedor *-tradiderat creditori-*, como si se hubiera obligado en virtud de pacto especial *-sive speciali pactione tantum obligaverat-*. Lo insólito y lo especial del supuesto está en calificar de hurto el hecho aún cuando quien tal procede es el propio dueño *-quam vis dominus sit-*.

Una vez establecida la imposibilidad legítima de volver a gravar la misma cosa, se impone la necesidad de refrendar mediante sanciones que hagan efectiva la imposición de tal modo de proceder.

Ello nos lleva a referirnos al delito de *stellionatus*.

El *stellionatus* sanciona como delito grave la prohibición de dar en garantía y como libres las cosas anteriormente gravadas. Y aunque tal delito hunde sus raíces en el viejo *ius civile*, todavía y a modo de recuerdo añejo, los propios textos justinianos dan algunas orientaciones, pero en todo caso, sin determinar unas

---

<sup>81</sup>Esta advertencia con todos los inconvenientes de las comunicaciones privadas, parece dejar al acuerdo deudor-nuevo acreedor la publicidad de la existencia de gravámenes anteriores que recaigan sobre la cosa. De ahí la necesidad de la *interpellatio*, o advertencia que todo deudor que quiera destinar una cosa ya previamente gravada para proceder a la constitución de una nueva garantía, debe de realizar 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>82</sup>PAULUS, libro VII, ad Plautium.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

características muy precisas del mismo. Así Ulpiano<sup>83</sup>, aunque no llega a calificarlo de infamatorio, no por ello deja de llevar aparejada una pena extraordinaria, aunque sin precisar más.

El texto viene recogido en D.47.20.2:

*stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercionem extraordinariam habet.*

La nota de infamia, en cuanto que imponía la pérdida de la moralidad u honorabilidad social, requería de una intervención pretoria concretada en la *nota censoria*. El Digesto<sup>84</sup>, en realidad no llega a recoger al *stellionatus* entre los casos que pueden dar lugar a esta tacha, salvo que se incluyera entre los casos de hurto, injuria, dolo malo o fraude, lo cual en todo caso hace discutible<sup>85</sup> su inclusión entre las instituciones citadas<sup>86</sup>.

Papiniano, coetáneo de Septímio Severo (193-211, d. C.), probablemente pensó que no tenía sentido el mantenimiento del *stellionatus* como delito, de ahí que no lo incluyera ni entre las intervenciones públicas ni entre las acciones privadas<sup>87</sup>. Esto es fácilmente comprensible, si según Ermann, el termino *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

---

<sup>83</sup>ULPIANUS, *Lib. VIII Ad Sabinum*.

<sup>84</sup>D.3.2.1.

<sup>85</sup>En cambio, en el derecho Justiniano incurrieron en infamia los que habían sido condenados por incumplimiento de contrato que exigían recíproca confianza como el mandato, sociedad, depósito o tutela. GARCÍA GARRIDO, M.J., *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid 1982, p. 170.

<sup>86</sup>En cambio, en C.2.12(11).11, los deudores que hayan hecho cesión de un bien, aunque fueren vendidos, no por ello cometen infamia.

<sup>87</sup>D.47.20.1.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

anterior a Justiniano, e incluso por los propios compiladores justinianeos, de tal forma que el termino *pignus* se llegó a sustituir corrientemente por el de *hypotheca*<sup>88</sup>.

Esto nos hace suponer que hasta ese momento si que era necesaria aún la previa satisfacción del acreedor pignoraticio para posibilitar una garantía posterior. De ahí también hasta entonces, la necesidad de garantizar, incluso coactivamente, que no se va a constituir un nuevo *pignus*, mientras estuviera vigente el primero<sup>89</sup>.

No obstante, Ulpiano<sup>90</sup> considera que a menos que hubiera además de *stellionatus* otra acusación criminal, se podía acusar de ello a quien lo hiciera con dolo, estableciendo a continuación los casos en los que tiene lugar<sup>91</sup>:

*stellionatum autem obiici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit, quod obiiciatur; quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicunque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiiciemus. Maxime autem in his locum habet, si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit, vel permutaverit, vel in solutum dederit; nam hae omnes species stellionatum continent. Sed et si quis merces supposuerit, vel obligatas averterit, vel si corrumperit, aequè stellionatus reus erit. Item si quis imposturam fecerit, vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari. Et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare.*

---

<sup>88</sup>ERMANN, "Pignus hypothecaeve", *Melanges Girard*, 1 (1912), pp. 419 ss.

<sup>89</sup>En cualquiera de estos casos, se dificultaba que una misma cosa sea objeto de nuevas garantías con otros acreedores. Fue necesario que desaparecieran todos estos obstáculos, para que la posibilidad de concurrencia de varias garantías reales sobre el mismo bien fuera posible. ROBLES VELASCO, "La Segunda Hipoteca en el Derecho Romano"..., op. cit, p. 2.347.

<sup>90</sup>ULPIANUS, *lib. VIII, de officio proconsulis*.

<sup>91</sup>D.47.20.3.1.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

Esto es, que el estelionato tendrá lugar cuando se oculte la obligación contraída, o se enajene una cosa que previamente había sido obligada en favor de otro, o en el caso de las mercancías que pudieran servir de medio de garantía, se substraieran éstas al posible acreedor, o se estropearan para impedir el beneficio de éste.

### 2.B.2. Sus penas.

En cuanto a la cuestión de cuál sea la pena a aplicar, no hay una uniformidad de criterio, puesto que si bien en este mismo epígrafe<sup>92</sup>:

*poena autem stellionatus nulla legitima est, quum nec legitimun crimen sit; solent autem ex hoc extraordinem plecti, dunmodo non debeat opus metalli haec poena in plebiis agredi; in his autem, qui sunt in aliquo honore positi, ad tempus relegatio, vel ab ordine motio remittenda est.*

Del cual se desprende, que a pesar de no haberse establecido una pena concreta para el estelionato, al no ser un crimen señalado por la ley, su tratamiento adecuado sería a través del procedimiento extraordinario, siendo la pena distinta según la clase social, puesto que si se trata de plebeyos no puede ir mas allá del trabajo en las minas, o en el caso que el infractor ostentara alguna dignidad, la comisión de tal delito implicaría la posible destitución o remoción de su cargo.

En otro texto de Modestino<sup>93</sup>, tampoco se establece paridad con los textos anteriores. Dicho fragmento viene recogido en D.47.20.4:

*de periurio, si sua pignora esse quis in instrumento iuravit, crimen stellionatus fit; et ideo ad tempus exulat.*

Esto es, que en el caso de mediar juramento recogido en un instrumento, aseverando que la cosa dada en prenda es suya, si después se demuestra que no lo es, la pena que se impone es la de destierro temporal.

---

<sup>92</sup>D.47.20.3.2.

<sup>93</sup>MODESTINUS, *Lib. III, De poenis.*

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

Probablemente, en la evolución del *pignus* se asistió a la creación de una situación de hecho favorable a la aparición de nuevos acreedores posteriores y sucesivos, bien porque mediante convención privada, se prestarían a ello con el conocimiento y consentimiento del deudor, o bien por medio de la referida *formula de estilo*. Lo cierto es que pronto se presentaron posibles concursos de acreedores, lo cuales se resolvieron mediante la regla, tan romanista por lo demás, de *melior est condicio possidentis*, con lo cual la preferencia la va a obtener en el caso de concurrencia de acreedores, el que sea poseedor.

Solución aplicable al *pignus possessionis*, pero no tanto al *pignus conventum*. Claro que, al no diferenciar claramente ante cuál de estas dos formas de *pignus* nos encontramos, puede crear confusión al interprete. Solo así es posible entender, que mas tarde esta idea reaparezca en los propios textos Justinianeos, utilizando para ello la palabra de Paulo<sup>94</sup>. Concretamente en D.20.4.14. Dice así el texto:

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

En este fragmento se recoge el principio citado de forma que en caso de pignoración sucesiva de una misma cosa en favor de dos o mas acreedores, la preferencia es en favor del primero; pero tratándose del supuesto de constitución de prenda por dos o mas deudores, ninguno de los cuales pudiera determinar ser el propietario, la preferencia es en favor del que tiene la posesión. Extraño supuesto este que posibilita por una parte, la constitución sucesiva de una garantía en favor de dos o mas acreedores, introduciendo la prioridad temporal en favor del primero de ellos, pero que por otra, permite la pignoración por quienes no son dueños pero si detentan la posesión.

### 2.B.3. Sus efectos sobre la contratación.

Por ultimo, en cuanto a la cuestión de los efectos sobre la contratación, la cuestión estriba en determinar si en éstos casos, que suponen la necesidad de comunicar por parte del deudor la inexistencia de un gravamen pignoraticio sobre los bienes para no incurrir en *stellionatus*, se pueden entender como un sistema muy rudimentario de comunicación de las garantías, ya que aparte la prohibición de la *anepafia*, lo que es

---

<sup>94</sup>PAULUS, Libro XIV Ad Plautium.

## LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

fácilmente vulnerado mediante el simple expediente del sometimiento de la voluntad del deudor a la del acreedor, el sistema punitivo del *stellionatus* presenta graves inconvenientes. Así por ejemplo, aparte de la indeterminación de las sanciones, falta la consideración de la correspondencia en orden a la penalidad entre el importe de la garantía y el valor de los bienes que la cubren. Con lo cual podía darse en la práctica que el valor de los bienes fuera muy superior a la de la deuda pretendidamente cubierta, y de esta manera quedar margen de negociación para una posterior garantía, sin necesidad de violentar gravemente el peligro al que aludía Gayo.

Por otra parte, la propia configuración del *pignus conventum o hypotheca* con su no transmisión de propiedad, ni siquiera el tránsito posesorio, a diferencia del *pignus datum* hacen que la posibilidad de utilizar la cosa como medio de obtención de nuevas garantías no sea obstáculo en sí, sino una mera coacción psicológica que pesa sobre el deudor por lo menos hasta que se produzca el incumplimiento de la obligación garantizada; esto, sin hablar de la dificultad no menor de la obtención de una justa valoración de la cosa en relación con la garantía que cubra su valor. Esto que en su día representaron inconvenientes no pequeños, que dificultaron que los romanos llegaran a desarrollar en toda su extensión el problema de la pluralidad de vínculos hipotecarios sobre un mismo bien.

Hasta entonces, en estos casos se dificultaba que una misma cosa fuera objeto de nuevas garantías con otros acreedores. Fue necesario que desaparecieran todos estos obstáculos materiales o psicológicos, para que la posibilidad de concurrencia de varias garantías reales sobre el mismo bien fuera posible<sup>95</sup>.

Para llegar a ello, se hizo imprescindible permitir la posibilidad de nuevas garantías sobre la cosa ya gravada por el deudor, bien como una práctica habitual o bien por voluntad de las partes, como dice Biscardi<sup>96</sup>, para que se facilitara la concurrencia de varios vínculos hipotecarios sobre una misma cosa y que ésta no estuviera sujeta a la excluyente posesión de uno de los acreedores<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup>ROBLES VELASCO, "La Segunda Hipoteca en el Derecho Romano"... , op. Cit., p. 2.347.

<sup>96</sup>BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...", op. Cit., p. 70.

<sup>97</sup>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.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**



## **LA APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO**

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD: *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE.***

**Luis Mariano Robles Velasco.**

**CAPÍTULO III.- LA SEGUNDA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO.-**

**III. A.- LA APARICIÓN DE LA SEGUNDA HIPOTECA.**

**3.A.1. La primera fase: la segunda hipoteca condicionada a la previa extinción de la primera.**

**3.A.2. Segunda fase: constitución de la segunda hipoteca sin necesidad de la previa liquidación de la hipoteca anterior.**

**3.A.2. A) La subrogación hipotecaria por el acreedor posterior.**

**3.A.2. B) El *superfluum* y la pluralidad hipotecaria.**

**3.A.2. C) El *ius offerendi* y la segunda hipoteca.**

**III.B.- Conclusiones.-**

### CAPÍTULO III.- LA SEGUNDA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO.-

#### III. A.- LA APARICIÓN DE LA SEGUNDA HIPOTECA.

Si preguntáramos a un civilista actual 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 cosa<sup>1</sup>, 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<sup>2</sup> 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.13.7.9.2<sup>3</sup>:

*propie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam quoniam non transit nec possessio ad creditorem.*

Bien es verdad que hoy en día la mayoría de la doctrina<sup>4</sup>, como vimos, se inclina por un desarrollo interno de la hipoteca romana a partir del *pignus* sobre los *invecta et illata*<sup>5</sup>, dejando de lado el posible origen griego de la hipoteca<sup>6</sup>.

---

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

<sup>2</sup>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.

<sup>3</sup>*ULPIANUS, lib. XXVIII. Ad Edictum.*

<sup>4</sup>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*,

#### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

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 Severos<sup>7</sup>, llegándose a interpolar en la mayoría de los textos clásicos anteriores a Diocleciano aplicando al nombre de *pignus conventum*<sup>8</sup> el término de *hypotheca*<sup>9</sup>.

---

p. 598 ss), SARGENTI ("Il *De agri cultura* di Catone e le origine della hipoteca romana, *SDHI* 22 (1956), 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.

<sup>5</sup> 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*.

<sup>6</sup> Algunos autores defienden el origen griego de la hipoteca como es el caso de PAOLI (PAOLI, "Sul diritto pignoratorio 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).

<sup>7</sup> 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 hypothecaevé", *Melanges Girard*, 1 (1912), pp. 419 ss.

<sup>8</sup> 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", *RD*, 313 (1943), pp. 213-223.

<sup>9</sup> EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam und die hypothekarezeption*, Leipzig, 1917.

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

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 permitiendo así la posibilidad de la pluralidad hipotecaria.

¿Pero cual es el origen de la segunda hipoteca?.

En nuestra mentalidad, podríamos pensar, en la ineludible necesidad de que aparezca un nuevo acreedor que proporcione una nueva línea de crédito a un deudor acosado por una perentoria necesidad de solvencia<sup>10</sup>. Ello evidentemente, solo es posible si queda un 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, era menester la previa satisfacción del acreedor anterior, para posibilitar la aparición de una hipoteca posterior. Ello implicaba el necesario efecto solutorio sobre la garantía precedente. De esta forma, mientras la anterior 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 garantías sobre la misma cosa. Vamos a ver con mas detenimiento estas dos fases de dicha evolución.

---

<sup>10</sup> Esta 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. Si bien es de tener presente que el art. 131 de la L.H. Fue derogado por la nueva L.E.C. 1/2000 de 7 de Enero.

### 3.A.1. La primera fase: la segunda hipoteca condicionada a la previa extinción de la primera.

La idea de una incompatibilidad hipotecaria con 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.20.1.15.2<sup>11</sup>:

*si 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.*

Gayo contempla aquí, un supuesto caso en el que se alude a la utilización de una formula o cláusula empleada por aquellos que obligan sus bienes y que, de nuevo, proceden a obligarlos a un segundo acreedor, para evitar el peligro en el que pueden incurrir con tal practica. Para ello, 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 para 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 incluso de constituir otra nueva, con la de establecer una formula que posibilitara que la practica comercial no estuviera en contradicción con la imposibilidad legal de constituir mas de una hipoteca sobre una misma cosa simultáneamente.

Por otra parte, Gayo alude al *periculum* en el que pueden caer los que obligan varias veces unos mismos bienes.

¿Cual era ese peligro?. Caer en *stalionatus*. La declaración de estar libres las cosas sobre las que se constituye hipoteca, no estándolas en realidad, es considerado un delito de estelionato y conlleva la pena de destierro<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup>GAIUS, *De formulae hypothecariae*.

Esta misma solución 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, situación que se presenta cuando, si por estar la cosa 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. Esto supone acoger la idea de una segunda hipoteca condicionada ya en el momento de su constitución, lo que impone aceptar así mismo una idea base: la de que tal garantía sólo tendría efectividad en el caso que la finca quede libre de la primera.

Sin embargo, aunque algunas fuentes parecen decantarse por el tratamiento de la condición como base de una segunda hipoteca, e llo 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.13.7.2 Pomponio dice<sup>13</sup>:

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

---

<sup>12</sup>D.47.20.4.

<sup>13</sup>POMPONIUS, VI Ad Sabinum.

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 obtenido de la venta-, no se constituye una segunda prenda al no estar ya la cosa en manos del deudor; pero por otra parte, al ser pagado el acreedor anterior, el nuevo adquirente la recibiría libre de gravámenes<sup>14</sup>. Aquí no sería posible la constitución de una nueva garantía pignoratícia sobre cosa ya gravada, en tanto que el adquirente de ella la recibe como libre.

2) En C.8.18 (17).1 pr<sup>15</sup>:

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

El texto pone de relieve que la sucesión del segundo acreedor hipotecario, no siempre se produce cuando se paga al primer acreedor hipotecario, sino cuando además le ofrece o deposita el importe y no lo aplica a usos propios, en cuyo caso se constituye una nueva garantía sobre la misma cosa obligada y en tal caso, el nuevo acreedor sucede 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 (17).1 pr, se recoge un supuesto en el que parece que para que se produzca la sucesión en la propia relación 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.

---

<sup>14</sup>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.

<sup>15</sup>Const. SEVERUS et ANTONIUS: “qui potiores in pignore habeantur”.



¿Cuál 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 por tanto aunque la voluntad de las partes fuera la de constituir la garantía, ello no es posible porque chocaría con la imposibilidad que la cosa no es ya de quien pretende constituir la prenda o la hipoteca; en el segundo caso, la voluntad de las partes da lugar a la sustitución de un nuevo acreedor en el lugar del primero, pero en este caso se condiciona a la liberación de la primera garantía. Por ello, esto nos hace pensar que las fuentes parecen admitir desde antiguo la posibilidad de una segunda hipoteca, si bien 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 Carcaterra<sup>16</sup>.

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 Volterra<sup>17</sup>.

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 plazo, no de una condición<sup>18</sup>. Además, el acreedor que pretendiera

---

<sup>16</sup>CARCATERRA, "Il pegno delle cose future (fructus e partii)", *Annali Bari*, 3 (1940), pp. 123-165.

<sup>17</sup>VOLTERRA, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano*, Roma, 1930, p. 31.

<sup>18</sup>Por 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

#### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

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 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-, 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.

### **3.A.2. Segunda fase: constitución de la segunda hipoteca sin necesidad de la previa liquidación de la hipoteca anterior.**

Según Miquel<sup>19</sup>, los textos mas antiguos en los que se ha querido encontrar una segunda hipoteca, son dos textos de Paulo recogidos en D.20.4.13 y D.20.4.14.

1) Según D.20.4.13<sup>20</sup>:

---

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.

<sup>19</sup>MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico", *AHDE*, 29 (1959), p. 237.

*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 arrendador, de si lo obtenido de la misma pertenecía en primer lugar al vendedor, o de si se pagaría a ambos, a prorrata y de común acuerdo, 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 sobrara 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 acuerdo sobre ello.

En referencia a este texto, Manigk<sup>21</sup> consideraba que Nerva y Proculo conocían ya la fórmula *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 fórmula *si quid superesse*, trataba de admitir la tesis de la segunda hipoteca sobre la posibilidad de que el objeto sobre el que recaía ésta era 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.

Herzen, por su parte estimaba que de éste texto, en realidad, tampoco se desprende que se trate de una auténtica segunda hipoteca, sino más bien un pacto entre

---

<sup>20</sup> PAULUS, V Ad Plautium.

<sup>21</sup> MANIGK, "Hypotheca", PW, (1913), pp. 343 ss.

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. 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 intervinientes<sup>22</sup>.

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 hipótesis<sup>23</sup>.

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.20.4.14<sup>24</sup> el texto dice así:

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

Se trata de dos supuestos solapados y diferentes; en el primero, si un no-dueño constituye en prenda una misma cosa sucesivamente en favor de dos acreedores se daría preferencia al primero. 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.

---

<sup>22</sup>HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris 1899, p. 308.

<sup>23</sup>MIQUEL, "El rango hipotecario en el...", op. Cit., p. 238.

<sup>24</sup>PAULUS, *XIV Ad Plautium*.

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, Koschaker<sup>25</sup> propone un paralelismo con D.6.2.9.4<sup>26</sup> donde se trata de un supuesto de doble venta, y donde plantea la cuestión del ejercicio de la acción publiciana dando preferencia a aquel a quien primero se entregó, y si lo fuera a varios el que de ellos la posea.

Según Miquel<sup>27</sup>, de este texto tampoco se puede deducir que Paulo 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 fragmento<sup>28</sup>.

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 así mismo inferir la conclusión de la imposibilidad de afirmar que Plaucio o el propio Paulo conocieran la segunda hipoteca, o en todo caso el primero de los juristas citados.

---

<sup>25</sup>KOSCHAKER, "Fra. 4.32 D.44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano", *JVRA*, 4 (1953), pp. 1 ss.

<sup>26</sup>El texto de D.6.2.9.4 (*ULPIANUS, Lib. XVI, ad Edictum*) dice así:  
*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.

<sup>27</sup>Según MIQUEL, se trata en realidad de una hipoteca y una prenda. MIQUEL, "El rango hipotecario en el...", op. cit. p. 238, n. 42, p. 240.

<sup>28</sup>LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, p. 1194, n. 8.

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 procesales<sup>29</sup>.

Por otra parte, la doctrina tradicional y clásica de Dernburg<sup>30</sup>, Manigk<sup>31</sup> y otros<sup>32</sup>, considera que la segunda hipoteca arranca de la afección al *superfluum*<sup>33</sup>, 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 subrogación<sup>34</sup>.

### 3.A.2. A) La subrogación hipotecaria por el acreedor posterior.

---

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Recht*, 2, Leipzig 1860-64, p. 480.

<sup>31</sup> MANIGK, "Pignus", *PW*, 20 (1941), p. 1239 ss.

<sup>32</sup> WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*, Basilea, 1955, p. 255; VAN OVEN, *Leerboek van romanisch Privatrecht*, Leiden, 1948, p. 181.

<sup>33</sup> MIQUEL, "El rango hipotecario en el...", op. cit., p. 256.

<sup>34</sup> 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.

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

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

En momento posterior sin embargo, la evolución se va a orientar 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 acreedor<sup>35</sup>. Y según Schulz, los juristas romanos nunca consideraron la posibilidad de que el segundo acreedor tuviera derecho a instar la venta de la cosa hipotecada<sup>36</sup>.

Pero es evidente, que para que se produzca 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 éste 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*<sup>37</sup>. 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*<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> SCHULZ, *Classical Roma Law*, Oxford 1951, p. 423.

<sup>37</sup> Como ocurre en D.20.4.12.8: (*MARCIANUS, lib. Singulari ad formulam hypothecariam*).

<sup>38</sup> 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*.

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

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 ofrecimiento de 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 no 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 a través de 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.8.14.22<sup>39</sup>:

*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.

O en C.8.18 (17).1 pr<sup>40</sup>:

---

<sup>39</sup> *Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS ANTIOCHIANO.*

<sup>40</sup> *Imp. SEVERUS et ANTONIUS.*



*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 acreedor<sup>41</sup>.

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 Marciano<sup>42</sup>- 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 pr<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup>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, n. 1).

<sup>42</sup>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.*

<sup>43</sup>D.20.4.3.pr (PAPINIANUS, *Lib. XI, Responsarum*):

*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.*

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

donde Papiniano menciona la figura de la novación para indicar que se produce una *successio in locum*. Incluso Marciano, en D.20.4.12.5<sup>44</sup>, 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*. Pero 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 esto 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.

### 3.A.2. B) El *superfluum* y la pluralidad hipotecaria.-

Volvamos al texto de Gayo, recogido en D.20.1.15.2<sup>45</sup>, donde documenta de forma inequívoca el tratamiento del *superfluum*: Recordemos que el tratadista opta por

---

En este texto aunque PAPIANUS 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.

<sup>44</sup>MARCIANUS, *lib. Singulari ad formulam hypothecariam*.

<sup>45</sup>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,*

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 sólo 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*<sup>46</sup>.

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 satisfecho<sup>47</sup>; 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

---

*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, quod prius diximus.*

<sup>46</sup>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.

<sup>47</sup>Lo que nos permite suponer que si en dicho 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 PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

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 por 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 instar 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*. 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 venta<sup>48</sup>.

La conclusión es pues, que el segundo acreedor no pudo tener más que los derechos derivados del *ius offerendi*, salvo naturalmente que se tratara de un acreedor privilegiado<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> 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, queda 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.

<sup>49</sup> 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.

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

Este sucesivo juego de acciones y excepciones no podía dejar indefenso al acreedor de rango preferente, ya que dicho acreedor siempre podría oponer una *exceptio* contra el acreedor no preferente, aunque fuera anterior, que pretendiera ejercitar la acción hipotecaria<sup>50</sup>.

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<sup>51</sup>, 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 otros<sup>52</sup>, 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*,

---

<sup>50</sup> 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*".

<sup>51</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.

<sup>52</sup> 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...*

○ 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...*

○ en D.20.5.1 (*Papinianus Lib. XXVI Quaestionum*):

*creditor, qui preadia pignori accepit ...*

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

-en tiempos sin edicto propio-, hasta desembocar en una propia acción real *Serviana*, *quasi-Serviana* o *hypothecaria*<sup>53</sup>.

### 3.A.2. 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 práctica 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 simultáneo de la propia constitución de una segunda hipoteca gravitando junto a la otra hipoteca anterior sobre el *superfluum* o resto de valor en cambio de la cosa. Es la idea que parecen suponer los textos analizados de 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 pr<sup>54</sup>:

---

<sup>53</sup>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.

<sup>54</sup>PAPINIANUS, *Lib. XI, Responsarum*.

*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, en el que Papiniano utiliza la locución *pignus*, considera que un primer acreedor aceptó en garantía cosas que por un 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. Por ello debemos de poner este fragmento en relación con el texto de Marciano de D.20.4.12.5<sup>55</sup>:

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

Fragmento donde retoma la idea papiniana, según la cual, un 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 un 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 más, 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*.

---

<sup>55</sup> 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 <sup>56</sup>.

Esto es lo que permite pensar a D'Ors <sup>57</sup> 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 Dernburg <sup>58</sup>, Manigk <sup>59</sup> y otros <sup>60</sup>, que consideraban que la segunda hipoteca arranca de la afección al *superfluum* <sup>61</sup>. 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

---

<sup>56</sup> SCAEVOLA, *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.

<sup>57</sup> D'ORS, "El IUS OFFERENDI de...", op. cit., p. 218.

<sup>58</sup> DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Recht*, 2, Leipzig 1860-64, p. 480.

<sup>59</sup> MANIGK, "Pignus", *RE*, 20 (1941), p. 1239 ss.

<sup>60</sup> WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*, (3ª Ed.), Basilea, 1955, p. 255.  
VAN OVEN, *Leerboek van romeinsch Privatrecht*, Leiden, 1948, p. 181.

<sup>61</sup> MIQUEL, "El rango hipotecario en el...", op. cit. p. 256.



patrimonial, engarzándose conceptualmente en una construcción convencional dentro de los actos negociales retomando la vieja alzada de los juicios de buena fe<sup>62</sup>.

Quizás sea interesante en este punto, 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*<sup>63</sup>, cuando del segundo acreedor se trata<sup>64</sup>. Según esta mentalidad<sup>65</sup> no es inconcebible la configuración de una hipoteca que recayera sobre el *superfluum* como modalidad de la clausula *si superavit*<sup>66</sup>.

Así, en el ya comentado D.20.4.12.5<sup>67</sup> se utiliza el termino *superfluum*<sup>68</sup>, pero D'Ors justifica la imposibilidad del derecho al *superfluum* en la época clásica por la

---

<sup>62</sup>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, n. 10. Idem. D'ORS, "El IUS OFFERENDI de...", op. cit. p. 218, nota 14.

<sup>63</sup>En D.20.4.20 se alude al termino *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.

<sup>64</sup>BISCARDI, "Le regime de la pluralité hypothecaire en droit grec et romain", *JJP*, 19 (1983), pp. 41 ss.

<sup>65</sup>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.

<sup>66</sup>D.20.4.12.5; D.46.3.96.3; D.22.2.6; D.49.14.22.1, por ejemplo.

<sup>67</sup>MARCIANUS, *lib. Singulari ad formulam hypothecariam*.

<sup>68</sup>...et quod superfluum ex anteriore crédito accepit, hoc secundo restituit.

propia limitación procesal de las acciones que se reconocen al acreedor hipotecario<sup>69</sup>. 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 ejercitarlo por el acreedor subrogado.

De ahí que, si se llega a la situación de tener que permitir que se venda la cosa pignorada para que sea pagado al primero su crédito, el segundo acreedor que le sigue en el rango no tendría mas posibilidad que anticipar el pago al primero y sucederle en su lugar. Subrogación que igualmente 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 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

---

<sup>69</sup>D'ORS, "El IUS OFFERENDI de...", op. cit., p. 219.

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 préstamo<sup>70</sup>, 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 siguiente 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*<sup>71</sup>.

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 hipotecaria<sup>72</sup>, puesto que si forzáramos la interpretación hasta límites sospechosos, -léase la pretendida calificación de "hipoteca de propietario" por la dogmática germánica<sup>73</sup>-, como lo sería en el caso de compra del crédito hipotecario por el propio

---

<sup>70</sup>D'ORS, "El IUS OFFERENDI de...", op. cit., p. 220.

<sup>71</sup>Como ocurre en D.20.4.12.8: (*MARCIANUS, lib. Singulari ad formulam hypothecariam*).

<sup>72</sup>D'ORS, "El IUS OFFERENDI de ...", op. cit. p. 220, n. 21.

<sup>73</sup>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.

#### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

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 fundo<sup>74</sup>.

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-acreedor, la publicidad de la existencia de vínculos 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 vínculo anterior al nuevo acreedor para que la cosa quede obligada<sup>75</sup>. Un acreedor difícilmente 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 por otra parte, no siempre las intenciones de un primer acreedor trascienden al resto de los acreedores hipotecarios debido sobre todo a

---

CHICO Y ORTIZ, *Estudios de derecho hipotecario 2*, Madrid 1989, pp. 1.457 ss.

<sup>74</sup>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.

<sup>75</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.

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

las propias deficiencias del sistema en si. Y ello a pesar 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 tal derecho por 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*<sup>76</sup>, la segunda hipoteca ya existente se convierte en preferente mediante dicho ejercicio. Tal vez sea éste el sentido de la expresión *confirmare pignus*<sup>77</sup> que utilizan diversos pasajes, en el sentido de aludir a una convalidación por adquisición subsiguiente de la disponibilidad de la cosa hipotecada<sup>78</sup>.

### III.B.- 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.

---

<sup>76</sup>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.

<sup>77</sup>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.

<sup>78</sup>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).

### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

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 práctica 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.

**CAPÍTULO IV.- LA PLURALIDAD Y EL RANGO HIPOTECARIO.**

**IV. A.- PLURALIDAD HIPOTECARIA SIN RANGO.**

**4. A. 1.- PLURALIDAD HIPOTECARIA POR VÍA VOLUNTARIA.**

4. A. 1.1.- Pluralidad crediticia *in solidum*.

4. A. 1.2.- Pluralidad crediticia *pro parte virili*.

4. A. 1.3.- La preferencia en el ejercicio procesal.

4. A. 1.3.1.- Pluralidad *in solidum*.

4. A. 1.3.2.- Pluralidad *pro partibus*.

**4. A. 2.- PLURALIDAD HIPOTECARIA POR VÍA LEGÍTIMA.**

**4. A. 3.- PLURALIDAD HIPOTECARIA POR VÍA SUCESORIA.**

4. A. 3. 1.- Cesión indiferenciada a los herederos.

4. A. 3. 2.- Cesión diferenciada.

**4. A. 4.- POR VÍA DE INTERVENCIÓN DE UN TERCERO.  
DIFERENTES TESIS.**

4. A. 4. a). La tesis de la *delegatio*.

4. A. 4. b). Por vía de subrogación.

4. A. 4. c). La teoría de la *procuratio in rem suam*.

**IV. B.- EL RANGO Y LA PLURALIDAD HIPOTECARIA.**

**CAPÍTULO IV.- LA PLURALIDAD Y EL RANGO HIPOTECARIO.**

Antes de entrar a considerar el tratamiento de los créditos y sus preferencias se hace necesario delimitar la forma de proceder con todos y cada uno de ellos. Sobre todo, por cuanto que ante un conflicto en la pluralidad crediticia es conveniente plantearse, si el criterio común y general de las preferencias, es siempre el formulado en el llamado principio de prioridad o máxima de *prior tempore potior iure* como posible solución a los conflictos en la pluralidad crediticia, o si por el contrario, esta solución no siempre es aplicable a la totalidad de los conflictos en el rango, debido sobre todo a que dicha solución está lastrada de un gran número de excepciones.

Esta observación, no solo es patente cuando la pluralidad crediticia lo es sobre créditos cuya solvencia no está amparada por la cubierta hipotecaria, sino que cuando se trata de créditos garantizados con hipoteca expresamente formulada, la variedad de las soluciones aumenta la casuística, hasta el punto, que dudosamente se pueden inferir de ellas mecanismos uniformes o reglas generales.

El principio de prioridad<sup>1</sup> parte, precisamente, de la necesidad de articular la coexistencia de dos o mas créditos hipotecarios que gravitan sobre unos mismos bienes de un mismo deudor. Es en esta situación y ante la inminencia de su ejecución, cuando se origina el conflicto en la pluralidad hipotecaria y consiguientemente la necesidad de articular una preferencia entre estos créditos y consiguientemente, la determinación de su rango.

Cierto que Miquel<sup>2</sup>, parece considerar que en el Derecho Romano la segunda hipoteca lo es, en tanto deja de estar condicionada a la extinción de la primera, convirtiéndose a partir de entonces, ésta segunda en una garantía real eficaz. Pero también es posible otra opinión, la de considerar que la posibilidad de conflictos en el rango, solo se puede mantener sobre la idea de la existencia simultánea de varias hipotecas siempre que

---

<sup>1</sup>Mas adelante, y en capitulo posterior nos ocuparemos del Principio "*prior tempore potior iure*" y de la prioridad hipotecaria.

<sup>2</sup>Según palabras de Miquel, "La hipoteca posterior nace condicionada a la extinción de la anterior, de modo que va implícito el principio *prior tempore potior iure*...". MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico", *AHDE*, 29 (1959), p. 278, n. 204.

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**



fueran tales<sup>3</sup>. Caso contrario, dichas garantías tendrían en cuanto a la preferencia una eficacia limitada; ya que donde verdaderamente, el principio de prioridad se pone de relieve es cuando surge la aparición de varios acreedores hipotecarios, reales y presentes.

En la literatura científica mas o menos reciente Sirks<sup>4</sup>, introduce la distinción entre hipotecas *sin rango* e hipotecas *con rango*, en cuanto que puede hacerse patente el peligro que cuando al hablar de pluralidad de acreedores hipotecarios, estemos tratando en realidad de solo una parte del problema. Esto quiere decir, que a veces la doctrina se ocupa únicamente de aquellas hipotecas entre las cuales se puede establecer una preferencia en el rango<sup>5</sup> o de únicamente de hipotecas sucesivas entre las cuales se establece algún criterio de prioridad, como ocurre con Kaser que al trata de la pluralidad hipotecaria se ocupa únicamente de la hipotecas sucesivas<sup>6</sup>.

Esto nos llevaría a plantearnos una distinción sobre la base de la pluralidad hipotecaria sin rango establecido o bien pluralidad hipotecaria con rango establecido entre las distintas garantías.

#### IV. A.- PLURALIDAD HIPOTECARIA SIN RANGO.

Esta pluralidad hipotecaria sin rango aparente o reconocido puede tener un múltiple origen: bien sobre la posibilidad de existencia de varios acreedores sobre una sola hipoteca; bien sobre el supuesto de varias hipotecas que confluyen sobre un mismo bien; o bien por que tenga su origen en distintos títulos o modos de adquirir.

---

<sup>3</sup> Como se puede inducir de textos como D.20.4.9.1.

<sup>4</sup> SIRKS, "La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang en droit romanin classique et Paul. 5 "Ad Plaut." D.20.4.13, *BIDR*, 89 (1986), pp. 305-326.

<sup>5</sup> Según SIRKS, "Un traitement nouveau n'est pas inutile afin de préciser la distinction entre les hypothèques sans rang et les hypothèques en rang. Il existe le danger que l'application du terme "pluralité des créanciers hypothécaires" soit limitée à cette dernière forme...". SIRKS, "La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang..." op. Cit. p. 305.

<sup>6</sup> KASER, "Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht", *Studi Grosso*, I (1968) p. 29-76.

#### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

En la doctrina científica aparecen algunos supuestos que parecen contemplar una posible pluralidad hipotecaria sin rango o con rango poco definido. La razón de fondo podríamos encontrarla en el propio origen de la garantía que representa la hipoteca desde sus inicios.

Refiere Jourdan<sup>7</sup>, que la novedad de la aparición de la garantía real estriba en que hasta dicho momento la mentalidad romana anterior a su aparición, consideraba que la garantía real no era sino una garantía meramente provisional hasta la llegada de la garantía personal<sup>8</sup>. La intervención de fiadores personales como amigos y miembros de la familia próxima del deudor, aportaban con su honradez y moralidad lo que el deudor evidentemente no tenía: *creditum*, como sinónimo de confianza o de solvencia ante el acreedor que le presta<sup>9</sup>.

Lo que en nuestra mentalidad, la garantía personal no sería sino una frágil garantía, entre los romanos la real era, por contra, la meramente provisional en tanto y en cuanto no se hallaran fiadores<sup>10</sup>. Precisamente, cuando merma la confianza en la solvencia personal es cuando se abre camino la idea de afirmar la seguridad del acreedor mediante una garantía real y mas -si es posible- con garantía compartida por varios acreedores.

---

<sup>7</sup>JOURDAN, *L'hypothèque*, París 1876.

<sup>8</sup>De ahí lo chocante que tuvo que ser en su momento la frase de SEXTO POMPONIO, ... *plus cautionis est in re, in persona*.

<sup>9</sup>El propio MARCIAL hacia blanco de sus reproches a su amigo THELESINUS, que se negaba a prestarle dinero si no era con garantía de una hipoteca. En cambio los antiguos romanos veían las cosas de otra manera: la garantía personal era preferible a la garantía real, de tal modo que Catón nos ha dejado una serie de formularios de contratos mediante los cuales los arrendatarios daban al propietario una hipoteca hasta haber encontrado fiador. Ello permite suponer que la garantía real tenía carácter provisional hasta encontrar una garantía personal. Vid. MORO SERRANO, "Las formas de garantía real en Roma", *RCDI* 65 (1989), pp. 717-718.

<sup>10</sup>Los prestamistas no reclamaban mas que seguridades personales, bien sea porque en cierta medida prestaban un servicio o bien porque no buscaban más que su propio interés. "...¿De qué servía al capitalista una hipoteca sobre un pobre utillaje artesanal o sobre un campo saqueado por la guerra que costaba mucho poner en producción, mientras existiera a su disposición grandes extensiones de terreno de dominio público?. La tierra abundaba en aquellos momentos. Lo que escaseaba era el capital y los útiles de trabajo...". MORO SERRANO, "Las formas de garantía real...", op. cit. p. 717.

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

Podemos distinguir varios supuestos, aunque algunos de ellos en un examen mas detenido nos planteen ciertas dudas. Así podríamos considerar, según que el modo de constitución sea voluntario, sea legítimo, por vía sucesoria pero con cesión diferenciada a los herederos, y por vía indirecta, a través de un tercero mediante la utilización de la *procuratio in rem suam*<sup>11</sup>.

#### 4. A. 1.- PLURALIDAD HIPOTECARIA POR VÍA VOLUNTARIA.

Podemos distinguir según se trate de una pluralidad crediticia *in solidum* o de una pluralidad crediticia *pro parte virili*.

##### 4. A. 1.1.- Pluralidad crediticia *in solidum*.

Se trataría de una constitución hipotecaria en favor de varios acreedores diferentes pero *in solidum*. Para ello, habría que pensar en el supuesto en el cual un deudor constituye simultáneamente un derecho de hipoteca sobre varias cosas, en favor de diferentes acreedores, los cuales funcionan como un todo único, esto es *in solidum*. A dicho supuesto parece referirse un texto de Ulpiano, recogido en D.20.1.10<sup>12</sup> (aunque si bien al menos por lo que ahora nos interesa, solo lo vamos a examinar en la primera parte del fragmento, en relación con la cuestión del rango):

*si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem.*

---

<sup>11</sup> Se trata de un medio indirecto para hacer que un tercero consiguiera la facultad de pretender el objeto de una obligación constituida entre otros. El acreedor nombraba al tercero *cognitor o procurator* suyo, con el encargo de actuar en el juicio contra el deudor, a fin de obtener la prestación debida por éste; el tercero era liberado por el acreedor de dar cuenta de la ejecución del mandato y de transferir al mandante los efectos de la misma. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid 1991, p. 584.

<sup>12</sup> ULPIANUS, Lib. LXXIII *ad Edictum*.

#### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

El texto se refiere a un caso, en el cual un deudor se obligó simultáneamente en favor de dos acreedores distintos, entendiéndose obligadas sus cosas a ambos por el todo (*in solidum*). La cuestión se resuelve considerando que cada uno de ellos puede usar por entero contra extraños de su derecho; ahora bien, si surgiera controversia entre ellos, la solución no estaría en acudir a la regla *prior tempore potior iure* -lo que sería inviable, puesto que ambos constituyeron sus garantías simultáneamente- sino que por el contrario, al no existir prioridad por razón del tiempo entre sus derechos de crédito ha de acudirse necesariamente a otra la regla, en este caso de la posesión: esto es, *possidentis meliorem esse condicionem*, según la cual, es mejor la condición del que posee<sup>13</sup>.

En realidad, esta solución probablemente está formulada sobre la necesidad de dar una solución a la concurrencia de varios acreedores sobre una misma cosa, donde la prelación en vez de estar regulada por el principio de prioridad *prior tempore*, se dilucida por el criterio de considerar mejor poseedor al *possessor ad publicianam*.

Este texto de Ulpiano, se puede confrontar y confirmar indirectamente con otro de Juliano<sup>14</sup>, recogido en D.43.33.1.1 (del cual también después nos ocuparemos en relación con el ejercicio procesal):

*si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto<sup>15</sup> <Serviana actione> recte experientur: inter ipsos vero si <reddatur hoc interdictum> <quaestio moveatur>, possidentis condicio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debet per quam dimidias partes possessionis singuli apprehendent.*

---

<sup>13</sup>FREZZA, , *Le garanzie delle obbligazioni...*, op. Cit, p. 247.

<sup>14</sup>JULIANUS, Lib. XL, *digest*.

<sup>15</sup>Sobre si se trata del Interdicto Salviano como dice el texto, o de la acción Serviana, véase MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho Romano clásico*, Bilbao 1986, p. 81.

En este caso, un colono introduce determinados objetos en un fundo propiedad de dos, de modo que queda obligado *in solidum* en favor de ambos. La solución en cuanto a la prioridad está relacionada de modo directo según quién sea contra el que se actúa: así frente a terceros, los acreedores actuaran solidariamente. Pero si la controversia se presenta entre ellos, se acudiría de nuevo a la regla *possidentis condicio melior erit*.

Este ejercicio *in solidum* frente a tercero, se confirma con un lacónico texto de Paulo de D.13.7.20.1:

*si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est.*

Según el cual, si una cosa se hipoteca por varios acreedores al mismo tiempo, todos tienen un derecho igual. Esto supone la imposibilidad de constituir una relación por varios acreedores pignoraticios *in solidum*, más que entendiéndola como una relación de absoluta paridad<sup>16</sup>. En tal caso, se trataría en realidad de una pluralidad de acreedores hipotecarios afectantes a un único bien, lo que haría difícil pensar en una solución a la pluralidad hipotecaria por el rango exclusivamente, sino fuera acudiendo a resolver la controversia previa entre ellos como si no existiera supuesto de pluralidad, puesto que según Paulo, todos tendrían el mismo derecho y por tanto, igualdad de derechos equivaldría igualdad de rango.

Arndts<sup>17</sup> en este caso, considera que lo que se produce es una comunidad existente entre los acreedores, lo que nos lleva a pensar que les limitaría en la actuación de su derecho al requerirles proceder de forma conjunta y no singular del ejercicio de sus derechos.

#### **4. A. 1.2.- Pluralidad crediticia *pro parte virili*.**

En este caso, estaríamos ante una constitución crediticia simultánea pero separada por actos diversos (*pro parte virili*). Este es el supuesto del deudor que constituye en favor de varios acreedores un derecho de hipoteca simultáneamente pero de forma separada y

---

<sup>16</sup>FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni...*, op. cit. p. 249.

<sup>17</sup>ARNDTS VON ARNESBERG, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1879, p. 659.

por actos diversos. Supuesto que podemos encontrar en un texto de Paulo, recogido en D.20.4.14<sup>18</sup>:

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

Según el fragmento, si un deudor *non dominus*<sup>19</sup> hipoteca a favor de dos acreedores una misma cosa en diversos tiempos, es preferido el primero -con lo cual parece dar a entender que se aplica la regla *prior potior est*-, pero si fuera no uno, sino varios deudores que no sean dueños quienes constituyeran la prenda, sea preferido el poseedor (*possessor melior sit*).

La norma *possessor melior est* procede de la imposibilidad de establecer una relación de derecho que condicione una prioridad en la posición de unos acreedores frente a los otros: no cabe entender de otro modo la *possessio* (o sea la prioridad de hecho) que se impone y regula en las relaciones entre varios acreedores en un caso como el presente y por otra parte la *libera electio* de parte de los acreedores que regule las relaciones de éstos entre sí<sup>20</sup>.

Esta situación tendría sentido cuando se tratara de resolver una controversia entre los distintos acreedores. Pero, ¿y cara a terceros?. ¿Actuaría cada acreedor por su parte o habría de constituirse, según las tesis de Arndts una comunidad entre los acreedores como vimos anteriormente?.

---

<sup>18</sup> PAULUS, LIB. XIV, Ad Plautium.

<sup>19</sup> Para la correcta inteligencia del termino *non dominus*, véase FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni...*, op. cit, p. 247, n 1.

<sup>20</sup> FREZZA, , *Le garanzie delle obbligazioni...*, op. cit. p. 249.

En tal caso, aunque se podría dar una actuación conjunta de los acreedores, nada les induce a ello: si el derecho de cada acreedor procede de actos diversos nada les impediría el poder actuar separadamente también. Así Ulpiano, en D.20.1.10 añade<sup>21</sup>:

*...si autem id actum fuerit ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli.*

Esto significa, que en este caso si se hubiera pactado que los bienes estuvieran obligados por las porciones respectivas, los acreedores tendrían acción útil tanto entre ellos mismos como contra los terceros, con la conclusión de que cada cual puede actuar por su parte: cada uno tendría acción útil por su parte. Esto plantea necesariamente la cuestión de la preferencia en el ejercicio procesal en caso de pluralidad crediticia<sup>22</sup>.

#### 4. A. 1.3.- La preferencia en el ejercicio procesal.

Esta situación se puede plantear, cuando varios acreedores convienen con un deudor sobre una misma cosa que dicha cosa sea hipotecada en favor de todos ellos. Situación que sobre la base de las fuentes, y de acuerdo con lo anterior, de nuevo puede admitir dos modalidades: Bien que se trate de una pluralidad *in solidum*, bien una pluralidad *pro partibus*. Ambas tratadas por Ulpiano, y recogidas en D.20.1.10<sup>23</sup>:

*si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: "si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset".*

---

<sup>21</sup>ULPIANUS Lib. LXXIII *ad Edictum*.

<sup>22</sup>SIRKS, "La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...", op. cit., p. 306.

<sup>23</sup>ULPIANUS, Lib. LXXIII *ad Edictum*.

*si autem id actum fuerit ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli.*

En este caso, un deudor ha obligado por prenda sus bienes en favor de dos acreedores simultáneamente quedando obligado a ambos por el todo, pudiendo cada uno de ellos usar por la totalidad contra terceros de la acción Serviana, pero si entre los mismos acreedores se suscitara controversia, se considera de mejor derecho al que posee. Según Ulpiano, la razón está en que el poseedor puede oponer la excepción: "*Si no se convino que la misma cosa la tuviese yo también en prenda*".

El mismo fragmento, parece pues, admitir dos posibilidades. En la primera parte, la obligación lo es con carácter de solidaria; pero también, cabe la posibilidad que se hubiera pactado que los bienes estarían obligados por partes o porciones, en cuyo caso, les correspondería acción útil, tanto entre los acreedores como contra terceros, de ahí que cada uno puede tomar posesión por la mitad respectiva.

Vamos a tratar de examinar detenidamente ambas situaciones en las que se pueden encontrar dichos acreedores.

#### **4. A. 1.3.1.- Pluralidad *in solidum*.**

En la primera parte del fragmento, como vimos en el apartado anterior, el deudor constituye hipoteca simultáneamente en favor de dos acreedores obligándose con ellos solidariamente. Ulpiano considera que cada uno de ellos puede usar de la *actio serviana* contra tercero, pero con la salvedad que si la acción se ejercita por uno de los acreedores contra el otro, será el poseedor quien tenga el mejor derecho (*possidentis meliorem esse conditionem*).

Para llegar a esta respuesta, el presupuesto necesario, según el jurista, es que el convenio de constitución de hipoteca lo haya sido al mismo tiempo (*simul pignori obligaverit*) para que se produzca el efecto de solidaridad en la obligación (*in solidum obligatae essent*).

### **LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**



De otros fragmentos se desprende que se podría aplicar el mismo criterio de simultaneidad, como referida a su constitución en el mismo momento<sup>24</sup>. Este criterio también se podría ampliar entendiéndolo como aplicable al mismo día<sup>25</sup>, o si el contrato lo menciona, a la misma hora<sup>26</sup>.

En realidad, no se produce conflicto en el rango porque al actuar los acreedores *in solidum* no se puede pensar en una delimitación de forma clara de los derechos de uno y otro acreedor<sup>27</sup>. Lo que resulta chocante, es que se aluda a la *actio serviana* no estableciendo una preferencia entre ellos, -lo que sería lógico como resultado del pacto *in solidum* existente entre ellos- y a renglón seguido, cuando surge conflicto en el rango se acude a la regla *condicio melior est possidenti* como si uno de los acreedores pignoratícios fuese anterior o tuviese en su poder los bienes exclusivamente. Si es verdad que actúan *in solidum* no puede plantearse así en el supuesto.

Creemos mas idónea la interpretación de Mentxaka<sup>28</sup> sobre la base del paralelismo entre D.43.33.1<sup>29</sup> y este texto de D.20.1.10, pensando en un re-elaborador del texto que lo modificara haciendo desaparecer, entre otras, la referencia al interdicto Salviano para

---

<sup>24</sup> Como vimos en D.13.7.20.1, (PAULUS, XXIX, *ad ed.*): *si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est*. Esto es si fuera hipotecada una misma cosa a varios acreedores al mismo tiempo, todos tendrían un derecho igual. Por cierto que SIRKS respecto a D.13.7.1.1 considera, que aunque está encuadrado bajo el mismo título VII (*De pignoratícia actione vel contra*), no se refiere a la aludida simultaneidad. SIRKS, “La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...”, *op. cit.*, p. 307.

<sup>25</sup> D.20.1.16.8 (Marc. *lib. sing. de form. hyp.*): *si duo pariter de hypotheca paciscatur...*

<sup>26</sup> Como afirma una escolia bizantina ( Bas. 25.2.10.1): *sive eadem hora, sive eadem die*.

<sup>27</sup> Mentxaka establece un paralelismo entre este texto, y D.43.33.1. MENTXAKA, “*La pignoración de ...*”, *op. cit.* p. 51, n. 111.

<sup>28</sup> MENTXAKA, “*La pignoración de ...*”, *op. cit.* p. 52.

<sup>29</sup> JULIANUS, Lib. XL, *Dig.*

sustituirla por la *actio serviana*, pensando en que la referencia a la acción era más idónea con la época<sup>30</sup>.

#### 4. A. 1.3.2.- Pluralidad *pro partibus*.

En la segunda parte del mismo fragmento de D.20.1.10 (*...si autem id actum fuerit ut pro partibus res obligarentur, ...singuli*), las partes han convenido que la obligación se atribuirá en favor de cada acreedor por su cuota, considerando el jurista que en tal caso le compete a los acreedores una acción útil tanto entre ellos como respecto a extraños o terceros poseedores.

Ulpiano parece entender que la garantía establecida *pro partibus* es en realidad por mitad (*per quam dimidiam partis possessionem*). Y aunque en realidad no habría imposibilidad que fuera así<sup>31</sup>, creemos que el presupuesto debería de serlo sobre una base distinta.

La explicación podría deducirse de combinar sendos fragmentos de Juliano, recogidos en D.43.33.1.1 y D.43.33.1. 2<sup>32</sup>:

1. *si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur: inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis condicio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos*

---

<sup>30</sup>MENTXAKA, "La pignoración de ...", op. cit. p. 52, n. 119.

<sup>31</sup>SIRKS lo atribuye a que Ulpiano parece haber copiado el ejemplo, aclarando en la n. 10 que el texto en cuestión es D.43.33.1.1 (JULIANUS, Lib. XL *Dig.*): *si colonus res in fundum duorum...* En realidad creemos que debería de tenerse en cuenta el párrafo siguiente: D.43.33.1.2: *idem servari conveniet, et si colonus rem quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur*. SIRKS, "La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...", op. Cit., p. 308.

<sup>32</sup>JULIANUS, Lib. XL, *dig.*

*dari debebit per quam dimidias partes possessionis singuli apprehendent.*

2. *idem servir conveniet, et si colonus rem quam cum alio comunes habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur.*

Un colono introduce una cosa en un fundo propiedad de dos que lo tienen en común, quedando obligado solidariamente en virtud de la *inductio* en favor de los dos acreedores. Cada uno de ellos puede utilizar el interdicto salviano para retener la posesión<sup>33</sup> contra un extraño, pero si lo ejercitaran uno contra el otro, se considera de mejor condición el que posea. Si en cambio, se hubiere pactado que la cosa quedara obligada en favor de cada cual por su parte, tendría cada uno de los acreedores un derecho *pars pro indiviso* y no por la totalidad<sup>34</sup>, tanto frente a terceros como entre ellos.

Sin embargo, a continuación Juliano aclara que lo mismo convendrá que se observe también si el colono hubiera introducido a título de prenda una cosa que tenía en común con otro, con lo cual, el acreedor tendría acción para reclamar por la mitad de la prenda. Con ello, parece inducir la regla *pro parte dimidia* cuando de la cotitularidad se trata. Confirmaría esta solución, el texto de Paulo de D.13.7.20.1<sup>35</sup>:

*si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est.*

---

<sup>33</sup> Como vimos ya anteriormente, al aludir a la aparición de la pluralidad en el *pignus*. Vid. D'ORS, "Recen. MANIGK "Hypotheca", *AHDE*, 14 (1942), p. 638.

<sup>34</sup> En realidad ni siquiera eso, pues solo se podría constituir garantía sobre la mitad de la cosa que es propiedad del colono, y sin entrar en la cuestión de si es propietario pretorio o civil, vid. MENTXAKA, "La pignoración de ...", op. cit., p. 56. n. 135. En cuanto al resto habría que pensar en una prenda de cosa ajena, vid. KRELLER, "Pfandrechtliche Interdikte und formula Serviana", *ZSS* 64 (1944), p. 331, n. 92.

<sup>35</sup> PAULUS, Lib. XXIX, *ad ed.*

Esto es, si una cosa está hipotecada en favor de varios acreedores todos tienen un derecho igual. Y aunque Sirks interpreta *aequalis* en el sentido de por cabezas<sup>36</sup>, Dernburg<sup>37</sup> entiende que *pars* es parte proporcional, sobre todo si tenemos en cuenta que Papiniano en D.46.3.96.3<sup>38</sup>:

*quum eodem tempore pignora duobus contractibus obligantur, pretium eorum pro modo pecuniae cuiusque contractus creditor accepto facere debet...*

Esto es, cuando al mismo tiempo se obligan en prenda por dos contratos, cada acreedor debe de dar por recibido el precio de las mismas a proporción del importe de cada contrato.

Prescindiendo del problema de qué ocurre con la parte que no corresponde al inquilino<sup>39</sup>, nos centraremos en la cuestión de si el derecho del acreedor es en verdad *pro partibus*, esto por partes proporcionales, o *pro parte dimidia*, por mitad. Pero para ello, deberíamos plantearnos... ¿Y si ocurriera que los acreedores fuesen más de dos?.

En estos casos, si que adquiriría sentido la interpretación de *aequalis* en el significado de "parte proporcional", ya que de esta forma cada acreedor podría tener derecho a la *actio pigneraticia* para reclamar la porción correspondiente a su participación y sin preferencia en cuanto al rango, puesto que la prenda se constituyó al mismo tiempo.

Todavía quedaría más clara esta posible solución, sobre la base de otro fragmento de Marciano donde se plantea la cuestión de si el derecho que corresponde a los

---

<sup>36</sup>SIRKS, "La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang..." op. cit., p. 308.

<sup>37</sup>DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Recht*, 1, Leipzig 1860-64, p. 408.

<sup>38</sup>PAPINIANUS, *Lib. XI Responsorum*.

<sup>39</sup>Sobre el problema de la prenda de cosa ajena, además de lo comentado anteriormente, también véase FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 2,.. Op. cit., p. 135-148; KOSCHAKER, "Fra. 4.32 D.44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano", *IVRA*, 4 (1953), pp. 52-89; KASER, "In bonis esse", *ZSS*, 78 (1961) pp. 206-207; KASER, "Studien zum Römischen Pfandrecht", *SDHI*, 45 (1979), p. 14, n. 14; KASER, "Studien...", cit., p. 140, n. 47.

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

acreedores es por mitad o si lo es por la total cuantía de la deuda. Nos referimos al recogido en D.20.1.16.8<sup>40</sup>:

*si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti an pro partibus dimidiis, quaeritur et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeat obligatum, sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum? utrum de parte quisque an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim: sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget, si minus, unusquisque pro parte.*

De nuevo nos encontramos con la situación en la que una misma cosa es obligada por dos deudores con hipoteca (en realidad, *pignus conventum*), planteándose la cuestión de si cada uno quedará obligado por la totalidad *pro quantitate*, o si lo es *pro partibus dimidiis*. Y la solución es que quedaría obligada por la totalidad de la deuda, esto es *in solidum*.

Pero por otra parte, se plantea la cuestión de si cuando traten de ejercitar su derecho contra el poseedor de la cosa, de qué modo lo harán, si cada uno por partes iguales (*pro partibus dimidiis*) o por la totalidad.

La respuesta de Marciano parece inclinarse por atribuir el ejercicio del derecho, según que el mismo día se constituyera por separado la prenda, en cuyo caso sería por el monto de sus créditos respectivos, o según que se constituyeran simultáneamente, en cuyo caso tendrán derecho a ejercitar la acción por el todo.

Solo en el caso de que fuere hipotecada en favor de cada uno pero por separado, cada uno podría reclamar por su parte (*unusquisque pro parte*). De ello se seguiría que la división *pro partibus*<sup>41</sup> sería preferente, aunque la reflexión del jurista admite la posibilidad de una reclamación de la cosa por entero (*in solidum aget*), si bien dicha circunstancia no sería sino una situación excepcional, ya que la solidaridad no es

---

<sup>40</sup>MARCIANUS, *Lib. sing. form. hyp.*

<sup>41</sup>O por cabezas, según SIRKS, “La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...”, op. cit., p. 310.

precisamente lo que se presume; por ello, la referencia a la intención de las partes para poder reclamar la cosa por entero: *si hoc actum est*<sup>42</sup>.

Pero, ¿Y si hubiera un tercer implicado?. Si éste nuevo sujeto pudiera reclamar por la totalidad sería tanto como considerar que todos los deudores se encontrarían en la misma situación antes analizada, esto es *in solidum*. Ello no es así, simplemente porque significaría que únicamente la cosa podría perseguirse por la totalidad, siempre y cuando hubiera sido hipotecada por unos y otros simultáneamente (*simul illi et illi*).

En tal caso, si mediara acuerdo sobre ello, la conclusión sería una actuación conjunta y evidentemente sin preferencia ni conflicto en el rango.

#### 4. A. 2.- PLURALIDAD HIPOTECARIA POR VÍA LEGÍTIMA.

Sobre la base de una pluralidad hipotecaria constituida por hipotecas legales y en la que se diera la concurrencia de derechos en favor de dos beneficiarios o más de dichos créditos hipotecarios, aparece la necesidad de determinar si surgiría o no prioridad alguna entre tales beneficiarios, de modo que a pesar del establecimiento de una pluralidad de garantía hipotecaria, se plantea la duda de si se podría aplicar o no, el principio de prioridad en el rango hipotecario.

Para ello habríamos de recurrir a basarnos en algún ejemplo tomado de las fuentes, como podría ser un texto de Ulpiano recogido en D.20.4.7 pr<sup>43</sup>:

*idemque est, si ex numis pupilli fuerit res comparata. Quare, si duorum pupillorum numis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae. Quodsi res non in totum ex numis cuiusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est et antiquioris, et eius, cuius numis comparata est.*

El texto parece establecer una continuidad con textos anteriores al aludir con persistencia a una cierta identidad con los fragmentos anteriores, *idemque est*, (...y lo mismo es, si con dinero del pupilo se hubiera comprado una cosa...).

---

<sup>42</sup>“Les reflexions de Marcien laissent ouvert théoriquement la possibilité d'une action hypothécaire pour la quantité absolue et non pas proportionnelle de la créance, mais cela créerait des problèmes dans le cas d'un gage insuffisant...” SIRKS, "La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...", op. cit. p. 311.

<sup>43</sup>ULPIANUS, Lib. III *Disputationem*.

#### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

En realidad, el supuesto es bien distinto: Un tutor con dinero de dos pupilos se compra una cosa, y por tanto cada uno de ellos tendría un derecho de hipoteca legal a proporción de lo que hubiera gastado el tutor en el precio de la cosa del dinero de ambos, lo que daría que pensar en dos créditos de relación y cuantía distinta.

A continuación, enlaza con un nuevo supuesto para plantear otra solución distinta al considerar que si la cosa se compra no en su totalidad con dinero de uno solo de los pupilos, sino comprada de otra manera (habría que pensar en una compra con precio fraccionado y en dos momentos distintos) concurrirán ambos acreedores, el más antiguo y aquel con cuyo dinero fue comprada.

Lo que parece dar a entender a *sensu contrario*, que en caso de concurrencia de derechos de los dos pupilos si la compra se hubiere efectuado con dinero tomado de los dos proporcional y simultáneamente, a pesar de darse una pluralidad no hay prioridad hipotecaria, por cuanto que ambos concurrirían simultáneamente y con igualdad en el rango hipotecario.

Si bien, hemos de advertir y separar *Idemque est... comparata*, en razón a que parece dar por sentada la continuidad con fragmentos anteriores de Ulpiano, como es D.20.4.5 y D.20.4.5. 6.

Nada más incierto: en D.20.4.5<sup>44</sup> se invierte el principio de prioridad temporal al decir:

*interdum posterior potior est priore, ut puta si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero.*

Es decir, que a veces el posterior es preferido al anterior, y el ejemplo que pone el jurista es referido a cuando para conservar una cosa se invierte lo que el siguiente acreedor prestó para reparar una nave, o para armarla, o para ponerla en condiciones de navegar<sup>45</sup>.

En realidad, en este caso se trata de una excepción que altera el principio de prioridad debido a que el préstamo del segundo acreedor es esencial para la conservación de la cosa hipotecada, de tal forma que sin esta nueva inversión la existencia de la propia

---

<sup>44</sup>ULPIANUS, Lib. III *Disputationum*.

<sup>45</sup>MENTXAKA, “*La pignoración de ...*”, *op. cit.*, pp. 272-273, nn. 192 y 193.

cosa resultaría comprometida, y por tanto, también podrían resultar perjudicados los derechos de los acreedores de créditos anteriores en el tiempo.

En cuanto al fragmento de Ulpiano que se trata en D.20.4.6 pr<sup>46</sup> es el siguiente:

*huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam: quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat.*

Según este supuesto, el dinero del ultimo acreedor salvó la existencia de toda la cosa; lo que se habrá de admitir también, si se hubiera destinado el dinero del prestamo para la manutención de los marineros, sin los cuales no podría la nave llegar a salvo.

Sin embargo, en el fragmento de D.20.4.6 pr no se puede mantener el pretendido criterio de identidad con los citados fragmentos anteriores, y ello a pesar de estar situado en el titulo IV, del libro XX del Digesto<sup>47</sup>. Probablemente la razón sea que el texto originario fuera otro<sup>48</sup>. La comparación con los anteriores casos no es posible, ya que el criterio no solo no es idéntico sino totalmente dispar, ya que si lo interpretáramos así, uno de los pupilos obtendría una situación mas favorable<sup>49</sup>, cuando lo cierto es que el criterio del supuesto es de concurrencia en igualdad de rango pero *pro his portionibus*.

En realidad, lo que creemos que posiblemente se quería decir es que a igual que en tales casos, uno de los pupilos o cualquiera de ellos gozarían de preferencia respecto a los terceros aunque sus créditos fueran posteriores.

---

<sup>46</sup>ULPIANUS, Lib. III, *ad ed.*

<sup>47</sup>“*QUI POTIORES IN PIGNORE, VEL HYPOTHECA HABEANTUR ET DE HIS QUI IN PRIORUM CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT*”.

<sup>48</sup>MENTXAKA cita a LENEL, el cual sitúa a dicho texto junto a D.20.4.5, D.40.9.4, y D.49.14.28 bajo la rúbrica *De tutelis...* Aunque el libro III, *De Disputationes* de Ulpiano, trataba de los temas mas dispares, como la compraventa, el patrimonio de la mujer, etc... MENTXAKA, “*La pignoración de ...*”, op. cit., p. 272, n. 192. Cfr. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, pp. 393-396.

<sup>49</sup>En el mismo sentido SIRKS, “*La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...*”, op. cit. p. 314.

#### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.



El supuesto de D.20.4.7 pr es bien distinto. Se trata de un tutor que con dinero de dos pupilos compra una cosa<sup>50</sup>. Cada uno de los cuales tienen una hipoteca legal sobre ella a proporción del importe del precio. Y por tanto, se puede producir una concurrencia con otros acreedores hipotecarios sobre los bienes del tutor<sup>51</sup>. La única salvedad es que la cosa ha de ser comprada en su totalidad con dinero de ellos, porque si fuera exclusivamente con dinero de uno cualquiera de ellos, en tal caso lógicamente, no se daría pluralidad de acreedores hipotecarios legítimos y por tanto no se plantearía la necesidad de marcar la prioridad de uno respecto del otro.

Qué conclusiones podemos sacar?.

1. Que ambos pupilos tienen pues, cada uno de ellos un derecho de garantía sobre la cosa, por el hecho de adquirirla el tutor con dinero que no era propio suyo sino de éstos.

2. Que la preferencia respecto a otros acreedores actúa en favor de los pupilos en tanto que se toma el dinero prestado de ambos, siendo tal preferencia en favor de estos como consecuencia de su derecho de prelación legítima, pero sin prioridad alguna entre ellos y actuando con igualdad de rango hipotecario, siempre que la cosa sea comprada con dinero de ambos.

3. Que si el dinero prestado procediera de terceros, no habría razón para tal preferencia legítima y aquí si que regiría el criterio de prioridad en favor del acreedor más antiguo (*id est et antiquioris*), pero dicho tercero, a su vez no podría alegar privilegio frente a los pupilos o de uno de ellos, si la cosa hubiese sido comprada con dinero de ellos.

Todo ello nos lleva a pensar, que no podríamos aceptar la tesis de Sirks<sup>52</sup> que considera que los pupilos tendrán sin embargo el mismo rango que el acreedor hipotecario.

---

<sup>50</sup>Seguimos pues la tesis de situar el texto en la misma línea de D.49.14.28.

<sup>51</sup>Hipoteca legal a la que se refieren ampliamente las fuentes, como en D.15.1.52; D.14.5.3; D.14.4.5.19; D.14.4.6; C.7.8.6; C.5.37.20; C.5.70.7.5.

<sup>52</sup>SIRKS: "si le tuteur a auparavant emprunté de l'argent d'un tiers pour un pareil achat et s'il lui a donné une hypothèque pour ce prêt, les pupilles seront néanmoins du même rang que ce créancier hypothécaire". SIRKS, "*La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...*", op. cit. p. 314.

**4. A. 3.- PLURALIDAD HIPOTECARIA POR VÍA SUCESORIA.**

Podemos distinguir dos supuestos, según se trate de cesión indiferenciada a los herederos, o que la cesión se haga de manera diferenciada a los herederos.

**4. A. 3. 1.- Cesión indiferenciada a los herederos<sup>53</sup>.**

Un acreedor hipotecario muere dejando varios herederos. Éstos suceden en el crédito hipotecario en tanto y en cuanto que haya efectuado la cesión de dicho crédito hipotecario en favor de estos cesionarios-herederos creándose una pluralidad, pero sin prelación en el rango de unos respecto de otros puesto que todos tienen el mismo derecho<sup>54</sup>.

En este caso, creemos que se habría de perfilar aún más: es necesario que la partición no se haya efectuado, ya que en caso contrario no sería fácil la consideración de tal pluralidad, para que la actuación de todos los herederos lo sea sobre la base de la comunidad hereditaria<sup>55</sup>. Puesto que, si la partición se ha efectuado, se habrá producido

---

<sup>53</sup>JOURDAN igualmente ha enumerado los modos de origen de una pluralidad hipotecaria en la que es dudosa la existencia de un rango: a) Un acreedor muere dejando varios herederos. b) Establecimiento de hipotecas sobre un mismo objeto por diversos actos separados realizados simultáneamente. c) Consentir hipoteca sobre un mismo objeto a dos acreedores por un solo acto. JOURDAN, *L'hypothèque*, París 1876, p. 621.

En realidad lo que hay es una pseudo-pluralidad, ya que en ap. a) se trata de una sola hipoteca con varios acreedores; en el b) si hay auténtica pluralidad, ya que se trata de varias hipotecas sobre el mismo objeto, y finalmente el apartado c) es una hipoteca con dos acreedores.

<sup>54</sup>Caso distinto es cuando la pluralidad hipotecaria se produce en tiempos distintos y no como origen de un mismo título. JOURDAN ha observado que se puede dar el caso de que haya unas hipotecas con rango donde no se puede establecer la anterioridad de una o de la otra. Sería tal, el supuesto de existencia de varios acreedores que han adquirido en fechas diferentes hipoteca sobre los bienes venideros y que tendrán sobre ellos una hipoteca que data desde el momento de la adquisición. JOURDAN, *L'hypothèque*, op. cit., p. 621-622.

Es evidente que no se debe de subordinar este caso sino como uno de los supuestos donde la prioridad vendrá en su caso establecida desde dicho momento. Así en C.8.18.7, (IMP. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS, ann. 293-304).

<sup>55</sup>En D.42.5.22.1, Ulpiano (Lib. 63, *ad ed.*) niega que exista privilegio en favor de los herederos mientras deliberan para aceptar o repudiar la herencia:

**LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.**

**Luis Mariano Robles Velasco.**

el reparto entre los herederos de los créditos garantizados con las prendas, y cada uno de ellos o los que fueran adjudicatarios de los créditos serán titulares por su parte respectiva. No otra cosa es la que se puede encontrar en el texto de Paulo, recogido en D.10.2.29<sup>56</sup>:

*si pignori res data defuncto sit, dicendum est in familiae erciscundae iudicium venire: sed is cui adiudicabitur in familiae erciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus...*

El supuesto contemplado considera que las cosas pignoras en favor del difunto se comprenden en la partición de la herencia; pero el adjudicatario o adjudicatarios habrán de hacer frente a dicha situación, según su parte en el juicio de partición de herencia<sup>57</sup>. Ahora bien, en tal caso puesto que suceden al causante y toman su derecho de un mismo título de adquirir no se puede pretender el establecimiento de preferencia de unos sobre otros.

#### 4. A. 3. 2.- Cesión diferenciada.

Ya habíamos examinado en páginas anteriores el supuesto de una pluralidad hipotecaria por vía hereditaria, pero sin que tenga lugar una cesión diferenciada a los herederos. Esto no se podría entender, sino como una pluralidad de herederos del causahabiente funcionando según las reglas de la comunidad hereditaria.

Ahora trataremos de un supuesto similar, pero en el cual se introduce una diferencia de matiz: la partición ya se ha efectuado y cada uno de ellos es beneficiario de su cuota. ¿Podrían actuar sobre su parte los adjudicatarios con plenos poderes e independencia respecto a los demás herederos?. Las fuentes parecen admitirlo.

---

*vel dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate, non oportebit privilegium dari; non enim in eadem causa est.*

<sup>56</sup>PAULUS, Lib. XXIII, *ad ed.*

<sup>57</sup>Idem. en Bas. 42.3.29. Y aunque este texto ha sido probablemente interpolado (vid. *Index interpolationum, ad h.l.*) la proporcionalidad esta fuera de sospecha. Vid. SIRKS, “La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...”, op. cit. p. 312 n. 18.

Así, parece deducirse en el texto de Paulo, de D.10.2.29<sup>58</sup>, donde a continuación se alude veladamente a ello<sup>59</sup>:

*...sed is cui adiudicabitur in familiae erciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus nec cavere debet...*

Esto supone que aquel a quien le fuera adjudicada su parte en el juicio de partición no debe de prestar caución. Con lo cual nos induce a pensar que producida la partición, la parte adjudicada a un coheredero funciona de modo diferenciado respecto de los demás. Incluso si la *actio familiae erciscundae* ya se ha ejercitado, y fuera adjudicada dicha parte a uno de los herederos, lo es bajo la obligación de pagar a los demás su parte en el crédito original<sup>60</sup>. Sin embargo, podríamos objetar ¿Qué ocurriría si se tratara de varias hipotecas sobre una misma cosa?.

Esto es, si la situación que presumiblemente se planteara fuera que los herederos fueran titulares de cuotas diferenciadas cedidas a cada uno de ellos. O pensemos en el caso contrario, ¿es posible que el deudor pueda pagar a uno de los herederos del acreedor su cuota de la deuda con independencia de los demás herederos?.

Vayamos a las fuentes. Concretamente en D.13.7.11.4<sup>61</sup>:

*si creditori plures heredes exstiterint et uni ex his pars eius solvatur, non debent ceteri heredes creditoris iniuria adfici, sed possunt totum fundum vendere oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit: quae sententia non est sine ratione.*

Si prescindimos del alegato final (*quae sententia non est sine ratione*) -con todos los visos de un añadido-, podemos centrarnos en el núcleo esencial: un deudor ha pagado a uno de los herederos del acreedor su parte en el crédito hipotecario, pero no por ello los

<sup>58</sup>PAULUS, XXIII *ad Edictum*.

<sup>59</sup>MENTXAKA, “La pignoración de ...”, op. cit. p. 208, n. 75.

<sup>60</sup>SIRKS, “La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...”, op. cit. p. 311.

<sup>61</sup>ULPIANUS, *Lib. XXVIII, ad ed.*

otros coherederos deben de sufrir perjuicios por esta razón. Al contrario, el texto permite a éstos ejecutar la hipoteca por la totalidad<sup>62</sup>, si bien a condición que reembolsen al deudor lo que había pagado con anterioridad: *quod coheredi eorum solvit*<sup>63</sup>.

La idea es pues que a pesar de producirse una cesión y adjudicación separada a los herederos del crédito, y por tanto lo que supondría que estaría dividido entre ellos, la hipoteca sobre la cosa continua *in solidum* y no se divide entre ellos la acción real. Y ello a pesar de la división y adjudicación del crédito hipotecario<sup>64</sup>. Esto que se podría traducir en la posibilidad de la división del crédito hipotecario en cuotas, pero permaneciendo la indivisibilidad o la unidad de la hipoteca en cuanto al ejercicio procesal<sup>65</sup>.

Solución ésta, que vuelve a aparecer en dos textos de Scaevola, como son D.20.5.11 y D.20.5.14.

En D.20.5.11<sup>66</sup>:

*arbiter dividendae hereditatis, quum corpora hereditaria divisisset,  
nomina quoque communium debitorum separatim singulis in solidum*

---

<sup>62</sup>En nuestro derecho la indivisibilidad de la hipoteca es incuestionable si tenemos en cuenta el art. 1.860 del CC.: “La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor...”. Art. 122 a 125 de la Ley Hipotecaria.

<sup>63</sup>Sobre la base de un texto similar en Bas. 25.1.11.4, HEIMBACH transcribe: “*si cum plures essent heredes creditoris, uni ex his pars eius soluta fuerit, ceteri vendere possunt totum pignus et dare debitori, si quid coheredi eorum solverit*”. Lo que podemos interpretar como el en el caso que hubiesen varios herederos del acreedor y a uno de ellos hubiera pagado su parte, los otros pueden vender el *pignus* por la totalidad, y entregar al deudor aquello que hubiera pagado al coheredero.

<sup>64</sup>Lo que es mas discutible es si cada heredero puede intentar la *actio serviana in solidum* y no por su fracción, lo que supondría que, a pesar de la adjudicación separada, la continuación de la comunidad entre los herederos en cuanto al ejercicio de la *actio serviana*.

<sup>65</sup>WACKE, “Ungeteilte Pfandhaftung”, *Index*, 3 (1972), pp. 473-478.

<sup>66</sup>SCAEVOLA, Lib. I, *Respons.*

*assignavit; quaesitum est, an debitoribus cessantibus pro solido pignus vendere quisque potest? Respondi, posse.*

Nos encontramos con que se ha procedido a la división de una herencia, adjudicando separadamente a cada heredero, créditos de deudores comunes y llegado el momento del vencimiento y no pagando los deudores, se plantea la cuestión de si se podría vender la cosa por la totalidad, la respuesta del jurista es afirmativa.

No obstante, hemos de hacer notar que en el caso de la venta de la prenda es necesario que se haya procedido a la división de las cosas de la herencia, y que esta cesión sea diferenciada como resulta de *nomina quoque communium debitorum separatim singulis in solidum assignavit*, esto es que el arbitro adjudicó también por entero separadamente a cada uno (de los herederos) los créditos de deudores comunes.

En el texto de Scaevola de D.20.5.14<sup>67</sup>, nos encontramos con un texto similar (*Arbitri dividundae hereditatis inter heredes quum corpora hereditaria divisissent...*), con el resultado de producirse una adjudicación por entero de cosas de la herencia entre los herederos. Y de nuevo esta adjudicación debe de ser separada (*separatim diversa*). La respuesta es idéntica: Los herederos podría vender la cosa por la totalidad.

Esto aclararía la razón de que en D.13.7.11.4 se niegue la extinción parcial del crédito hipotecario en el caso de que el deudor haya pagado su parte a uno de los herederos del acreedor hipotecario, por cuanto que en el caso de recibir parte de la deuda uno de los derechohabientes, los demás no pueden resultar perjudicados ya que conservarían el *ius vendendi* sobre la cosa hipotecada, a condición de reembolsar al deudor lo pagado con anterioridad, y el remanente si lo hubiere.

Lo contrario sería ir contra la indivisibilidad de la hipoteca. ¿Pero como afecta la indivisibilidad<sup>68</sup> al rango hipotecario?. ¿Los créditos de los acreedores al ejercitar el *ius vendendi* de forma conjunta, no supondría que son todos del mismo rango a pesar de la cesión diferenciada de dichos créditos?.

---

<sup>67</sup>SCAEVOLA *Lib. I, Dig.*

<sup>68</sup>Sobre la indivisibilidad se puede consultar, FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 2..., op. cit., pp. 98-99, n. 3. En cuanto a las fuentes, vid. D.21.2.65 (Pap. 8 *Quaest.*), D.13.7.8.2 (Pomp. *Lib. 35 Ad Sab.*)

La conclusión sería que de nuevo nos encontramos con un supuesto de concurrencia de una pluralidad de acreedores hipotecarios sin prelación en el rango entre ellos, a pesar de concurrir con créditos diferenciados.

#### **4. A. 4.- POR VÍA DE INTERVENCIÓN DE UN TERCERO. DIFERENTES TESIS.**

Entre los diferentes autores que han tratado la cuestión podemos analizar brevemente:

- a. La tesis de Kaser, de la delegación de pago.
- b. La tesis de la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor hipotecario.
- c. La tesis de la *Procuratio in rem suam*.

##### **4. A. 4. a). La tesis de la *delegatio*.**

La intervención de un tercero vía *delegatio* produciría el efecto que el delegado adquiriría una posición semejante a la del delegante. Es la tesis de Kaser<sup>69</sup>, que basándose en el texto de C.8.42(41).1<sup>70</sup>:

*delegatio debiti nisi consentiente et stipulanti promittente debitore, iure perfici non potest. Nominis autem venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet.*

La delegación de una deuda requiere el consentimiento del deudor y la respuesta del mismo al estipulante. Pero a continuación, el texto permite la posibilidad de la venta o cesión del crédito aún ignorándolo el deudor o incluso contra la voluntad de aquel contra el que se ceden las acciones. De esta forma el cesionario obtiene a su favor el mismo derecho que antes tenía el acreedor-delegante.

El inconveniente que se podría plantear sobre la tesis de la *delegatio* era la necesidad de exigir el consentimiento del deudor. Sin embargo, vemos que tal y como se desprende

---

<sup>69</sup>KASER, *Das Römische Privatrecht, I*, Munich 1955, p.650-651. Incluso, así mismo si el cesionario ha obtenido un derecho propio, el deudor podría pagar su deuda al cedente y quedar satisfecho por esto. Esto era posible hasta mediados del siglo III d. C., según KASER, *Das Römische Privatrecht, op. Cit*, p. 654, n. 17.

<sup>70</sup>IMP. ALEXANDER, ann. 223.

del fragmento citado tal consentimiento, en realidad, no es necesario sobre todo si pensamos que el deudor ya quedó en un principio obligado y por tanto ya prestó su consentimiento a la referida obligación. Por otra parte, esto no supone un agravamiento de las condiciones de la garantía, sino en todo caso un cambio de la persona que puede recibir el pago<sup>71</sup>.

Y por otra parte, el deudor podría pagar su deuda al anterior acreedor, aún en el supuesto de no haber prestado consentimiento o como se desprende del texto, a pesar de ignorar quién es la persona a la cuál se ceden las acciones<sup>72</sup>.

En el fondo la teoría de la *delegatio* supondría la existencia de una sola hipoteca pero con dos acreedores distintos, ambos legitimados para recibir el importe del crédito. Lo que no podríamos pensar es en la construcción de una segunda hipoteca, por cuanto que supondría que ésta segunda habría de recaer sobre el *superfluum*, según apunta Manigk<sup>73</sup>. Y ello requeriría en la propia constitución del pacto la utilización de la cláusula *si quid superesset*, como aparece en el texto de Paulo de D.20.4.13<sup>74</sup>.

En contra Miquel<sup>75</sup>, y Herzen<sup>76</sup> que consideran que en tal caso, solo se da un pacto entre dos acreedores hipotecarios en donde el deudor no toma parte, puesto que el deudor no hipoteca la misma cosa dos veces.

Por ello, se podría pensar mas que en dos hipotecas en una sola hipoteca con dos acreedores, uno aparente entre los cuales no se produce conflictos en el rango dado que

---

<sup>71</sup>En todo caso, sería conveniente que el deudor sea notificado de cuál es la persona a quien ha de pagar.

<sup>72</sup>KASER, (*Das Römische...*, op. cit. p. 654), admite dicha posibilidad hasta el siglo III d. C.

<sup>73</sup>MANIGK, “Hyperocha...”, op. cit., p. 302. Considera que la segunda hipoteca recae sobre el *superfluum*.

<sup>74</sup>PAULUS, *LIB. V Ad Plautium*.

<sup>75</sup>MIQUEL, “El rango hipotecario en el Derecho Romano...”, op. cit., pp. 238-239.

<sup>76</sup>HERZEN, “Le concours du plusiers...”, op. cit., p. 308.



la intervención del segundo acreedor que utiliza la *delegatio* lo es sobre la base de los derechos del primero.

#### 4. A. 4. b). Por vía de subrogación.

Es la teoría de Dernburg<sup>77</sup>, según el cual la sucesión hipotecaria se puede concebir bien como un derecho del acreedor hipotecario anterior, el cual se desprende de su derecho para pasar a incorporarlo a las facultades del sucesor crediticio, o bien como un derecho propio del sucesor que efectivamente ya tenía, dado que al desaparecer del horizonte crediticio el primer acreedor, el sucesor consolida su situación ocupando la posición de éste.

Dernburg considera que la sucesión hipotecaria supone la transmisión del mismo rango y posición del derecho de hipoteca anterior que se extingue, en favor de un derecho de hipoteca posterior<sup>78</sup>.

Sin embargo, la doctrina moderna ha avanzado un poco más en el problema de la sucesión hipotecaria. Así Ambrosino<sup>79</sup>, considera por sucesión un sub-entrar material de uno *en el puesto de o en vez de* otro de tal modo que el que sucede *in locum* no adquiere propiamente un derecho, sino que pasa a ocupar una posición jurídica similar a la que tuvo la persona a quien se sustituye, entre otras razones porque el rango no sería, de este modo, una cualidad intrínseca de la hipoteca, sino más bien algo que estaba determinado por elementos externos como pudiera ser la existencia de hipotecas anteriores o la de alguna otra causa por la cual una hipoteca posterior puede ocupar una posición más favorable que otra anterior<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> DERNBURG, *Das Pfandrecht...*, op. cit., p. 493.

<sup>78</sup> MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano...", op. cit., pp. 299-300, n. 287.

<sup>79</sup> AMBROSINO, "Successio in ius, successio in locum successio", *SDHI*, 11 (1945), p. 101.

<sup>80</sup> Según MIQUEL, "como el rango pertenece también a esa posición jurídica síguese, como consecuencia, que el segundo al ocupar el puesto del primero ocupa con su hipoteca el rango que la hipoteca de aquel tenía...". Véase a este respecto, MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano...", op. cit., p. 300.

**4. A. 4. c). La teoría de la *procuratio in rem suam*.**

Es la tesis de Sirks<sup>81</sup>. Considera que se podía acudir a la institución de la *procuratio in rem suam* como medio indirecto para conseguir que un tercero obtenga la facultad de alcanzar por la vía de la pretensión procesal el objeto de la obligación constituida por un acreedor anterior<sup>82</sup>. De esta forma el acreedor a través de un *procurator* suyo podría llegar a obtener la posibilidad de liberar al deudor del pago del crédito en favor del tercero, siempre y cuando dicho tercero quedara obligado a dar cuenta de la ejecución del mandato y de transferir su derecho al acreedor mandante, como efecto de la cesión; todo ello bajo la intervención del pretor: el deudor podía pagar al *cognitor* o al *procurator*<sup>83</sup>.

Sobre esta idea, cuando de acreedores hipotecarios se trata podemos pensar en el texto de Paulo recogido en D.20.4.13<sup>84</sup>, que aunque se mantiene la duda en cuanto a la autenticidad y exactitud del mismo, la doctrina considera que en su estado actual puede admitirse como auténtico<sup>85</sup>.

*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*

---

<sup>81</sup>SIRKS, “La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...”, op. cit., pp. 320 ss.

<sup>82</sup>VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano...*, op. cit., p. 584.

<sup>83</sup>Aunque no por ello quedaba exento de inconvenientes. (Vid. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano...*, op. cit. p. 585).

<sup>84</sup>PAULUS, *V Ad Plautium*.

<sup>85</sup>Para un tratamiento de la crítica del texto, véase TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano (1959), p. 138, n. 1; MENTXAKA, “La pignoración de ...”, op. cit., p. 123; SIRKS, “La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...”, op. cit., p. 317, n. 37.

*verisimile est id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur.*

El fragmento se hace referencia a un pasaje de Plaucio, en el que Paulo recoge la opinión de Nerva y Próculo según la cual, en el caso de venta de una casa alquilada donde las cosas introducidas por el inquilino garantizan el pago de la renta, se plantea la cuestión de la distribución entre vendedor y comprador. La respuesta de Nerva y Próculo es que el vendedor tendrá preferencia sobre las cosas pignoras, al no pactarse que se prorratearían entre vendedor y comprador, y en aquello que sobrase fuera para el comprador.

La cuestión central es la venta de una casa que va a ser puesta en alquiler bajo ciertas condiciones: el vendedor acuerda que lo que se obtenga por el alquiler del primer año sea para él y los alquileres de los años siguientes sean para el comprador teniendo cada uno de ellos un derecho de prenda sobre las cosas introducidas por el locatario.

El supuesto plantea de un modo directo la cuestión de la prioridad, ya que si las garantías entregadas no fueran suficientes para el pago de las rentas habría que determinarse quien tendría preferencia. Nerva y Próculo conceden preferencia al vendedor si las prendas no bastaran para cubrir ambos créditos. Según Frezza, Nerva y Próculo aplicaron a la relación entre los dos acreedores la norma *prior tempore potior iure*, de manera que el segundo acreedor solo habría podido satisfacerse en *si quid superasset*, después de la satisfacción del primero<sup>86</sup>.

Paulo por contra, estima que el problema es una cuestión de hecho, no un problema jurídico. Pero aunque Paulo no explica la razón de su aseveración, Sirks<sup>87</sup> cree reconstruirla en base a D.20.1.10, D.43.33.1.1 y D.13.7.20.1, de los cuales se desprende que el pacto explícito es necesario cuando se trata de establecer un derecho solidario<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup>FREZZA, , *Le garanzie delle obbligazioni...*, op. cit., p. 186.

<sup>87</sup>SIRKS, “La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...”, op. cit., p. 323.

<sup>88</sup>En todos estos textos se concede una acción útil a cada uno de los acreedores y mas claramente en D.13.7.20.1 (Paul. 29 *ad ed.*): *si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est*. Esto es, si una cosa está hipotecada a varios acreedores al mismo tiempo, todos tienen un derecho igual.

En realidad, no se debería de plantear problema alguno acerca de los *invecta et illata*, aunque al aludir a las garantías concedidas por el inquilino (*pignorumque ab inquilino datorum ius utrumque secuturum*), el supuesto parece dar a entender que el derecho sobre dichas prendas pertenecerían a cada uno de ellos, comprador y vendedor<sup>89</sup>. Con lo cual junto a la cuestión de la prioridad, se plantearía como problema colateral derivado de la posible pignoración tácita de los *invecta et illata*, la de cuál de los posibles acreedores hipotecarios tienen derecho a la ejecución hipotecaria.

Si bien la cuestión de la pignoración tácita o el derecho de garantía del arrendador sobre los *invecta et illata* del locatario por el alquiler era ya cuestión resuelta en el siglo I d. C.<sup>90</sup>, no ocurre lo mismo con la cuestión de la prioridad, donde la admisión de la preferencia del vendedor como primer acreedor requeriría, además del pacto explícito sobre ello, el reconocimiento en favor del comprador del derecho al sobrante. De esta manera, el segundo acreedor habría podido satisfacerse, una vez satisfecho el primero al establecerse la cláusula *si quid superasset*<sup>91</sup>.

Bien entendido que para hablar de prioridad -cosa sobre la que nos ocuparemos en el capítulo siguiente-, deberíamos plantearnos la cuestión de la existencia aquí de si son una o dos hipotecas las que concurren en el supuesto, cosa discutible según la doctrina romanística. Mientras que así parece afirmarlo Frezza, el cual parece entender que hay dos arrendamientos con dos arrendatarios distintos, y por tanto nos encontramos ante dos hipotecas independientes y separadas<sup>92</sup>. Sin embargo, esta opinión no es aceptada por Kaser, que considera que no puede tratarse de dos arrendamientos y por tanto de

---

<sup>89</sup> MENTXAKA, "La pignoración de ...", op. cit., p. 123.

<sup>90</sup> Véase CHURRUCA, "La pignoración tácita de los *invecta et illata* en los arrendamientos urbanos en el derecho romano clásico, *RIDA* 24 (1977), pp. 220-222; MENTXAKA, "La pignoración de ...", op. Cit., pp. 93-160.

<sup>91</sup> Así FREZZA, , *Le garanzie delle obbligazioni...*, op. cit., p. 186: "il secondo creditore avrebbe potuto soddisfarsi "si quid superasset" dopo la soddisfazione del primo..."

<sup>92</sup> FREZZA ( *Le garanzie delle obbligazioni...*, op. cit., pp. 185-187), habla de dos arrendamientos: "l'una sospensivamente condizionata dalla attuazione dell'altra"... Según él, se trata por tanto de dos hipotecas independientes y separadas.

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

dos hipotecas distintas, puesto que en tal caso no habría en ello ningún problema jurídico<sup>93</sup>.

La mayoría de la doctrina como es Herzen<sup>94</sup>, Tondo<sup>95</sup>, Miquel<sup>96</sup>, Kaser<sup>97</sup>, Churruca<sup>98</sup> o Mentxaka<sup>99</sup> rechazan pues, la posibilidad de una segunda hipoteca. Según estos autores se trata por una parte de una única *locatio conductio* entre el vendedor y el locatario, y por otra de una *emptio venditio* acompañada de un pacto entre vendedor y comprador. No podría hablarse de dos hipotecas, -y ello a pesar de la postura de Manigk<sup>100</sup>- entre otras razones, porque en realidad, lo que se produce es un pacto entre acreedores hipotecarios, pero un pacto en el cual el deudor no toma parte<sup>101</sup>. Miquel<sup>102</sup> reconoce que para que sucediera tal cosa sería necesario que el deudor hipotecase dos veces la cosa, lo que aquí no ocurre.

---

<sup>93</sup>KASER, *Mehrfache Verpfändung...*, op.cit., pp. 38-39.

<sup>94</sup>HERZEN, "Le concours du plusiers hypothèques", *Mel. Gerardin*, París 1909, p. 308.

<sup>95</sup>TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano 1959, p. 139.

<sup>96</sup>MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano...", op. cit., p. 238.

<sup>97</sup>KASER, "Studien zum Röm. Pfandrecht: Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht", *studi Grosso*, I (1968) p. 654, n.18.

<sup>98</sup>CHURRUCA, "La pignoración tácita de los *invecta et...*", op. cit., p. 221.

<sup>99</sup>MENTXAKA, "La pignoración de ...", op. cit., p. 124.

<sup>100</sup>MANIGK, "Hyperocha", *RE*, 9 (1941), p. 303; idem. *Pfandrechtliche Untersuchungen*, Breslau 1904, p. 41.

<sup>101</sup>HERZEN, "Le concours du plusiers...", op. cit., p. 308.

<sup>102</sup>MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano...", op. cit., p. 239.

#### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

Sin embargo ¿podríamos pensar que los *invecta et illata* introducidos por el inquilino en la finca urbana en el caso de D.20.4.13 suponen un derecho de prenda tácito a favor del vendedor sobre dichos *invecta et illata*?

Si bien mientras que Labeo en D.20.6.14 (*cum colono tibi convenit...*), el colono conviene expresamente que los *invecta et illata* queden en garantía<sup>103</sup>, Neracio en D.20.2.4 pr<sup>104</sup> parece estimar que basta con que las cosas hayan sido introducidas:

*Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit; in rusticis praediis contra observatur.*

Con lo cual induce a pensar en un planteamiento distinto: las cosas que han sido introducidas en los predios urbanos se consideran que están en prenda como si tácitamente se hubiera convenido así, al contrario de lo que era práctica observada en los predios rústicos.

Lo que nos permite pensar que a partir de este momento, las cosas introducidas en fundos urbanos se consideran pignoradas *quasi id tacite convenerit*, esto es sin necesidad de acuerdo expreso para constituir el gravamen<sup>105</sup>. Por tanto, aún en el caso de que las partes olvidaran el acuerdo se consideraría constituida la prenda<sup>106</sup>. *Quasi* quiere dar a entender, que es como si el convenio pignoraticio se hubiera celebrado, aunque el acuerdo no era necesario que hubiera tenido lugar, sino que bastaría el mero hecho de la introducción de las cosas en el fundo. De esta forma acaban equiparándose en tratamiento los predios rústicos y los urbanos.

---

<sup>103</sup>MENTXAKA, “La pignoración de ...”, op. cit., pp. 40-41.

<sup>104</sup>NERATIUS, *Lib. I, Membranarum*.

<sup>105</sup>MENTXAKA, “La pignoración de ...”, op. cit., p. 46; DERNBURG, *Das Pfandrecht nach....*, op. Cit, p. 295.

<sup>106</sup>MENTXAKA, “La pignoración de ...”, op. cit., p. 100.

Mentxaka<sup>107</sup>, afirma en base a D.20.2.4 pr, que se puede deducir pues, que en la época de Neracio la pignoración de los *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo urbano se podía constituir mediante acuerdo tácito.

Claro está, que si admitimos la pignoración sobre la base de un acuerdo tácito, se desmontaría el principal argumento de la imposibilidad de la existencia de dos hipotecas por no haber podido tomar parte el deudor sobre ello, que era la tesis de Herzen.

Mas favorables a la posibilidad de una pluralidad pignoraticia son las tesis de Manigk<sup>108</sup>, considerando que en ese caso se da una pignoración sucesiva en la cual se concede preferencia al vendedor<sup>109</sup>.

La explicación utilizada de la existencia de una cesión de créditos hipotecarios del vendedor al comprador, si fuera plausible, resolverían las dudas que plantea este supuesto, ya que en tal caso existiría algo en que basar las preferencias sobre los alquileres: éstos serían exigibles unos después de otros, y por tanto estarían garantizados como si se tratasen de hipotecas sucesivas<sup>110</sup>.

Así pues, la clave estaría en analizar el pacto comprador-vendedor. Las posiciones doctrinales para explicar tal pacto oscilan entre la tesis de Churruca, que considera que se trata de una *procuratio in rem suam*, aunque sin querer abordar la cuestión de si nos encontramos ante una pluralidad de hipotecas sin rango: el vendedor es siempre el

---

<sup>107</sup>MENTXAKA, "La pignoración de ...", op. cit., p. 101.

<sup>108</sup>MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen, I, Zur Geschichte der römischen Hypothek*, Breslau, 1904, p. 41: "Letzterer Fall [scil. der zweiten Verpfändung] liegt auch bei Nerva-Proculus-Plautius vor". el citado autor se funda en las palabras *si quid superesset*. Cfr. En el mismo sentido, MANIGK, "Hyperocha", *RE*, 9 (1914), Stuttgart, pp. 303 ss.

<sup>109</sup>DERNBURG, *Das Pfandrecht ...*, II, p. 413, al tratar de la cesión de créditos se remite a D.20.4.13.

<sup>110</sup>SIRKS, "La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...", op. cit., p. 319, n. 41.

## LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

verdadero titular del derecho de *pignus* sobre los *invecta et illata* y no considera que se produzca una cesión del derecho hipotecario<sup>111</sup>.

Para Sirks<sup>112</sup>, considera posible el fraccionamiento de las rentas del arrendamiento y por tanto de la hipoteca en el siglo I d. C., siendo el orden de la prioridad el que convengan las partes (con la consiguiente división de los alquileres a prorrata), y en su defecto el orden cronológico. Esto explicaría que Paulo considere este caso como una cuestión de hecho (*quaestio facti est*). En contra se manifestó en su día Kaser<sup>113</sup>, que era de la opinión de que al menos en el siglo I d. C., el segundo acreedor hipotecario no podía ejercitar la *actio serviana* sino solo después que el primer acreedor hubiera sido satisfecho<sup>114</sup>.

En definitiva, la solución está en considerar lo que el vendedor ha pactado, esto es que el derecho que él tenía sobre las cosas hipotecadas continuaría en favor del comprador concediéndole a éste una *procuratio in rem suam* y otorgándole pues, una *actio serviana utilis* para obtener el pago de los alquileres. Lo que ocurre es que al haber dos personas que tienen la facultad de ejercitar la *actio utilis* separadamente una de la otra es lo que da la apariencia de dos hipotecas. En el fondo, esta solución se sitúa sobre la construcción de una estipulación consistente en un *pactum adiectum* incorporado a una *emptio venditio*. De esta manera, el vendedor-creedor cede el *ius vendendi* al comprador, una vez que el primero ha cobrado las rentas del primer año, basándose para ello en que Paulo trata del problema en el marco de la compraventa<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> CHURRUCA, “La pignoración tácita de los *invecta et...*”, op. cit., p. 221.

<sup>112</sup> SIRKS, “La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...”, op. cit., p. 320.

<sup>113</sup> KASER, “Über mehrfache Verpfändung im römischen...”, op. cit., pp. 37-40; idem., *Das Römische Privatrecht*, I, p. 467, n. 44.

<sup>114</sup> MIQUEL, “El rango hipotecario en el Derecho Romano...”, op. cit., pp. 244-246.

<sup>115</sup> Aunque en cierta manera SIRKS se traiciona al pensar que la compraventa romana transfiere la propiedad al comprador: “Après le transfert de la propriété le vendeur-bailleur ne pouvait plus l’expulser, et ceci peut avoir contribué à la négligence du locataire...”. SIRKS, “La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang...”, op. cit. p. 321, n. 51.



**IV. B.- EL RANGO Y LA PLURALIDAD HIPOTECARIA.**

De lo que llevamos analizado hasta ahora estamos asistiendo a la idea concluyente de que los juristas romanos no parece que hubieran resuelto de una manera definitiva el problema de la concurrencia cuando de varias hipotecas se trata, y mas con el agravante de la carencia de un sistema de publicidad o registro público de hipotecas que facilitase su conocimiento<sup>116</sup>. Esto al menos antes del siglo II d. C. y probablemente hasta comienzos del III d. C.

Cuando se trata de dos hipotecas claramente independientes, el conflicto en el rango se entendía resuelto en un primer momento vía *condicio melior possidentis*<sup>117</sup>, pero en el caso que la dualidad hipotecaria no apareciera claramente configurada, habría necesariamente que acudir al pacto. Sin embargo, ello sugeriría más que un derecho hipotecario sin rango, una concesión en favor del nuevo acreedor por el anterior para poder utilizar el *ius vendendi*, lo que posibilitaría la utilización de una *actio serviana utilis* al menos hasta el siglo II d. C.

Andando el tiempo, y sobre todo a mediados del siglo III d. C., cuando la dualidad o la pluralidad hipotecaria aparece ya más claramente definida, el conflicto en el se dilucida por vía de la regla *prior tempore potior iure*, cuestión de la que vamos a ocuparnos en el capítulo siguiente.

---

<sup>116</sup>GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano. Acciones, casos, instituciones*, (& 147, pluralidad de hipotecas), Madrid 1995, p. 493, n. 1.

<sup>117</sup>D.20.1.10; D.43.33.1.1.



**CAPITULO V.- LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD.**

**V. A .- EL PRINCIPIO *PRIOR TEMPORE POTIOR IURE*.**

**V. B .- EL PROBLEMA DE LA PRIORIDAD A TRAVÉS DE LAS FUENTES.**

**5. B. 1.- D.20.4.1.pr.**

**5. B. 2.- D.20.4.9.pr; D.20.4.9.1.**

**5. B. 3.- D.20.4.11.pr; D.20.4.11.1.**

**5. B. 4.- D.20.3.4.**

**5. B. 4. a) El sentido que tiene la caución.**

**5. B. 4. b) La posibilidad de hipoteca de las cosas vendidas.**

**5. B. 4. c) Momento de constitución de la hipoteca.**

**5. B. 4. d) Situación de las cosas vendidas.**

**5. B. 4. e) Similitudes y diferencias del texto examinado con los textos anteriores.**

**5. B. 5.- Notas conclusivas.**

**V. C .- EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE PRIORIDAD.**

**5.C.1.- La prioridad por privilegio.**

**5.C.2.- La prioridad documental.**

**CAPITULO V.- LA PLURALIDAD HIPOTECARIA Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD.****V. A.- EL PRINCIPIO *PRIOR TEMPORE POTIOR IURE*.**

Los conflictos en el rango nacen de la coexistencia de dos o mas hipotecas que operan simultáneamente sobre unos mismos bienes, lo que conllevan la necesidad de articular las respectivas preferencias en la pluralidad hipotecaria. Y dentro de las propias fuentes, en el Digesto cuando de la concurrencia hipotecaria y del tratamiento de las preferencias se ocupa, lo hace en el libro vigésimo, cuyo titulo cuarto se titula:

*“QUI POTIORES IN PIGNORE, VEL HYPOTHECA HABEANTUR ET DE HIS QUI IN PRIORUM CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT”.*

Pues bien, en dicho titulo aparecen entre los distintos textos contradicciones que obedecen a las diversas opiniones sobre la preferencia y prelación cuando de la concurrencia de varios acreedores hipotecarios se trata. Lo que atestigüa que debieron ser frecuentes las diferencias entre los juristas clásicos<sup>1</sup>. Y por ende, la necesidad de encontrar un criterio para dar una solución a estos conflictos en el rango.

Aunque en realidad, no solo es en el Digesto donde aparece la decisión de solucionar tal criterio, prefigurado en la clásica regla *prior tempore potior iure*, sino que también en algunas constituciones tardías se encuentran expresiones como *...praevalent iure, qui praevenit tempore*<sup>2</sup>; *sicut prior es tempore, ita potior es iure*<sup>3</sup>; *potior habetur creditor, qui ante contraxit*<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup>MURGA GENER, “Una aparente contradicción entre Juliano y Gayo-Paulo sobre el rango hipotecario”, *EI*, 2 (1988), pp. 859-873.

<sup>2</sup>C.8.18(17).2, *Imp. ANTONINUS ann. 212*.

El principio *prior tempore potior iure*, sin embargo no siempre aparece y se impone con la claridad de un reconocimiento unitario, sino que por el contrario, en numerosas ocasiones dicho principio es puesto en entredicho dando lugar a contradicciones en su aplicación al rango hipotecario. Las razones de tales contradicciones son variadas y no siempre permiten un pretendido intento sistematizador.

Según Regelsberger<sup>5</sup>, no cabe duda que el derecho hipotecario romano fue modulado por tres factores convergentes como fueron el derecho de pretor, la propia labor de los juristas clásicos, sobre todo a partir del siglo II de nuestra era<sup>6</sup>, y la amplitud de la autonomía de la voluntad de las partes en las posibilidades de la contratación.

Por ello se podría decir que no es un principio dogmático, sino una pura construcción formularia. Así podemos inferirlo cuando el jurista Marciano contempla un doble juego de excepciones ante la reclamación y posible ejercicio de la acción hipotecaria, en el texto recogido en D.20.4.12.pr<sup>7</sup>:

*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", sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione, et ille excipiat: "si non convenit, ut sibi res sit obligata", hic in modum supra relatum replicabit; sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte agat,*

---

<sup>3</sup>C.8.18(17).4, *Imp. ANTONINUS, ann. 213*

<sup>4</sup>C.8.18(17).6, *Imp. VALERIANUS et GALLIENUS ann. 260.*

<sup>5</sup>REGELSBERGER, *Zur Lehre vom Altersvortrag der Pfandrechte*, Erlangen 1858; (2ª ed. Leipzig, 1859), p. 10.

<sup>6</sup>De ello da buena cuenta el propio título IV, libro XX del Digesto, donde se contienen textos de PAPIANO (D.20.4.1; D.20.4.2; D.20.4.3), de ULPIANO (D.20.4.5; D.20.4.6; D.20.4.7; D.20.4.8; D.20.4.10), PAULO (D.20.4.13; 14; 15; 16; 17), de SCAEVOLA (D.20.4.21), de POMONIO (D.20.4.4), AFRICANO (20.4.9), GAYO (20.4.11), TRIFONINO (20.4.20) y MARCIANO (20.4.12).

<sup>7</sup>MARCIANUS, *Lib. singulari ad formulam hypothecariam.*

*et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior eum eo agendo auferat ei rem.*

En este texto, un acreedor que había constituido previamente una primera hipoteca, frente a la reclamación de un segundo acreedor por medio de la acción hipotecaria, puede oponer una excepción útil, en virtud de la cual la reclamación del segundo acreedor solo sería procedente sino fuera porque la cosa ya había quedado obligada antes por derecho de prenda o hipoteca, lo que equivale a conceder una excepción al primero frente a la reclamación del segundo (*si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata..*).

Pero si la situación se plantease al contrario, esto es, que poseyéndola otro -un tercer poseedor de bienes hipotecados- la reivindicara el primero, dicho tercer poseedor podría oponer la excepción *si non convenit ut sibi res sit obligata*, aunque si bien, el primer acreedor siempre tendría la acción hipotecaria contra el poseedor, además de la excepción anterior contra el segundo acreedor. Así mismo, se le reconoce al segundo acreedor su acción contra cualquier otro poseedor, salvo la preferencia en favor del primero -*ut tamen prior eum eo agendo auferat ei rem*-. Todo ello nos sitúa ante un desarrollo totalmente formulario de la prioridad en la pluralidad hipotecaria.

En origen, los conflictos en el rango se producen ante la necesidad de delimitar las preferencias entre varias hipotecas. Ello siempre que sean tales, esto es, que recaigan sobre verdaderas obligaciones no sobre meras expectativas que no llegaran a tener la consideración de tales. Esto supone que ha de tratarse de garantías que tengan por finalidad proteger obligaciones ya nacidas, ya que caso contrario las garantías tendrían una eficacia cuando menos limitada. Lo cual se pone particularmente de relieve tratándose de hipotecas que recaigan sobre obligaciones bajo condición pendiente.

Hay un texto de Africano, recogido en D.20.4.9.1<sup>8</sup>:

*amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quidquam deberi coeperit, si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.*

---

<sup>8</sup>AFRICANUS, *Lib. VIII Quaestionum*.

En este caso, considera Africano que el acreedor bajo condición debe de ser protegido frente al acreedor posterior, siempre que la condición sea tal, esto es que la voluntad del deudor no suponga un obstáculo a la posibilidad de su cumplimiento. Con ello introduce un criterio de preferencia crediticia, no necesariamente hipotecaria, basándose exclusivamente en la prioridad temporal. Falta por relacionar ese mismo criterio con la garantía hipotecaria, lo que puede inducirse del primero de los fragmentos de D.20.4.9, *qui balneum ex kalendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset...*, que después examinaremos especialmente.

Aunque no siempre los juristas clásicos tuvieron clara la protección que debía de darse a la obligaciones condicionales garantizadas con hipoteca. Así Gayo, después de dejar formulado el principio de prioridad, en D.20.4.11.pr<sup>9</sup>:

*potior es in pignore, qui prius credit pecuniam et accepit hypothecam...*

Parece mantener ciertas dudas acerca de si se trata de una simple expectativa o de un derecho bajo condición<sup>10</sup>, ya que a continuación adopta ciertas precauciones como parece desprenderse de D.20.4.11.1:

*videamus, an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio ut potior sit qui postea credidisset? sed vereor, num hic aliud sit dicendum quum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset; quod et melius est.*

Lo cierto es que las posibles dudas que parecen afligir a Gayo, "*videamus*"..."*sed vereor*" ..., las resuelve en última instancia mediante el reconocimiento del efecto retroactivo de la condición, puesto que atribuye sus efectos a la hipoteca una vez que se

---

<sup>9</sup>GAIUS, *de formula hypothecaria*. Sobre la problemática de esta obra y la autenticidad del término *hypotheca*, véase SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961; FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der Klassischen Zeit*, Upsala, 1910, p. 41, nt. 12, y más recientemente MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho Romano clásico*, Bilbao 1986, pp. 59-60, nn. 147-149.

<sup>10</sup>MURGA GENER, "Una aparente contradicción entre...", op. cit. p. 860.

cumplió la condición, como si se hubiese hecho sin la referida condición al tiempo en que se concertó la estipulación.

Ello podríamos interpretarlo como la consecuencia de estar en aquel momento todavía poco asentada la idea de dar cobertura hipotecaria a las obligaciones bajo condición y por tanto - y conforme con la mentalidad romana- como no existentes. Probablemente estaba cercano el inicio de la andadura diferenciadora de la mera expectativa sobre la base de un crédito recayente sobre condición no cumplida<sup>11</sup>.

Murga Gener<sup>12</sup> enumera una serie de razones para defender la prioridad en el rango hipotecario sobre el supuesto de obligaciones *pendente condicione*. Entre otras, la vitalidad y evolución de la doctrina en el desarrollo de la *conventio pignoris*; la repercusión de una nueva forma de entender las expectativas del acreedor sobre el pignus en el caso de *mancipia inducta in fundo*, o la propia configuración del *animus* que comenzaba a darse entre los juristas romanos anticipo de la gran trascendencia que había de tener en un futuro en el ordenamiento jurídico latino.

La aplicación del principio de prioridad parte, según Miquel<sup>13</sup>, del mismo momento de la constitución de la hipoteca. Sin embargo, creemos que no siempre la *obligatio rei* y el momento de la constitución de la hipoteca son coincidentes, ya que el momento en el que la hipoteca se constituye y el momento en el cual la obligación es real y exigible no siempre pueden coincidir.

Pongamos por ejemplo, el caso de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras<sup>14</sup> o de cosas no existentes<sup>15</sup>. En ambos casos, la garantía hipotecaria existe y ya se ha

---

<sup>11</sup>Incluso MARCIANO, jurista del siglo III d. C. reconoce que , ...*sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio extiterit.* (D.20.1.5, *lib. singulari ad formulam hypothecariam*).

<sup>12</sup>MURGA GENER, "Una aparente contradicción entre Juliano y Gayo-Paulo...", op. cit., p. 860.

<sup>13</sup>MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico", *AHDE*, 29 (1959), p. 280. n. 218.

<sup>14</sup>A la cual se alude en D.20.1.5:...*sed et futurae obligationis nomine dari possunt.*

<sup>15</sup>En D.20.1.15.pr (*GAIUS, Lib. singulari de formula hypothecaria*):...*Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt.*



constituido, pero la obligación que la garantiza no. De ahí la dificultad para la mentalidad romana de construir una teoría general sobre la condición, cosa que los juristas clásicos nunca realizaron.

Pero nos interesa particularmente el estudio de la equivalencia del binomio prioridad-pluralidad, sobre todo a través de las fuentes.

### V. B.- EL PROBLEMA DE LA PRIORIDAD A TRAVÉS DE LAS FUENTES.

5. B. 1.- D.20.4.1.pr.

5. B. 2.- D.20.4.9.pr; D.20.4.9.1.

5. B. 3.- D.20.4.11.pr; D.20.4.11.1.

5. B. 4.- D.20.3.4.

5. B. 5.- Notas conclusivas.

El problema de la prioridad que se examina dentro del Libro XX del Digesto es tratado en diversos pasajes por varios juristas, entre los cuales vamos a examinar los siguientes:

#### 5. B.1.- D.20.4.1.pr.

Este fragmento de Papiniano, recogido en D.20.4.1.pr<sup>16</sup> establece:

*qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit, subsequuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuae quantitatis numeratio impleta est; quaerebatur de pignore. Quum ex causa promissionis ad universae quantitatis ex solutionem qui dotem promisit, compellitur non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis, nec probe dici in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.*

---

<sup>16</sup>PAPINIANUS, Lib. VIII Quaestionum.

En este texto de Papiniano<sup>17</sup>, nos encontramos ante una promesa de dote en la que se garantiza con hipoteca la restitución de la misma. Una vez verificada la entrega de parte de la misma, el marido entrega en prenda la misma cosa llevándose a cabo la entrega del resto con posterioridad. Cuando el promitente lleva a cabo la totalidad de la entrega es cuando se plantea la cuestión de la prioridad hipotecaria: si ésta actúa en favor del promitente como primer acreedor -a pesar de que no entregó la totalidad del *numeratio*-, o si lo es en favor del segundo acreedor hipotecario que probablemente si entregó la totalidad del importe del mutuo.

La peculiaridad de la situación es que una de las hipotecas garantiza un pacto de restitución de dote. En realidad, la clave está en que se trata, no de una constitución de dote sino de una promesa de dote<sup>18</sup> garantizada con hipoteca, de ahí que comience diciendo *qui dotem pro muliere promisit...*, y ello se lleva a cabo por persona distinta del marido, probablemente el padre de la mujer<sup>19</sup>. En un momento posterior, se verifica la entrega de parte de la cantidad hipotecando el marido la misma cosa antes de recibir la entrega del resto.

Aparentemente no debería de haber dudas en cuanto al rango por cuanto debería de ser preferente el que primero constituyó su hipoteca. Pero en el fondo del argumento del segundo acreedor descansa la idea que la pretendida preferencia del primer acreedor lo es sobre una mera promesa de pago, y puesto que no se ha efectuado la entrega de numerario en el momento de la constitución de la hipoteca sino en un momento posterior, carecería dicho crédito de base real -a igual que la *datio rei* en el mutuo-. Y

---

<sup>17</sup> Como es bien sabido no obedece a una rigurosa cronología, por cuanto que PAPIANIO fue posterior en el tiempo a otros juristas que se ocuparon de la cuestión como SALVIO JULIANO, SEXTO CECILIO AFRICANO, GAYO o PAULO, según veremos.

<sup>18</sup> Según MIQUEL, la promesa de dote produce los mismos efectos que la constitución de dote . MIQUEL, “El rango hipotecario en ...”, op. cit., p. 281, n. 219.

<sup>19</sup> En época más antigua no se habla de la constitución de dote por un tercero, sino por el *pater familiae* o el de la propia mujer si fuera *sui iuris* (LAURIA, "La dote romana", *Memorie Napoli*, (1938), p. 19 ss). Sin embargo, en tiempos de JULIANO la dote adventicia, podía ser constituida por persona distinta del padre de la novia. Así ULPIANO (en D. 23.5.3.pr), tratándose de dote constituida por un extraño se remite a la opinión de JULIANO. MURGA GENER, “Una aparente contradicción entre...”, op.cit. p. 869, n. 16.

en todo caso, puesto que la entrega no fue total sino parcial, no se le debería reconocer la hipoteca por el total sino en todo caso por la parte realmente entregada<sup>20</sup>.

La razón descansa en que la *stipulatio de restituenda dote* permitía al promitente únicamente recuperar la cantidad *certa* -no la prometida-, mediante el *iudicium rei uxoriae*<sup>21</sup>; pero aquí se trata en realidad, de una *stipulatio verbis* la cual se garantiza con hipoteca, considerándose que su eficacia nace de la propia *stipulatio* y no de la entrega de cantidad alguna.

En definitiva, lo que viene a considerar Papiniano es que hay que atender al tiempo de la constitución de la obligación y no al tiempo de la entrega, *...non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis...*

Ello marca la diferencia con el mutuo donde sin *datio pecuniae* no existe obligación y por tanto nada hay que garantizar. Pero creemos que esto se podría entender más por la propia naturaleza de los contratos reales que por una diferencia de tratamiento en cuanto a la obligación a garantizar.

Si en caso contrario extrapoláramos esta solución podríamos llegar a conclusiones poco satisfactorias. Piénsese que si la garantía lo es, mas que sobre la promesa de constituir dote, sobre la devolución de ésta -y ello con independencia de la entrega efectiva de la cantidad-, se podría llegar al extremo de exigir la devolución de lo que nunca se entregó o se hizo solo parcialmente.

Murga Gener<sup>22</sup>, apunta la posibilidad de oponer a la *actio ex stipulatio*, la *exceptio doli* del derecho honorario puesto que ésta sería procedente por reclamación fraudulenta de una *stipulatio sine causa*<sup>23</sup>. No sería procedente la *exceptio non numeratae pecuniae*

---

<sup>20</sup>Probablemente influidos por juristas anteriores, como GAYO (D.20.4.11.pr; D.20.3.4) que claramente reconoce preferencia en quien primero prestó el dinero aunque otro había convenido antes.

<sup>21</sup>SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der "actio rei uxoriae"*, Colonia-Viena 1969; cit. por MURGA GENER, "Una aparente contradicción entre...", op. cit. p. 870, n. 18.

<sup>22</sup>MURGA GENER, "Una aparente contradicción entre...", op. cit., p. 870.

<sup>23</sup>D.44.4.2.3 (ULPIANUS Lib. LXXVI Ad Edictum): *circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit.*

Vemos cómo entre las causas por las cuales tiene lugar esta excepción de dolo, se encuentra el supuesto en el cual hubiese una estipulación sin causa, si después se ejercitara la acción de esta *stipulatio sine causa*, le perjudicará ciertamente la excepción de dolo malo.

debido a lo inisocrónico de su aplicación por los juristas clásicos<sup>24</sup>. Por ello, con toda probabilidad interesaría en un caso así la *exceptio doli*<sup>25</sup>.

Especulando sobre la posible justificación de la pretensión del segundo acreedor, Murga Gener<sup>26</sup> considera que posiblemente se basara su estrategia procesal en la consideración de que sin entrega de numerario la obligación del promitente sería una obligación pura que operaría independiente de la causa. Esto es, una *stipulatio abstracta* que obligaría a la devolución de la dote independientemente de si se verificó o no la entrega de la misma, y de cual fuera su cuantía. Así parece suponerlo sobre la base de un efecto normal de la *stipulatio* y una de las característica típicas de las obligaciones abstractas, en línea con las tesis de Wolff<sup>27</sup>.

No obstante, puesto que estamos ante una promesa de dote seguida de una entrega, podríamos pensar que la causa no es ajena al negocio base. Entendiendo que la *causa stipulatio* es una verdadera *causa dotis*, cuya restitución es lo que se está verdaderamente garantizando con la hipoteca<sup>28</sup>.

Por contra, el segundo acreedor parece pretender su defensa en que su derecho de garantía se había intercalado entre las promesa de dote y la entrega de numerario,

---

Parecido tratamiento se encuentra en D.46.1.15 pr (*IULIANUS, Lib. LI Digestorum*): *..Si stipulatus esses a me sine causa...*

<sup>24</sup> Puesto que la *exceptio non numeratae pecuniae* aparece en algunas constituciones imperiales de ANTONINO y SEVERO (como en C.4.30.1 donde se recoge una del año 197 d. C.: *Si pecuniam tibi non esse numeratam...*), no pudo probablemente ser alegada por PAPINIANO el cual se refiere a un hecho anterior.

<sup>25</sup> Incluso un poco después en el año 215, ANTONINO parece equiparar ambas excepciones. Así en C.4.30.3: *si ex cautione tua licet hypotheca data convenii coeperit exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae...*

En cuanto a la *querella non numeratae pecuniae* su utilización marcadamente justiniana la pone fuera de lugar.

<sup>26</sup> MURGA GENER, "Una aparente contradicción entre...", op. cit., p. 871.

<sup>27</sup> WOLFF, *Causa stipulationis*, Colonia-Viena 1970. Esto es coherente con el carácter abstracto de la *stipulatio* clásica.

<sup>28</sup> ARCHI, "Dote e donazione nel diritto romano", *Studi Albertario*, II (1953), p. 237.

entendiendo pues que eran las entregas de numerario las que constituían la obligación de devolver lo que había sido entregado. Según ello, podía pretender que solo una obligación real como la suya era la que verdaderamente estaba garantizada con hipoteca.

Pero la respuesta de Papiniano es otra muy distinta: Pretender que la entrega de numerario es lo que da validez y por tanto hace exigible la obligación que se garantiza con la hipoteca, es desconocer la naturaleza de la misma. No se trata de una promesa de mutuo a la cual como *causa secuta* es necesaria la *datio pecuniae*. Al contrario es una promesa de dote y lo que se invoca al pretender su garantía es la restitución.

Ni siquiera es una obligación condicional, en la cual sin el cumplimiento de la condición no puede darse por efectiva<sup>29</sup>.

En conclusión, la prioridad opera en favor de la primera hipoteca por cuanto que la obligación que garantiza nace con la propia *stipulatio de restituenda dote* desde el mismo momento que la palabras vitales de *spondeo* o *promitto* fueron pronunciadas.

No es necesaria la entrega de cantidad alguna para la validez de la obligación y por ende de la hipoteca que la garantiza. En realidad, fue a partir de la Lex Cincia del año 204 a. C., cuando los jurisconsultos romanos elaboraron un concepto de donación con una mayor sutileza y precisión, y como consecuencia de lo cual se puso fin a la doctrina rígida que enfrentaba las exigencias constructivas de la practica con una más dúctil aplicación de los principios fijados a través de una sagaz observación de la casuística<sup>30</sup>.

#### 5. B. 2.- D.20.4.9 pr; D.20.4.9.1.

---

<sup>29</sup>D.20.1.13.5 (MARCIANUS, *Lib. singulari ad formulam hypothecariam*): *Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, quum nihil interim debeatur...*

Es decir que tratándose de una hipoteca constituida en garantía de una obligación bajo condición, antes de cumplirse la condición nada se debe.

<sup>30</sup>Sobre los elementos constitutivos de la causa en la donación *dotis causa*, vid. ARCHI, "Animus donandi", *Atti Verona* 1948.

El conocido fragmento de Africano recogido en D.20.4.9 pr<sup>31</sup>, sobre el arrendamiento de un establecimiento de baños o balneario donde presta sus servicios un esclavo llamado Eros, dice así:

*qui balneum ex kalendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur; idem ante kalendas Iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit; consultas an adversus hunc creditorem petentem Erotem, locatorem Praetor tueri deberet, respondit debere; licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potiore eius causam habendam.*

Este texto de Africano contempla una situación de arrendamiento de local con la peculiaridad de que se constituye como garantía del pago de dicho arrendamiento un *pignus* sobre el esclavo Eros. Pero antes de que transcurriera el período concertado<sup>32</sup> - *ante kalendas Iulias*- se vuelve a constituir de nuevo una garantía sobre Eros, esta vez a cambio de un dinero prestado -*ob pecuniam creditam pignori dedit*-. A partir de aquí surge la duda de si la preferencia es en favor del primer acreedor, al cual aun no le ha llegado el momento del cobro de la *pensio* pero que es anterior en el tiempo (*prior tempore*). O si es en favor del segundo acreedor por ser el mutuante y titular de un crédito real ya existente desde el mismo momento en que se constituyó.

La respuesta de Juliano es conceder la prioridad al primer acreedor en base a que Eros estaba en tal situación que sin la voluntad del acreedor no se podía librar de la sujeción<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> AFRICANUS, *Lib. VIII Quaestionum*.

<sup>32</sup> Según MENTXAKA, en cuanto a la duración de los arrendamientos no se establece en las fuentes una duración fija, ya que en algunos casos se habla de cinco años (como en D.19.2.24.2), de un año (D.19.2.19.6; D.43.32.1.4; D.19.2.30.1; D.19.2.58.2) o de varios años (D.19.2.60) con lo cual se puede pensar que son las partes contratantes las que en cada momento fijan la duración del contrato, aunque en el presente caso el pacto comienza a ser efectivo a partir de las kalendas de Julio. MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho Romano clásico*, Bilbao 1986, p. 97, nn. 16-19.

<sup>33</sup> MIQUEL, "El rango hipotecario en ...", op. cit., p. 281.

Pero a pesar de la claridad con que Juliano interpreta el principio de prioridad dando preferencia al *locator*, frente a las pretensiones del mutuante, se trata ciertamente de un texto complejo donde quedan abiertos muchos puntos a la polémica. Incluso Koschaker<sup>34</sup>, negaba la pureza del texto.

Probablemente ni siquiera fuera obra del propio Africano, sino de su maestro Juliano quien fuera el autor de la *responsa*<sup>35</sup>. La misma expresión que utiliza (*ut homo Eros pignori locatori esset*) parece aludir a una obligación no real sino condicionada a que en el momento del vencimiento se pagase el alquiler (*donec mercedes solverentur*).

Por ello, al afirmar la preferencia la hace matizando que ello lo es a pesar de que todavía no se debía ninguna cantidad por el arrendamiento *-quo nondum quidquam pro conductione deberetur-*.

Esto último debía de plantear serias dudas porque, ¿qué diferencia la situación del primer acreedor -el *locator*- de quien tan solo tiene una expectativa?. O bien, ¿cuándo estamos ante una mera expectativa y cuándo se trata de una obligación condicional?.

En tal caso, ¿a donde acudiría quien se encontrara en tal situación?: Con toda probabilidad a uno de los pilares que apuntaba Regelsberger<sup>36</sup> del derecho clásico como es el amparo del pretor. Por ello *...locatorem Praetor tueri deberet*.

No cabe duda que debió de resultar una innovación radical reconocer preferencia incluso a obligaciones aún no exigibles, frente a quienes siendo posteriores fundaban su derecho sobre una obligación real y ya existente desde el momento de su constitución<sup>37</sup>.

La cuestión, a la par que novedosa, debió de resultar chocante con el criterio de la jurisprudencia anterior. Solo así se explica que a continuación en D.20.4.9.1 el mismo jurista añadiera:

---

<sup>34</sup>KOSCHAKER, Fr. 9.3 D. 20.4 Ein Beitrag zur lehre vom Nachpfandrecht und vom bendengten Rechtsgeschäft, *Scritti Ferrini*, 3 (1948), p. 247.

<sup>35</sup>MURGA GENER, "Una aparente contradicción entre Juliano y Gayo-Paulo...", op. cit., p. 861.

<sup>36</sup>REGELSBERGER, *Zur Lehre vom Altersvortrag der Pfandrechte*, Erlangen 1858, p. 10.

<sup>37</sup>MURGA GENER, "Una aparente contradicción entre Juliano y Gayo-Paulo...", op. Cit., p. 861.

*amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quidquam deberi coeperit, si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.*

Donde tranquiliza y matiza la innovación anterior, reconociendo amparo al acreedor bajo condición frente a quien después le hubiere comenzado a deber alguna cosa, eso sí, siempre que la condición no fuera tal que no pudiera cumplirse contra la voluntad del deudor.

Lo que nos sitúa contra la regla general, al admitir en este punto la retroactividad de la condición. Esto evidentemente tiene un efecto práctico, ya que permitiría dar fluidez a la idea de establecer la prioridad desde el momento de constitución de la hipoteca y no como pretendidamente pareciera suponer desde el momento de cumplirse la condición<sup>38</sup>. Y de ahí la necesidad que fuera la autoridad del pretor quien ampare al *creditor sub conditione*.

La razón está en que hasta ese momento no debía de reconocerse a la obligación bajo condición tal entidad, no sólo que pudiese ser objeto de garantía, sino que tal garantía operara a todos los efectos en relación al rango hipotecario.

Siendo como es el *pignus* un derecho accesorio<sup>39</sup>, sería necesario considerar al *pignus* como no existente cuando éste tratara de garantizar una obligación bajo condición en la cual dicha condición no se hubiera cumplido; y puesto que sin obligación no habría tampoco garantía, habría que pensar en la extinción de la hipoteca que la garantizase. Y razón de más, si al tiempo no se reconocieran efectos retroactivos a la condición.

Tal supuesto parecería particularmente contrario a las exigencias de la equidad y de la oportunidad, ya que privaría de un especial auxilio al acreedor que resultaría frustrado en su derecho de prenda<sup>40</sup>. Por ello había que buscar una protección al acreedor de un derecho bajo condición, a diferencia del que solo tuviera una mera expectativa.

Pero cual es la diferencia entre la protección dispensada a una obligación condicional y la mera expectativa sin virtualidad real?

---

<sup>38</sup>MIQUEL, "El rango hipotecario en ...", op. cit., p. 283.

<sup>39</sup>CARRELLI, *Sull'accessorietà del pegno nel diritto romano*, Roma 1934. (reimpr. Nápoles 1980).

<sup>40</sup>RATTI, "Sull'Accessorietà del pegno", *SDR*, Macerata (1927); (Reimp. 1985), p. 85.



El propio Africano lo expone en D.20.9.4.1 al añadir:

*si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.*

Esto es, siempre que la condición pueda cumplirse incluso contra la voluntad del deudor, o dicho en otras palabras, que la condición sea un hecho futuro e incierto y que no fuera puesta de tal manera que su efectividad dependiese de la mera voluntad del deudor. Ya que en caso contrario, si la voluntad del deudor fuera determinante de modo tal, que su cumplimiento determinara la existencia de la obligación y la propia validez de la garantía hipotecaria, se produciría el efecto de convertir al negocio jurídico realizado en algo puramente arbitrario. Y en tal caso ¿Cómo iba a mantenerse la preferencia de un primer acreedor cuando ni siquiera se sabría si -caso que hubiera hipoteca- si ésta estuviera vigente?<sup>41</sup>.

Una fórmula en la que la garantía escasamente amparaba al acreedor, poco o nada de derecho real podía tener puesto que la obligación nacería prácticamente nula. ¿Ante qué pretor podría invocar protección un acreedor que esgrimiera como base de su derecho la pura arbitrariedad del deudor?. Y si su derecho no tiene reconocimiento ni protección ¿podría pensar que ha sido postergado por otro acreedor que esgrimiera un derecho plenamente efectivo?.

Por tales razones, creemos que la solución de Africano al conceder la preferencia en el rango al acreedor-*locator* se basa pues, más que en la incorrecta apreciación de efectos a una obligación condicional, en la separación de tales obligaciones de aquellas cuyo cumplimiento dependiera de la propia voluntad del deudor.

---

<sup>41</sup>MURGA GENER ejemplifica "lo inútil, artificiosa y vacía que puede resultar una *conventio pignoris* sobre el joven Eros en la cual el *conductor* hubiera pactado la hipoteca con el *locator* añadiendo la cláusula "*quede el esclavo Eros hipotecado si alguna vez me decido a alquilar el balneario u otra condición parecida...*". Realmente una tal forma de *pignus* nada o casi nada ofrecía al acreedor en razón del contenido casi nulo de la obligación, por lo cual los posibles efectos resultantes del acuerdo hipotecario tendrían tan escasa entidad que ningún titular podría reclamar protección pretoria ni considerarse injustamente postergado por cualquier otro acreedor cuyo crédito fuese en cambio normal y efectivo". MURGA GENER, "Una aparente contradicción entre Juliano y Gayo-Paulo...", op. Cit., p. 862. En el mismo sentido, 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.

La razón podríamos encontrarla en la propia fórmula de constituirla según la cual, el esclavo quedara pignorado hasta que se pagasen los alquileres: *pactus erat ut homo Eros pignori locatori esset*. Con lo cual lo que tenemos es una hipoteca de presente dependiente de la llegada de un termino suspensivo: *ante kalendas Iulias*.

Pero bien entendido que este termino suspensivo no determina condición, sino únicamente el momento en el cual la *pensio* es exigible y caso de producirse la insatisfacción del acreedor el vencimiento de la hipoteca. La propia garantía al ejecutarse va determinar el modo en el que el acreedor va a satisfacerse del impago de los alquileres: Esto es, con el esclavo Eros.

Creemos que esta posibilidad es mas aceptable, que la idea de considerarlo una *condicio iuris*<sup>42</sup>, y ello a pesar que autores como Tondo<sup>43</sup>, o Regelsberger<sup>44</sup>, no consideren como *condicio iuris* la situación descrita en el pasaje examinado de D.20.4.9.pr.

### 5. B. 3.- D.20.4.11 pr; D.20.4.11.1.

Gayo en fragmento recogido en D.20.4.11 pr.<sup>45</sup> establece que:

*potior es in pignore qui prius creditur pecuniam et accepit hypothecam, quam vis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit; poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.*

---

<sup>42</sup> "Acaso no podría considerarse la condición "*quede yo obligado si no pago el alquiler*" como una especie de *condicio iuris* -de nuevo asomándose a la pignoración de Eros la inutilidad y la ineficacia-, es decir, una condición que necesariamente debe de cumplirse por coincidir ella misma con el presupuesto básico y esencial del negocio?. En tal caso, ¿que consistencia podría tener una hipoteca sobre Eros cuando la aparente condición del impago de los alquileres coincide exactamente con el contenido mismo de la *locatio conductio*?. En una situación de este tipo, ¿cómo podría el *locator* reclamar preferencia en el rango hipotecario?". MURGA GENER, "Una aparente contradicción...", op. cit., p. 863.

<sup>43</sup> TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano (1959), pp. 176 ss.

<sup>44</sup> REGELSBERGER, *Zur Lehre vom Altersvortrag der Pfandrechte*, Erlangen 1858, (2ª ed. Leipzig, 1859), p. 58.

<sup>45</sup> GAIUS, *de formula hypothecaria*.

Aparentemente contempla Gayo una situación similar al caso anterior, pero donde llega a conclusiones diferentes. Gayo concede la prioridad al primero que efectivamente prestó el dinero y recibió la hipoteca; pero esta preferencia lo es, a pesar de que había convenido con otro previamente pero no recibió cantidad alguna de él. La diferencia entre ambos casos de *pignus*, estriba en que con el que se convino antes lo era bajo la forma de *...si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata*. Esto es, bajo la modalidad de que solo y si acaso recibiera el dinero (en momento posterior) quedaría la cosa obligada. Mientras llega ese momento, conviene con otro acreedor un nuevo *pignus* que recae sobre la misma cosa, solo que esta vez el segundo acreedor si que entrega de presente la correspondiente *numeratio pecuniae* quedando desde ese momento la cosa obligada.

En realidad, el supuesto acreedor primero, lo es sobre la posibilidad de que la cosa quede obligada cuando reciba el deudor el dinero de aquel. Lógicamente Gayo considera que no podía, en tal caso, dicho primer acreedor reclamar preferencia alguna, ya que su derecho de *pignus* en realidad no es tal sino una mera expectativa. Y éste solo llegaría a ser acreedor si efectivamente entregara el dinero. Con lo cual, antes de esa entrega efectiva no habría *numeratio* que garantizar y por tanto, no puede reclamar la protección de una expectativa frente al otro acreedor con un derecho cierto, puesto con él si que se ha producido la entrega de *numeratio*.

En definitiva, Gayo solo considera acreedor al primero que efectivamente lo es. De ahí la contundencia de *Potior es in pignore qui prius creditit pecuniam et accepit hypothecam...* Porque es primer acreedor quien efectivamente constituye y recibe hipoteca.

De nuevo encontramos la diferencia de protección entre la mera expectativa y la obligación *sub condicione*. Y si en el texto del discípulo de Juliano ya quedó patente que la protección debía de ser en favor de obligaciones que fueran tales y no de meras expectativas, incluso aunque tales obligaciones lo fueran bajo condición<sup>46</sup>. Lo que demuestra que a pesar de las apariencias, se daba una coincidencia de opinión en ambos juristas. ¿Se podría pensar en una solución consolidada?

Algunas dudas habría de tener, cuando a continuación añada en D.20.4.11.1:

---

<sup>46</sup>Puesto que se pensaba que el acreedor bajo condición también habría de ser amparado, D.20.4.9.1: *Amplius etiam sub condicione creditorem tuendum putabat adversus eum...*

*videamus, an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio ut potior sit qui postea credidisset?.*

Antes, en el fragmento anterior había considerado la protección del acreedor que primero entregó el dinero, frente a quien solo lo era de una expectativa; Ahora, a la cuestión central de quién tiene preferencia, se une la disyuntiva de si es preferente el primero que hipoteca bajo condición, o si lo es el acreedor posterior pero que entrega el dinero prestado y recibe la hipoteca.

Y aquí da un paso hacia adelante reconociendo la preferencia del primer acreedor, aunque el cumplimiento de la condición se produjera después de entrar en el juego crediticio un nuevo acreedor, de ahí que el fragmento añada:

*quum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset.*

La respuesta la basa sobre la idea de que cumplida la condición se considera como si la obligación hubiera nacido como pura desde el momento de la constitución de la misma. Pero en realidad, la solución a la que llega no lo es directamente por reconocer la prioridad en el rango de la primera hipoteca, sino porque conviene en aceptar la protección de las obligaciones en cuanto éstas están en condiciones de ser reconocidas como tales.

Si confrontamos ambos fragmentos podemos ver como en D.20.4.11.pr, se reconoce la preferencia en favor de quien primero efectivamente prestó el dinero aunque hubiera un convenio anterior, por ser éste una mera promesa de mutuo, y como tal sin *datio rei*<sup>47</sup>.

En cambio en D.20.4.11.1 reconoce protección a la hipoteca que garantiza la obligación bajo condición, en tanto que ésta se cumple<sup>48</sup>, aunque antes de producirse el

<sup>47</sup> Todo crédito y más que ninguno el nacido del mutuo descansa siempre en una *datio pecuniae* absolutamente imprescindible. Sin *datio o numeratio* no podía existir la obligación matriz.. No debemos olvidar la accesoria de los derechos reales de garantía, ni el *pignus* llegaría a nacer ni podría hablarse tampoco de prioridad de rango ni de expectativas protegibles...". MURGA GENER, "Una aparente contradicción...", op. cit., p. 864.

<sup>48</sup> Por eso, la prioridad en el rango lo es desde la constitución de la hipoteca y no desde el momento de cumplimiento de la condición. Véase MIQUEL, "El rango hipotecario en ...", op. Cit. p. 283.

cumplimiento se constituyera otra posterior. Pero aquí sí que encontramos trazas de la aplicación de la prioridad, en tanto que ésta actúa sobre obligaciones ya perfectamente constituidas. Pendiente la condición en la primera; obligación pura en la segunda. Esto nos permite pensar, que la regla de la prioridad actúa concediendo preferencia a quien lo es en el tiempo, siempre y cuando se trate de obligaciones ya constituidas, susceptibles de protección y se produzca la concurrencia hipotecaria sobre las mismas cosas que hubiera hipotecado el constituyente. Cosas de las cuales habría de tener la disponibilidad el hipotecante deudor, porque, ¿Qué ocurriría si las cosas no estuvieran *in bonis* del hipotecante?.

Esta es la cuestión que vamos a tratar de examinar con el fragmento siguiente.

#### 5. B. 4.- D.20.3.4.

El texto de Paulo de D.20.3.4<sup>49</sup>:

*Titius quum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit; deinde postquam quasdam es his rebus vendidisset accepit pecuniam; quaesitum est, an et prius res venditae tenerentur? Respondit, quum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.*

En este fragmento de Paulo se contempla un supuesto protagonizado por Ticio y Mevio, en el cual Ticio tenía necesidad de dinero de Mevio. Para ello le entrega caución y señala algunas cosas a hipotecar; cosas que vende a continuación, recibiendo el dinero después. La cuestión que se plantea es, si ¿es posible que la hipoteca recayera sobre las cosas que habían sido enajenadas?.

Responde Paulo, que hay que atender al tiempo en que se recibe el dinero, para considerar constituido el *pignus: quo pecunia numerata est*. Pero ésta, que es la cuestión central, no es la única ya que en torno a este fragmento surgen otras varias cuestiones. Entre las cuales se puede encontrar entre otras, el sentido que tiene la caución; la posibilidad de hipoteca sobre cosas vendidas y situación en que se

---

<sup>49</sup>PAULUS, *Lib. V Responsarum*.

encuentran dichas cosas; momento de constitución de la hipoteca; y por último, similitudes y diferencias que presenta el texto con los anteriores ya examinados.

#### 5. B. 4. a) El sentido que tiene la caución.

El fragmento utiliza la expresión *cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit*, para indicarnos que Ticio dio caución a Mevio y determinó concretar algunas cosas que quedarían hipotecadas.

Pero aquí la utilización de la *cautio* no puede ser identificada con una *stipulatio*<sup>50</sup>, puesto que de ser así implicaría ya la constitución de una autentica obligación<sup>51</sup>. Esto haría incongruente la solución pauliana puesto que aclararía que las cosas estaban ya sujetas a la garantía hipotecaria antes de la venta y consiguientemente convertiría en innecesaria la cuestión central: *quaesitum est, an et prius res venditae tenerentur?*. Esto es, ¿estarían obligadas al acreedor las cosas vendidas antes?.

*Cavit* parece apuntar a la entrega de un recibo o documento por el deudor al acreedor antes de recibir el dinero<sup>52</sup>. Aunque por el contrario Frezza<sup>53</sup> considera que *cavere* indica un contrato preliminar de préstamo futuro, ofreciendo base suficiente sobre la que constituir el *pignus*. De ello se puede deducir que en D.20.4.11.pr y en D.20.3.4 a pesar de ser casos parecidos las soluciones son contrapuestas<sup>54</sup>.

Podemos pensar que el texto al separar caución y determinación de constituir hipoteca - *cavit et hypothecae*- trata de separar claramente ambos conceptos. Existe con ello pues, una plena coincidencia de Paulo y Gayo en la interpretación de los supuestos: Antes de la *datio rei* no hay mutuo y por tanto ninguna obligación a garantizar. En el *pignus* antes de producirse la entrega de *numeratio pecuniae* simplemente no existe; y por tanto no produce efectos.

---

<sup>50</sup>Por tanto no se trata de la llamada *cautio stipulatoria*.

<sup>51</sup>Según vimos *supra* al comentar D.20.4.11.pr.

<sup>52</sup>MIQUEL, "El rango hipotecario en ...", op. Cit., p. 282, n. 220; LEVY, "Weströmisches Vulgarrecht", SZ 70 (1953), p. 223, n. 31).

<sup>53</sup>FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 2, Padova 1963, p. 159 ss.

<sup>54</sup>En contra MURGA GENER, "Una aparente contradicción...", op. Cit., p. 864, n. 7.

**5. B. 4. b) La posibilidad de hipoteca de las cosas vendidas.**

Lo anterior nos lleva a la cuestión siguiente: ¿Se puede pensar que las cosas vendidas estuvieran sujetas a hipoteca en favor del acreedor?. La respuesta de Paulo a pesar de ser un tanto obscura es negativa: La obligación de prenda se contrae al tiempo de la entrega del dinero *-obligationem contractam videri quo pecunia numerata est-*.

La razón que da para ello estriba en que el deudor pudo no recibir el dinero, puesto que estaba dentro de sus facultades no aceptarlo: *quum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere*.

Es extraña esta expresión, porque parecería que las cosas estarían sujetas a la hipoteca o no, al puro arbitrio del deudor. Lo que evidentemente es posible si el *mutuo accipiens* no aceptase recibir el dinero, ya que en tal caso no podríamos hablar de que se hubiera constituido obligación alguna<sup>55</sup>. El pretendido mutuante no puede obligar al deudor a aceptar el dinero; y el mutuario solo es a partir de la entrega del mismo. Por tanto, solo a partir de este segundo momento de constitución de la obligación es cuando se produce la *pignoris conventio*. Es posible que la solución ni siquiera sea del propio Paulo, y que se trate de un añadido posterior.

**5. B. 4. c) Momento de constitución de la hipoteca.**

Es cierto de Regelsberger<sup>56</sup>, diferencia entre el momento en el cual la cosa queda obligada y el momento de constitución de la hipoteca. Esto facilitaría la obtención de ciertas ventajas sobre todo cara al rango hipotecario. Pero esta apreciación choca con las fuentes<sup>57</sup> que consideran como momento decisivo para la determinación de la

<sup>55</sup> Aunque en algún caso el mutuo puede estar pendiente de ser confirmado por un hecho posterior, como es el caso de D.12.1.8 (*POMPONIUS, Lib. VI ex Plautio*): *Proinde mutui datio interdum pendet ut ex post facto confirmetur veluti si dem tibi mutuos sumos, ut si condictio aliqua extiterit tui fiant sisque mihi obligatus*.

Esto es, que en algunos casos hay entrega de dinero aunque la confirmación de que tal entrega sea precisamente a título de mutuo puede quedar pendiente de algún hecho posterior.

<sup>56</sup> REGELSBERGER, *Zur Lehre vom...*, op. Cit., p. 14.

<sup>57</sup> Así en D.20.3.1.2 *:si praedium quis litigiosum pignori acceperit...*  
o en D.20.2.9: *...quae ex conventione manifestarii pignoris nomine tenentur...*

prioridad, el momento en que la cosa queda sujeta al cumplimiento de la obligación, y éste no puede ser concebido de forma tal -como ya vimos<sup>58</sup>- que su efectividad dependa del puro arbitrio del deudor.

#### 5. B. 4. d) En cuanto a la situación de las cosas vendidas.

Hemos de tener presente, que si partimos de la base que en el momento de la venta aún no había recibido Ticio el dinero, la afección de las cosas no era tal, porque que antes de la *numeratio* no podía haber *pignus*. Por tanto, Mevio no podía pretender legitimación para perseguir las cosas enajenadas<sup>59</sup>, puesto que el deudor todavía podía enajenar las cosas sobre las cuales tenía la libre disposición<sup>60</sup>.

La cuestión que podría hacernos dudar es si ese destino de las cosas a ser hipotecadas en favor de Mevio, ¿implica sujeción de las mismas?.

Pensar que las cosas estaban afectadas a la sujeción hipotecaria iría en contra de la consideración de la hipoteca como derecho accesorio. Esto es como pensar en que se podría basar en una *stipulatio abstracta*. Sin embargo, la hipoteca como todo derecho de garantía parte de la necesidad de garantizar una obligación principal y para ello es necesario que ésta exista y que sea lícita.

---

<sup>58</sup>Vid. *Supra* al tratar de D.20.4.9:

...*si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.*

<sup>59</sup>Contra ellas no podría accionar con la *actio Serviana utilis*, ni siquiera con la *exceptio priori utilis est*, según D.20.4.12.pr.

<sup>60</sup>Posiblemente debido a una lógica evolución de la propia figura del *pignus*, cuyos viejos esquemas republicanos eran ya casi irreconocibles en época imperial, se llegó a entender que la *conventio pignoris* fuese válida desde el día de su concertación, si bien en todo lo relativo a la concreción final del objeto pignorado era necesario atenerse al momento de la exigibilidad de la obligación y a la consiguiente insolvencia del deudor pignoraticio. Por lo mismo, hasta ese instante tanto las cabezas de ganado como las mercaderías de la *taberna*, los *instrumenta fundi*, o los bienes patrimoniales sujetos a hipoteca general podían entrar y salir válidamente del conjunto global que constituía el *pignus*, sin más límite que el derivado de la *bona fides* que siempre debe presidir el acuerdo pignoraticio". MURGA GENER, "Una aparente contradicción...", op. cit., p. 867, n. 14.

Sobre la posibilidad de un *pignus* general que recayese sobre todos los bienes presentes y futuros, véase D.20.1.15.1 (*GAIUS, De form. hypoth.*); D.20.1.34.2 (*SCAEVOLA, XVIII Digest.*) y PAPIANUS en D.20.1.1.pr y D.20.4.2.



No creemos que se pueda pensar que en este caso las cosas hayan quedado sujetas a una obligación de prenda<sup>61</sup>. No se puede hablar de *obligatio pignus*, sino de *conventio pignoris* cuando de la constitución de una hipoteca se trata<sup>62</sup>. Tampoco se puede hablar de condición -y menos de *condicio iuris*- puesto que en puridad no se trata de un hecho, sino de todo un *negotio* lo que se va constituir en el futuro.

#### **5. B. 4. e) Por último, en cuanto a las similitudes y diferencias del texto examinado con los textos anteriores.**

Esta cuestión la vamos a examinar a continuación en un apartado independiente.

#### **5. B. 2.5.- Notas conclusivas.**

De los textos considerados se pueden inducir una serie de conclusiones:

Así en base a D.20.4.1.pr<sup>63</sup>, podemos pensar que tratándose de obligaciones no reales - en este caso una *stipulatio de restituenda dote*- en colisión con obligaciones reales, hay que atender a la naturaleza de la obligación para determinar el momento de constitución de la misma: la prioridad opera en favor de la obligación que primero se constituyó en el tiempo solo si es de la misma naturaleza.

Sin embargo en D.20.4.9.pr<sup>64</sup>, ante la duda de si la prioridad opera exclusivamente en función del elemento tiempo de constitución de la obligación, o si solo desde el momento en el cual la hipoteca recae sobre una obligación protegible, Africano opta

---

<sup>61</sup> Apunta MURGA GENER en base a D.20.2.9 (PAUL. *De officio praef.*) la imposibilidad de manumitir a los esclavos dados en prenda. MURGA GENER, "Una aparente contradicción...", op. cit., p. 866.

En cambio si que podía hacerse con los que habitaban o estaban incluidos en los *invecta et illata* y aun en poder del deudor. Esto no podía darse en una *conventio pignoris*.

Así mismo apunta la posibilidad de poder el deudor enajenar ciertas cosas en casos especiales: Los *Corpora ex distantibus* (en base a D.41.3.30.2), en caso de *pignus* sobre establecimiento mercantil; o las mercancías en el caso del *pignus tabernae* (D.20.1.34.pr) donde podían ser enajenadas las cosas no obstante la sujeción a la garantía hipotecaria. (Véase VALLET DE GOYTISOLO, "*Pygnus tabernae* (Raíz de un problema actual en un texto de SCAEVOLA)", *ADC*, 6 (1953): "El problema de la prioridad entre los suministradores a crédito de las mercancías y los acreedores garantizados con prenda o hipoteca sobre la universalidad de las mercancías..", p. 828 ss.

<sup>62</sup> La tesis contraria fue defendida por MEDICUS, *Is quod interest*, Colonia-Graz 1962, p. 45 ss.

<sup>63</sup> PAPIANUS, *Lib. VIII Quaestionum: qui dotem pro muliere promisit...*

<sup>64</sup> AFRICANUS, *Lib. VIII Quaestionum: qui balneum ex kalendis proximis conduxerat...*

por la protección de la obligación primera por ser un derecho bajo condición -si bien aún pendiente- pero ya diferente de una mera expectativa y por ende protegible.

Aunque Gayo<sup>65</sup> opta aparentemente por la tesis opuesta, esta pretendida diferencia de tratamiento descansa también en una diferencia en cuanto a las obligaciones protegibles. En el caso del texto de Africano<sup>66</sup>, se protege una posibilidad o expectativa del arrendador pero ello lo es sobre la base de una obligación previa ya constituida, si bien pendiente de cumplimiento: la obligación de pagar el alquiler.

Tanto Gayo como Paulo<sup>67</sup>, por el contrario parten de un criterio más tradicional: Una obligación -y más si es del tipo de las reales- solo es protegible a partir del momento en el cual ésta queda constituida. Pero ello no implica una diferencia de tratamiento respecto de Africano, sino por el contrario tanto en uno como en otro caso lo es porque la obligación que se garantiza con la hipoteca ya quedó previamente convenida: en el caso de Africano porque nació *solo consensu*, en el de Gayo y Paulo mediante la *datio rei*. En todos ellos, la relación crediticia ya existía con independencia de la exigibilidad de la obligación que se protege. Exigibilidad solo posible, en el caso del alquiler cuando resulte impagada; en el caso del préstamo cuando se entregue el dinero<sup>68</sup>.

En cualquier caso, la protección de la prioridad opera frente a quien sea segundo acreedor, que lo sea de una obligación posterior. En definitiva, la preferencia y prioridad en el rango parece ser una consecuencia del reconocimiento -y consiguiente protección vía tuitiva procesal- de la obligación. Ello hace comprensible la necesidad de acudir al pretor cuando la protección no está clara o es liviana la consistencia de su defensa.

En definitiva, es necesario acudir a la propia naturaleza de la obligación y al momento de su constitución para determinar la prioridad<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup>D.20.4.11.pr.

<sup>66</sup>D.20.4.9.pr.

<sup>67</sup>D.20.4.11.pr y D.20.3.4 respectivamente.

<sup>68</sup>Esto supone que la efectividad de la hipoteca opera siempre *ex nunc* a partir de la correspondiente *datio* en su caso. Véase MURGA GENER, "Una aparente contradicción...", op. Cit., p. 868.

<sup>69</sup>Entiendo que la verdadera razón que se esconde tanto en la preferencia hipotecaria de un *locator*, que incluso todavía no dispone de un crédito exigible por no haber llegado el *dies solutionis*, como de los acreedores que lo son por una *obligatio verbis* estriba en la propia naturaleza de las (propias)

En cuanto a la posible objeción de la *cautio*, a la que alude D.20.3.4 como ya vimos al comentar dicho fragmento, tiene un sentido de recibo o documento de prueba emitido por el deudor sin poder acoger las tesis de Frezza<sup>70</sup> por contradictorias con las solución pauliana<sup>71</sup>.

### V. A. 3.- EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE PRIORIDAD.

El principio de prioridad temporal -que acabamos de examinar- formulado en la regla *prior tempore potior iure*, va a sufrir numerosas excepciones que a grandes rasgos podemos fundar bien en el privilegio o bien en el documento.

Pero antes de tratar de los privilegios, es necesario adoptar algunas precauciones. En primer lugar por el propio termino *privilegium*<sup>72</sup> de *privus*, privado, como especial disposición referida a un particular, con un sentido favorable o desfavorable según la épocas; por otra parte, el derecho clásico no garantizaba a los acreedores -aún privilegiados- contra el peligro de la existencia de otros acreedores<sup>73</sup>, como consecuencia del régimen de clandestinidad en las garantías hipotecarias fundado sobre

---

obligaciones...". MURGA GENER, "Una aparente contradicción...", op. cit. p. 872.

<sup>70</sup>FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni...*, op. Cit., p. 159 ss.

<sup>71</sup>Aunque es cierto -como señala MURGA- la utilización de las expresiones *cautio* y *cavere* en el sentido de documento probatorio de reconocimiento de la propia deuda, creemos improbable la constitución de un pre-contrato de préstamo que tuviera los mismos efectos y protección que si el mutuo se hubiese en verdad constituido. MURGA GENER, "Una aparente contradicción...", op. cit. p. 872. Sobre este punto véase DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Roma 1935.

<sup>72</sup>Así en la ley de las XII Tablas se prohíben los privilegios (*privilegia ne irrogato*, tabla IX,1), mientras que a finales de la República aun conserva el sentido desfavorable (*Lex Clodia*, ann. 58 a. C.). Paulatinamente durante el Principado comienza a abrirse paso la consideración de algo favorable o desfavorable según los casos hasta decantarse en el Bajo imperio por el sentido de regla o disposición legal en favor de una persona por contraposición al derecho común. ANDREOLI, *Dei privilegi*, Bologna-Roma 1960; TUCCI, *Y privilegi*, Torino, 1985, p. 452.

<sup>73</sup>SOLAZZI, "Il crediti privilegiati in D.15.1.52 e 14.5.3", *SDHI*, 16 (1959), p. 276.

### LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN EL DERECHO ROMANO.

Luis Mariano Robles Velasco.

un sistema primigenio de publicidad posesoria<sup>74</sup>, y en la propia declaración del deudor hipotecante<sup>75</sup>, como vimos en capítulo anterior al tratar de los límites de la autonomía de la voluntad en relación a la segunda hipoteca<sup>76</sup>.

Un crédito, incluso hipotecario, con ese carácter de clandestinidad no contrastada públicamente, sugiere una prueba comprometida y difícil en concurso con otros créditos. De ahí la necesidad de marcar una preferencia crediticia fundada sobre una afección singular<sup>77</sup>, o cuando menos el establecimiento de unas reglas de preferencia claras fundadas sobre el privilegio o sobre una base documental. De cada una de estas preferencias, aunque sea brevemente, vamos a ocuparnos. Aunque quizás, dado lo extenso de dichas cuestiones sería conveniente abordarlo con más detenimiento en obra posterior.

### 3.1.- La prioridad por privilegio.

Al considerar la prioridad por privilegio no podemos dejar de advertir que los casos en los que se produce tales privilegios van a marcar una singularidad en la determinación del crédito hipotecario de tal forma, que van a inspirar con el sentido práctico de los juristas romanos una nueva vía de resolución de conflictos en el rango hipotecario, más que una quiebra en el principio de prioridad que supongan enfrentamientos entre acreedores.

---

<sup>74</sup>Basado en la regla *condicio melior possidentis* (D.20.1.10; D.43.33.1.1).

<sup>75</sup>D.20.1.34; D.20.6.9.1; D.20.1.15.2.

<sup>76</sup>Muy diferente es "La función primordial de la necesidad de una titulación pública (notarial y registral) la cual no es probar o garantizar el derecho de propiedad frente a terceros, sino servir de instrumento de organización del sistema financiero moderno y en particular de la ordenación del crédito, atribuyendo rango a los créditos y -pre-constituyendo la prueba del crédito y su oponibilidad en el concurso y en las tercerías..." (ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Granada, 1995, p. 123).

<sup>77</sup>ALVAREZ CAPEROCHIPI, *El Registro de la Propiedad...*, op. cit. p. 124.

De hecho algunos autores, como Andreoli, o Tucci<sup>78</sup> consideran que el privilegio supone una determinada forma de publicidad y esto sobre todo en materia de hipotecas. Ello significa alterar la igualdad de concurrencia entre los acreedores tanto ordinarios (*par conditio creditorum*) como hipotecarios al suponer una excepción del sistema de preferencias entre ellos.

Es cierto que los acreedores no son todos iguales, ni concurren en igualdad de trato. Son desiguales, y lo son en función del rango<sup>79</sup>, pero además lo son también por otras razones, como por razón de la personalidad pública, de la existencia de un interés general que va a protegerse, por razón de la propia utilización del crédito, o por concesión del propio poder, casos todos ellos que examinaremos con detenimiento en obra posterior.

### 3.2.- La prioridad documental.

Otra de las cuestiones que trataremos de responder en su momento al hilo del análisis de la Nov. 136.5 es la preferencia que obtiene la hipoteca allí contemplada, puesto que una constitución del emperador León disponía que la hipoteca constituida en documento publico *-instrumenta publicae confecta-* o en documento privado suscrito por tres testigos idóneos *-instrumenta quasi publice confecta-* se antepone a cualquier otra. Prioridades documentales éstas que tendremos ocasión de tratar en posterior ocasión.

---

<sup>78</sup> ANDREOLI, *Dei privilegi*, Bologna-Roma 1960; TUCCI, *Y privilegi*, Torino, 1985, p. 452, citados por ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El Registro de la Propiedad...*, op. cit. p. 127.

<sup>79</sup> Ya el propio rango supone una excepción por cuanto que todo crédito supone la afectación general de los bienes del deudor, mientras que el rango y el privilegio supone una afectación especial a unos bienes concretos del deudor, lo que supone en sí una excepción. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El Registro de la Propiedad...*, op. Cit. p. 128.

**SEGUNDA PARTE:  
LAS HIPOTECAS PRIVILEGIADAS.**

**CAPITULO V.- LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DEL FISCO.**

**1.- EL *PRIVILEGIUM FISCO*.**

1.1.- El origen del *privilegium*.

1.2.- Actuación del *privilegium fisci*.

1.3.- El *privilegium fisci* en relación a terceros.- Su transmisibilidad.

**2.- HIPOTECA EXPRESA EN FAVOR DEL FISCO.**

2.1.- Sobre los bienes de los que contratan con el fisco o son concesionarios públicos.

2.2.- Sobre los bienes de los contribuyentes.

**3.- HIPOTECA TÁCITA GENERAL SOBRE LOS BIENES DE LOS DEUDORES.**

**4.- CONCURRENCIA DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS A FAVOR DEL FISCO CON OTROS CRÉDITOS PREFERENTES.**

4.1.- Concurrencia de créditos en favor del Fisco con créditos anteriores.

4.2.- Concurrencia con acreedores posteriores basados en título anterior.

4.3.- Concurrencia de créditos Fisco-tutela.

## CAPÍTULO V.- LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DEL FISCO.

### 1.- EL *PRIVILEGIUM FISCO*.

Al tratar del Fisco y de sus privilegios es frecuente pensar, y para ello baste con acudir a algunos textos clásicos, en dos ideas en si muy diferentes pero coincidentes en su apreciación: una, la de la existencia de una posible hipoteca legal y general recayente sobre todos los bienes de los contribuyentes como algo natural; otra, la del reconocimiento de un tratamiento de privilegio del Fisco frente a otros acreedores.

Para tratar de justificar la primera idea, o sea, el reconocimiento de una hipoteca general sobre los bienes de los contribuyentes, es frecuente acudir al texto que recoge C.8.14(15).1<sup>1</sup>:

Texto donde se recoge una afirmación quizás demasiado general: “*todos los bienes de los censados quedan obligados en razón de los tributos por vía de prenda*”.

Parecida expresión se encuentra en el texto de Hermogeniano de D.49.14.46.3: *fiscus semper habet ius pignoris*<sup>2</sup>.

En este texto la utilización de *semper*<sup>3</sup> a la par que general, es históricamente inapropiada dando lugar a numerosas críticas. Esto sería inexplicable por si mismo sino fuera acudiendo a la historia del privilegio<sup>4</sup>. Miquel, aunque reconoce que el *fiscus* en sus relaciones con los particulares disfruta de algunos privilegios, sin embargo, advierte que ello no supone una quiebra del principio de prioridad<sup>5</sup>.

Donde aparece el desequilibrio es cuando se deja de hablar de *privilegium* y en su lugar aparece una hipoteca legal en favor del Fisco sobre los bienes del deudor, junto al privilegio hipotecario que conlleva a favor del mismo. Pero hay que ser prudentes, debido a la mezcla que hacen los compiladores de las fuentes trasformando privilegios concursales en hipotecas tácitas y privilegiadas<sup>6</sup>, cuando en realidad, unas veces el Fisco hace uso de sus privilegios y otras no. Ello obedece al distinto tratamiento que reciben los créditos en favor del Fisco<sup>7</sup>, para llegar a considerar, si bien, ya al final de la época clásica lo que es una auténtica hipoteca legal.

<sup>1</sup> *Imp. ANTONINUS ann. 213.*

<sup>2</sup> *HERMOGENIANUS, Lib. VI Iuris epitomarum: “el Fisco siempre tiene un derecho de prenda”.*

<sup>3</sup> SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori nel Diritto Romano*, Napoli 1940, p. 142, n. 2.

<sup>4</sup> *Privilegium* (de *privus*, privado) no siempre tiene un sentido favorable, sino que por el contrario en origen es algo relativo a un particular de ahí que si bien en el derecho arcaico o incluso en la --- Republica tenía un sentido desfavorable -la propia Ley de las XII Tablas prohibía los *privilegia*- a partir del Principado significa tanto lo favorable como lo desfavorable, siendo considerado como una excepción al derecho comun. GARCIA GARRIDO, *Derecho Romano Privado. Casos, acciones instituciones*, MADRID 2.003, pp. 138 ss., n. 16, § 36.

<sup>5</sup> MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico", *AHDE*, 29 (1959), p. 284.

<sup>6</sup> MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano...", p. 285, n. 235.

<sup>7</sup> En dichos casos advierte que no se trata de una autentica hipoteca, MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano...", op. Cit., p. 285.

Lo anterior no es óbice para posibilitar la constitución de una hipoteca contractual en concurrencia con los demás acreedores<sup>8</sup>. Esto hace necesario que debamos plantearnos en primer lugar, el examen del origen del privilegio y su actuación, para después tratar de delimitar la cuestión de cuando el Fisco usa del privilegio y cuando se trata de una hipoteca<sup>9</sup>. En apartados posteriores nos ocuparemos de la evolución de esta garantía real, desde una hipoteca contractual expresa a la general y tácita recayente sobre todos los bienes de los contribuyentes.

### 1.1.- EL ORIGEN DEL *PRIVILEGIUM*.

Miquel al considerar al *fiscus* como patrimonio del *Princeps*, estima que estaría sometido a las reglas del derecho privado, a diferencia del *aerarium*, sometido a las reglas del derecho público, y por tanto desde este punto de vista niega que el Fisco rompa el principio de prioridad<sup>10</sup>. Para tratar de comprender esto, debemos aludir -si quiera sea brevemente- al origen de la recaudación y aportación de fondos al Fisco.

En la administración republicana de las finanzas del Estado Romano era desconocida la gestión directa de la cobranza de los tributos<sup>11</sup>. De ahí, la necesidad de que las propias leyes se aseguraran de la recaudación a través de unos concesionarios en la cobranza de los mismos<sup>12</sup>. Hasta ese momento, el Fisco no necesitaba asegurarse con una garantía sobre los bienes de los contribuyentes puesto que la recaudación de los tributos se gestionaba por una vía indirecta a través de las *societates publicanorum*<sup>13</sup>.

Cuando posteriormente la gestión se realiza directamente por el propio Fisco, es cuando se hace necesario dotarlo del amparo de un privilegio sobre los bienes de los contribuyentes. En realidad, el privilegio en favor del Fisco no actúa bajo los dictados de una hipoteca expresa sino "*como si hubiesen sido hipotecados*", considerando dicho privilegio como un derecho de embargo sobre los bienes del deudor<sup>14</sup>: este es el sentido de la *protopraxia*, que le atribuye Miquel<sup>15</sup>, el cual considera que en estos casos el Fisco no actúa bajo los dictados de una preferencia absoluta, en línea con las tesis de Mitteis<sup>16</sup>.

En realidad, este término (*protopraxia*) no tiene un origen romano, sino que procede del derecho provincial. Solazzi<sup>17</sup> apunta como en tiempos del jurisconsulto

<sup>8</sup> Sin embargo ya MITTEIS, considera que la intervención del Fisco siempre supone una alteración de la *relatio inter debitores fisci*. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, Leipzig 1908, p. 372.

<sup>9</sup> Aunque MIQUEL (MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano...,p. 285) parece reducirla a que cuando el Fisco usa del privilegio, la prioridad se resuelve por la *relatio inter debitores fisci* (en contra de la opinión de MITTEIS) y cuando de hipoteca se trate se requeriría acto de constitución, lo que determinaría la prioridad según la fecha de la misma. Sin duda sobre la base de la opinión de WIEACKER que considera la aparición del *ius pignoris* del Fisco en los comienzos del principado (Cfr. *De iure fisci*, 5 Edicto de Tiberio Alejandro, 68 d. C.). Además las fuentes usan la expresión *velunt pignoris iure* para considerar la afección de los bienes al Fisco. WIEACKER, --- *Protopraxie und ius pignori im klassischen Fiskalrecht*, Festschrift Koschaker I, Weimar 1939, pp. 238-240.

<sup>10</sup>

<sup>11</sup>

<sup>12</sup>

<sup>13</sup>

<sup>14</sup>

<sup>15</sup>

<sup>16</sup>

<sup>17</sup>



Marcelo, un cierto derecho de preferencia del Fisco parece pacíficamente admitido, sobre la base de D.48.13.14:

*peculatus nequaquam committitur si exigam ab eo pecuniam qui et mihi et fisco debet; no enim pecunia fisci intercipitur quae debitori eius aufertur scilicet quia manet debitor fisci nihilo minus*<sup>18</sup>.

Texto donde hace pensar que el jurisconsulto había expresado su opinión, según la cual el erario tendría carácter público y soberano, mientras que al Fisco lo coloca en una relación privada.

Sin embargo, es a partir de un edicto del prefecto Tiberio Julio Alejandro del año 68 d. C., cuando es innegable que la facultad antes mencionada aparece como una prerrogativa del Fisco en lo que el edicto del prefecto egipcio llama *protopraxia*. De esta forma, se podría sostener, que es procedente de Egipto y de las provincias de donde tal norma de preferencia había iniciado el camino que debería de llevarla a su inclusión en el derecho imperial<sup>19</sup>.

Sin embargo, considerar la *protopraxia* como un *privilegium exigendi* o un autentico derecho real<sup>20</sup> sin más, está en contradicción con las fuentes ya que no llegan atribuirle tal consideración, por cuanto que el Fisco no siempre tiene preferencia absoluta; sino que por el contrario ha de respetar los créditos anteriores. Por ello, es necesario comprobar la actuación del privilegio y sobre todo en concurrencia con otros acreedores.

Generalmente la actuación del Fisco, debería de ser dentro del marco de una ejecución recayente sobre los bienes de los deudores, en la cual el Fisco por su propia autoridad puede utilizar un sistema de privilegios propio de una ejecución colectiva (*privilegium exigendi*). De esta forma, el Fisco puede por su propia autoridad proceder contra el deudor y apropiarse de sus bienes<sup>21</sup>. Sin embargo, tal prevalencia del Fisco, como veremos a continuación con apoyo en las fuentes, no se puede afirmar que tuviera un carácter ilimitado en favor del mismo a pesar de opiniones como la de Solazzi<sup>22</sup>, que sobre la base de la imposibilidad de concebir un sistema válido de oposición a la acción directa del Fisco en concurso con otros acreedores, el Fisco obtendría la prioridad absoluta. Todo apunta, según Solazzi<sup>23</sup>, el *privilegium exigendi* actuaría en el concurso de acreedores en el curso de una ejecución colectiva.

Sin embargo, el decreto de ejecución obtenido por los otros acreedores seguramente no podría obligar al Fisco a abandonar el proceso *extra ordinem* y a insinuar su crédito en el sistema ordinario de la *bonorum venditio*. No obstante, los otros acreedores tendrían que dejar que el Fisco fuera satisfecho con el precio de los bienes pignorados. Solo después del concurso, podrían hacer efectivos sus derechos si

---

18

*que no obstante ésto, continua siendo deudor del Fisco*".

19

20

21

*Concorso dei creditori...*, op. Cit., , pp. 141.

22

23

existiera excedente sobre los bienes restantes. Fuera del *ordo iudiciorum* el privilegio del Fisco se explica como un derecho de prioridad en la *pignoris capio*.

El momento en el cual la gestión indirecta se sustituye por una gestión directa de los tributos encomendada a propios funcionarios del Estado Romano se puede situar al final del principado<sup>24</sup>. Momento en el cual cambia también el sistema de garantía de la gestión tributaria. Hasta entonces, el Fisco se sentía suficientemente garantizado con los bienes de los publicanos, como reconoce Marciano en D.39.4.16.12:

Esto es, el Fisco se satisface con los bienes de los publicanos o de los fiadores. Lo que quiere decir es que hasta ese momento, cuando el Fisco sucedía en los derechos de un particular usaba del derecho de los particulares. Para que el Fisco gozara de su propio privilegio era necesario que el crédito del Fisco fuera incluido en una relación entre los créditos de los demás deudores. Esta es al menos la opinión de Solazzi, para el cual el inicio del *privilegium exigendi* en favor del Fisco parte de la base que el Fisco ha de ser incluido en la *relatio inter debitores*<sup>26</sup>. No obstante, Mitteis<sup>27</sup> sobre la base de D.49.14.28 considera que el *privilegium exigendi* normalmente aparecía con el nacimiento del crédito.

Otros como es caso de Wieacker, piensan que este fragmento 28 no se refiere a este privilegio, que no podría prevalecer sobre el *pignus* anteriormente concedido en favor de aquellos que posteriormente se conviertan en deudores fiscales<sup>28</sup>. El fragmento en cuestión de D.49.14.28 de Ulpiano, que avala su opinión con la de Papiniano, es el siguiente:

*si qui mihi obligaverat quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciedum est in re postea acquisita fiscum potioem esse debere, Papinianum respondisse <quod et constitutum est> praevenit enim causam pignoris fiscus*<sup>29</sup>.

Un deudor que se había obligado tanto por los bienes presentes como por los que pudiera tener contrae obligaciones con el Fisco, estableciéndose una preferencia sobre los bienes que se adquieran con posterioridad, basándose para ello en la opinión de Papiniano, porque así fue prevenido en una constitución.

Sin embargo de otras fuentes resulta que el privilegio del Fisco no es tal que no deba de respetar otros privilegios, ni las reclamaciones del Fisco son siempre preferentes, ni gozan de un derecho de persecución ilimitado, pues aún cuando el Fisco detente una situación preponderante en la reclamación de sus créditos ello no significa que no deba de respetar otras situaciones crediticias, u otros créditos privilegiados como

---

24

25

26

27

28

29

ULPIANUS, *Lib. III Disputationum*: “ si el que habia quedado obligado con lo que tiene y con lo que hubiese de tener hubiere contratado con el Fisco, se ha de saber que según respondió Papiniano, que el Fisco debe de ser preferente en los bienes adquiridos después , lo que fue objeto de una constitución, porque el Fisco fue anterior por causa de prenda”.

podemos examinar en una constitución de Diocleciano y Maximiano del año 287 d. C. recogida en C.4.12.2:

Donde se separan las reclamaciones del Fisco por deudas personales -en este caso del marido-, las cuales solo pueden ir dirigidas contra su patrimonio personal, pero no contra el patrimonio del otro cónyuge, de tal forma que si por esta razón fuera inquietada la esposa, en cuanto probara su dominio sobre tales bienes se vetaría dicha actuación. Y por tanto no prosperarían las reclamaciones del Fisco sobre tales bienes.

Quizás esto fuera debido a una practica anterior y frecuente de obligar bienes de la esposa por obligaciones propias del marido. De ahí que ya antes, en época de los Severos (año 205 d. C.), en C.9.12.1 se calificaba de delito de *vis*, el pignorar bienes pertenecientes a la esposa por débitos del marido, o por obligaciones derivadas de cargo civil (debido a que al parecer el marido era un administrador de rango civil o funcionario imperial):

Solazzi no gusta de la alternativa "*debitum...vel civile munus*" porque se asimila en el tratamiento tanto si es un débito del marido, como si es una pura derivación de un "*civile munus*" o administrador de rango civil; quizás el rescripto debería de haber dicho "*vir qui civile munus administravit*" y la prenda contra la cual los Severos dictaron la pena de *vis* sería fruto de la copia de unos funcionarios<sup>32</sup>.

Similar solución adopta otra del año 213, recogida en C.7.73.1:

Texto en el cual ya recoge claramente la prefigurada la idea anterior: Si los bienes de marido fueran ocupados por el Fisco por causa de la administración primipilaria<sup>35</sup>, los bienes de la esposa serán separados y restituidos en cuanto probara que son de ella.

Una constitución posterior de los emperadores Diocleciano y Maximiano (284-305 d.C.) recogida en C.12.52(53).3, nos da la prueba de la limitación de la actuación del privilegio fiscal en los créditos de derecho publico del Fisco:

---

<sup>30</sup> *Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS ann. 287, C.4.12.2: "Las leyes vedan que las mujeres sean inquietadas por culpa de sus maridos. Por lo cual si probases que los bienes que fueron ocupados por el Fisco son de tu dominio, se seguirá el derecho publico".*

<sup>31</sup> *Imp. SEVERUS et ANTONINUS (ann. 205): "cometen violencia, los que por una deuda del marido o por un cargo civil constituyen en prenda los bienes de la mujer".*

<sup>32</sup>

<sup>33</sup>

*liquido probare* aparece en 4 rescritos de Caracalla (C.5.12.2.1; 6.21.1; 6.31.1.; 6.14.1) y en uno de Severo (C.3.31.2.1).

<sup>34</sup>

*son tuyos".*

<sup>35</sup>

FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni...*, op. Cit., p. 271.

*utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus: et ideo si constiterit fisco satisfactum esse ob causam primipili, poteris obligatam tibi possessionem dotis titulo petere, ut satis doti fieri possit*<sup>36</sup>.

Esto es, más que decir que los créditos tributarios gozarían de una preferencia absoluta sobre los créditos de derecho privado, les concede una protección privilegiada a igual que la de la dote. En otros términos el privilegio del Fisco por los créditos del derecho privado y la hipoteca de la mujer por la restitución de la dote gozan de igual privilegio<sup>37</sup>.

Esta equiparación con la dote<sup>38</sup> de los créditos en favor del Fisco supone que el privilegio del Fisco debe de respetar el principio de prioridad tal y como resulta de C.7.73.4:

*si debitor cuius fundum fuisse et ipse confiteris prius eum distraxit, quam fisco aliquid debuit, inquietandum te non esse procurator meus cognoscat. Nam etsi postea debitor existit non ideo tamen ea, quae de dominio eius excesserunt pignoris iure fisco potuerunt obligari*<sup>39</sup>.

Donde un deudor, antes de contraer deudas con el Fisco, vende un fundo, el cual no puede quedar sujeto al derecho de prenda en favor del Fisco, puesto que tal bien ya salió del dominio del vendedor antes de ser deudor del Fisco. No teniendo pues, el Fisco ningún derecho sobre los bienes que ya no son del deudor por la venta realizada anteriormente.

Este texto nos llevaría a tratar del *privilegium fisci* en relación con la aparición de un tercer adquirente de los bienes del deudor.

Si bien el privilegio del Fisco no es suficiente para invalidar los actos anteriores, ni ir en contra de los derechos de tercero, sobre todo si se basan en actos anteriores al derecho del Fisco. En cambio, nada le impediría reclamar basado en su propio derecho, en cuanto se trate de actos posteriores, en cuanto que la enajenación posterior de los bienes sobre los que ya recae un derecho en favor del Fisco no pueden perjudicar a éste.

Así en C.7.73.6:

*quum patrem tuum fisci debitorem fuisse demonstras eumque nubenti tibi possessionem dedisse alleges, procuratorem ius fisci exsequentem eam iure pignoris revocare potuisse intelligis*<sup>40</sup>.

---

36

37

38

39

*puieron, sin embargo, quedar por lo mismo obligados al Fisco por derecho de prenda los bienes que salieron de su dominio”.*

40

*derecho de prenda”.*

En este caso, el padre ya era deudor del Fisco antes de entregar la posesión de un fundo por matrimonio, y en consecuencia el procurador pudo reclamar sobre la base de *eam iure pignoris*<sup>41</sup>. Lo que supone que el *privilegium fisci* afecta a los actos posteriores. La enajenación posterior de los bienes sujetos al privilegio del Fisco no impide a éste reclamarlos<sup>42</sup>.

El privilegio actúa en favor del Fisco, siempre y cuando sea el propio Fisco quien reclame sus derechos directamente. Sin embargo, ello no es obstáculo para que tales derechos en favor del Fisco puedan ser cedidos a un particular. La cuestión que se podría plantear es si en tal caso el particular beneficiario podría también gozar de los mismos derechos que gozaba el Fisco-cedente.

Una constitución del 259 d. C. recogida en C.7.73.7 parece aludir a esta cuestión:

*inquietari*<sup>43</sup>.

En dicho texto, los terceros adjudicatarios de los derechos del Fisco por haber pagado las deudas de un deudor, no pueden ser perseguidos por los acreedores del mismo, frente a los cuales el Fisco era considerado preferente. Esto significaría que la cesión de los derechos del Fisco supone también la cesión de la preferencia frente a los demás acreedores.

Y aunque la otra cuestión, la de la asunción por el Fisco de las deudas de los particulares, quedaría fuera del marco de nuestro estudio sobre el privilegio del Fisco, indirectamente se alude a la transmisibilidad en favor del Fisco de deudas de particulares en D.22.1.17.6:

*si debitores qui minores semissibus praestabant usuras, fisci esse coeperunt, postquam ad fiscum transierunt, semisses cogendi sunt praestare*<sup>44</sup>.

En dicho texto, examina la posibilidad de que unos deudores que pagaban ciertos intereses a sus acreedores, -la tasa del seis o de otro tipo de interés es indiferente-, y que pasaron a ser deudores del Fisco quedaron obligados a pagar intereses en cuanto lo fueran del Fisco.

Un texto similar se encuentra en C. 10.8.3

*centesimae partem a debitoribus suis minime exigat, sive principaliter ei*

---

41

42

acreedor que recibe dinero de su deudor ha de ser restituido al --Fisco sin los intereses, ya que éstos solo son exigibles si se trataran de intereses pactados o contratados.

43

*considerado preferente, los bienes que por tal titulo tienes”.*

44

*promiserunt, sive a prioribus suis creditoribus actiones ad eum quocunque modo devolutae sunt*<sup>45</sup>.

Donde se mantiene la misma promesa, tanto si el acreedor principal lo hubiera prometido (*principaliter ei promisserunt*), como si le fueran cedidas las acciones por los acreedores anteriores (*a prioribus suis creditoribus actiones ad eum quocunque modo devolutae sunt*). Lo interesante es que el Fisco asume la limitación de no ir mas allá de la exigencia a los deudores de lo prometido por el acreedor principal.

La cuestión de la transmisibilidad nos lleva a examinar la posibilidad de la asunción del debito fiscal por otros. Esto es: ¿es posible que en el caso de haber asumido el debito fiscal un tercero, le fuera transmitida la *persequitio bonorum*?

Posibilidad ésta también contemplada a través de las fuentes, concretamente en D.49.14.45.9:

*qui pro alio a fisco conventus debitum exsolvit, non inique postulat persecutionem bonorum eius, pro quo solvit; in quo etiam adiuvari per officium solet*<sup>46</sup>.

Texto<sup>47</sup> en el cual -si prescindimos del inciso final (*in quo etiam adiuvari per officium solet*) que no añade nada nuevo a la idea principal- atribuye a quien en lugar de otro paga una deuda reclamada por el Fisco, la facultad de perseguir los bienes de aquel por el que pagó. Esto significa conceder la *persequitio bonorum eius pro quo solvit*. Vía que probablemente pronto daría lugar a situaciones de abuso que necesitarían de las oportunas correcciones. De ahí que la *persequitio bonorum* es concedida, siempre y cuando no represente un fraude, como resulta de algunas constituciones imperiales posteriores.

Así en C.7.8.2:

*libertas a debitore fisci servo data qui pignori non est ex conventione speciali, sed tantum privilegio fisci obligatus non aliter infirmatur, quam si hoc fraudis consilio effectum detegatur*<sup>48</sup>.

A pesar de que el fragmento permite la validez de la libertad concedida -siempre y cuando el esclavo no hubiera sido objeto de prenda convencional (*non est ex conventione speciali*)-, quedaría sujeto al privilegio del Fisco (*privilegio fisci obligatus*), pero teniendo presente que la concesión de la manumisión concedida por el deudor del Fisco puede quedar anulada si fuera hecha con animo de fraude<sup>49</sup>.

O en C.7.8.3, donde plantea un caso semejante al anterior:

---

45

*tampoco el Fisco exija de ninguna manera a sus deudores mas de la mitad, tanto si se --los prometieron como acreedor principal, o bien si se fueron cedidas las acciones por sus anteriores acreedores*".--

46

47

48

Impp. SEVERUS et ANTONINUS : "La libertad dada por un deudor del Fisco a un esclavo que no está en prenda por especial convención, sino solamente obligado por privilegio del Fisco no se invalida de otra suerte, sino si se descubriera que esto fue hecho con designio de fraude".

49

está sujeta *pignoris iure*, según Paulo, el Fisco no tiene ningún derecho, en cuanto que hubiese alcanzado de todos modos sus libertades, dado que fue adquirida en su momento bajo condición de manumitirla, puesto que en la venta se incluyó la cláusula *ut manumitteret*. Por otra parte, sobre la cuestión de si el *privilegium exigendi* comprende las manumisiones fraudulentas o toda clase de manumisiones, vid. MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano...", op. Cit., p. 289, n. 250.

En este supuesto el esclavo puede ser manumitido, aun a pesar de la existencia de una sujeción de los bienes presentes y futuros *-quae habet quaeque habiturus esset-*. Pero esto no sería posible si se tratara de una prenda especial *-pignoris iure specialiter-*, ya que en tal caso quedaría especialmente obligado.

En ambos textos se contemplan sendos casos de manumisión de un esclavo junto con una situación de prenda de los bienes. Pero tanto en C.7.8.2, como en C.7.8.3 se declara sin efecto la manumisión de los esclavos que estuvieran obligados en virtud de una afección especial de los bienes<sup>51</sup>; por otra parte, en C.7.8.3 se declara la imposibilidad de conceder la libertad cuando se trata de un derecho de prenda especial (*pignoris iure specialiter*).

Otros fragmentos plantean supuestos similares, como es el caso de C.7.8.6: *si tutor tuus de pecunia tua servos emptos manumisit, quoniam huiusmodi servi, sicut ceterae res pupillaribus pecuniis emptae, iure pignoris ex constitutione divorum parentum meorum obligati sunt, favore pupillorum liberi facti non sunt*<sup>52</sup>.

Aquí la manumisión es concedida por el tutor sobre esclavos pertenecientes al patrimonio del pupilo, y por tanto obligados a resultas de la tutela en virtud de un derecho de prenda general, aunque no especial. Tal manumisión no es válida.

Las diferencias entre unos y otros casos, podrían ser aclaradas si entendemos que cuando en C.7.8.2 distingue entre *ex conventione speciali* y *privilegio fisci obligatur* se está haciendo una sutil distinción entre la prenda por convención especial o expresa y el privilegio del Fisco<sup>53</sup>, considerado como un *pignus generaliter*<sup>54</sup> al que también se refiere C.7.8.6-*iure pignoris ex constitutione*<sup>55</sup> - si bien en este último caso, se trataría de una prenda general a resultas de la institución tutelar. Sin embargo, aquí se trata de un derecho de prenda legal, puesto que es concedida *ex lege*.

Esto nos llevaría a analizar mas determinadamente cuándo nos encontramos con una hipoteca expresa, cuándo una hipoteca tácita y general, y el supuesto de concurrencia con otros créditos hipotecarios. Cuestiones de las que vamos a intentar ocuparnos a continuación.

## 2. HIPOTECA EXPRESA EN FAVOR DEL FISCO.-

### 2.1.- HIPOTECA EXPRESA SOBRE LOS BIENES DE LOS QUE CONTRATAN CON EL FISCO O SON CONCESIONARIOS PÚBLICOS.

---

50

*prenda fueron entregados u obligados especialmente”.*

51

52

*Constitución de mis Divinos Padres, no pudieron ser libres en consideración a los pupilos”.*

53

54

55

Vimos cómo en un principio, el Estado Romano carecía de un sistema de gestión directa de recaudación de los tributos, al contrario de lo que suele ser la tónica de un Estado moderno. La recaudación solía encomendarse a particulares o *publicani*, los cuales bien a través del arrendamiento de sus servicios, bien a través de las *societas publicanorum*<sup>56</sup> eran los encargados de la recaudación. A cambio de tener encomendada esta gestión de los tributos debían de prestar una garantía, lógica exigencia frente a las posibilidades de abuso por parte de los *publicani*<sup>57</sup>.

Esto nos sitúa sobre el texto de Paulo de D.46.1.68.1:

*pro Aurelio Romulo, conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant, bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat et conveniebat fideiussores tam in sortem, quam in usuras, qui deprecabantur; lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem decrevit fideiussores in usuras non teneri, sed quidquid ex bonis fuisset redactum prius in usuras cedere reliquum in sortem; et ita in id quod defuisset, fideiussores conveniendos exemplo pignorum a creditore distractorum*<sup>58</sup>.

En favor de Aurelio Romulo habían salido como fiadores al ciento por año, Petronio Talo y otros. El Fisco ocupa los bienes de Romulo y demanda a los fiadores tanto por el capital como por los intereses. Al leer la escritura de afianzamiento resulta que tales fiadores se habían obligado por los intereses, no por todo el arrendamiento. Según Paulo, si de la escritura resulta que no se había obligado por el total de lo recaudado, los fiadores no podían estar obligados por el total, sino que del producto de los bienes se imputaría primero a los intereses debidos y después al capital. Y en lo que faltara se exigiría a los fiadores<sup>59</sup>.

Si prescindimos del problema de si los fiadores debían de ser demandados o no, o si la sujeción de las rentas obtenidas se aplicaría primero al capital o a los intereses, lo interesante para nuestro estudio son las primeras palabras: *pro Aurelio Romulo, conductore vectigalis*. Estamos pues ante un arrendatario de tributos o un concesionario de un servicio de recaudación. Sobre los bienes de Romulo recae un derecho de especial afección. No se trata pues de una prenda general y tácita aún, puesto que el texto claramente alude a la ocupación de los bienes de Romulo por el Fisco (*bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat...*) y esto sería impensable en una sujeción *ius generaliter pignoris* o simplemente en el uso de un *privilegium fisci*.

---

56

publicanorum, *AHDE* 19 (1948-49), pp. 218 ss.

57

gestión de los impuestos que respondían con garantías y actuaban a veces en grupo a modo de sociedades. ROSTOWZEFF, *Social and economic History of the hellenistic world*, Oxford 1957, pp. 273 ss.

58

*tanto por el capital como por los intereses, los cuales reclamaban. Leída la escritura de afianzamiento, como quiera que se habían obligado solamente por ciento al año, no por todo el arrendamiento, se decretó que los fiadores no estaban obligados a los interés, sino que todo lo que se hubiese obtenido de los bienes fuese aplicado primeramente a los intereses y el resto al capital; y que así debían ser demandados los fiadores por lo que hubiese faltado, a igual que cuando las prendas son vendidas por el acreedor*".

59



Se trata pues de una prenda especial y expresa<sup>60</sup>, a igual que en el texto ya analizado de C.7.73.1<sup>61</sup>: donde el marido es un recaudador y por ello el Fisco tiene un derecho a ocupar los bienes a resultas de la administración y recaudación de los tributos. Este derecho de prenda especial recae sobre los bienes de Romulo (*ex bonis fuisset redactum*) y garantiza el derecho del Fisco a la recaudación de los *Vectigalia*.

En el año 213 d. C. sendas constituciones de Antonino Caracalla se ocupan así mismo de la cuestión de la hipoteca a favor del Fisco sobre los bienes de los que contratan con él, recogidas en C.7.73.2 y en C.7.73.3.

En C.7.73.2:

*quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si prius, quam res eius tibi obligarentur, cum fisco contraxit, ius fisci causam tuam praevenit. quodsi post bonorum eius obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci*<sup>62</sup>.

Aquí se plantea la cuestión de la preferencia entre la reclamación de la esposa por causa de la devolución de la dote y el derecho de prenda en favor del Fisco. Sigue aquí la regla de respetar la prioridad temporal, puesto que se contrató con el Fisco antes, y por tanto proclama la preferencia del derecho del Fisco frente a las reclamaciones por razón de la dote. Pensar en la situación contraria, esto es, qué ocurriría si los bienes de quien fuera contratista hubieran quedado obligados en momento posterior, daría lugar a otro tipo de respuesta: cesaría en tal caso el privilegio del Fisco<sup>63</sup>.

Solazzi piensa que aquí el privilegio del Fisco reviste un carácter especial y anómalo. Para ello trata de demostrar que *...quodsi post bonorum eius, obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci*, representa una adición al rescrito de Caracalla<sup>64</sup>. Aunque en realidad, ello no es sino confirmación de la idea ya expresada, que no siempre el privilegio del Fisco es preferente y que no actúa frente a créditos anteriores y más si tales créditos son privilegiados. Por otra parte, la conclusión de Solazzi si que sería aceptable si distinguiera entre la ejecución ordinaria y la extraordinaria: mientras en la ejecución extraordinaria o derecho de prenda especial, el Fisco tiene un derecho preferente sobre los bienes, en la ejecución ordinaria *o privilegium exigendi*, lo que tiene es un derecho prevalente a cobrar.

En C.7.73.3 la situación es similar, pero la respuesta es mucho mas elaborada:

*si quum pecuniam pro marito solveres, neque ius fisci in te transferri impetrasti, neque pignoris causa domum vel aliud quid ab eo accepisti, habes personalem actionem, nec potes praeferrere fisci rationibus, a quo*

---

60

61

62

*anterior a tu causa. Pero si después de la obligación de sus bienes comenzó a estar obligado respecto a mis cuentas, cesa el privilegio del Fisco sobre sus bienes”.*

63

*pignori...*, op. Cit. p. 247, Cit. Por SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, op. Cit., p. 140, n. 2.

64

*dicis ei vectigal denuo locatum esse, quum eo pacto universa, quae habet habitve eo tempore quo ad conductionem accessit, pignoris iure fisco tenentur*<sup>65</sup>. <Salva igitur indemnitate fisci, debitorem tuum pro pecunia quam pro eo fisco solvisti, more solito convenire non prohiberis><sup>66</sup>.

El marido es arrendatario de contribuciones (*vectigal denuo locatum esse*), y bajo ese título contrae una hipoteca general (*pacta universa*) sobre todos los bienes habidos o por tener al tiempo que accedió al arrendamiento. Incidentalmente, niega la demanda de la mujer por reclamación de cantidad al marido, ya que tal demanda debe de reconducirla por la vía de las acciones personales. Ello a menos, que hubiese una previa transmisión de los derechos del Fisco a su favor, o que tuviera un derecho de prenda anterior sobre la vivienda, o de cualquier otro derecho similar contraído con anterioridad (*ab eo accepisti*). La razón está en que el privilegio del Fisco no podía prevalecer sobre el *pignus* anteriormente contraído en favor de aquellos que después se convirtieron en deudores fiscales<sup>67</sup>.

Hasta ahora, según hemos comprobado, los que contrataban con el Fisco o eran gestores de la recaudación tenían sus bienes obligados en virtud de prenda expresa o tenían sus bienes afectos a una sujeción especial, si bien no por ello, el arrendatario queda obligado indefinidamente: de D.49.14.3.6 se desprende que cuando transcurre el quinquenio por el cual se obligó como arrendatario no queda obligado por el tiempo que sigue<sup>68</sup>.

## 2.2.- HIPOTECA EXPRESA SOBRE LOS BIENES DE LOS CONTRIBUYENTES.-

En D.2.14.10:

*absentibus haec pactio noceat, eleganter tractatur, si modo valet pactio et contra absentes. Et repeto ante formam a Divo Marco datam Divum Pium rescripsisse, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. Haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt*<sup>69</sup>.

---

65

*preferida a las cuentas del Fisco, por quien dices que se le dieron de nuevo en arrendamiento las contribuciones, porque mediante este pacto se obliga al Fisco por derecho de prenda todo lo que se tiene o se tuvo al tiempo en el que entró en el arrendamiento”.*

66

*acostumbrada demandes a tu deudor por el dinero que por él le pagaste al Fisco”]* con toda la apariencia de ser un añadido.

67

68

69

*presentes?. Pero discretamente se considera que si este pacto perjudica también a los ausentes privilegiados, que en dicho caso el pacto valga aun contra los ausentes. Y repito que el Divino Pío, antes de la formula dada por el Divino Marco, declaró por rescripto, que también el Fisco en los casos en que no tenga hipotecas a su favor y los demás privilegiados, convenía que siguiesen el ejemplo de los acreedores. Pues todas estas cosas deben de observarse respecto de estos acreedores que no tienen hipotecas”.*

El texto de Ulpiano trata de una transacción entre acreedores, con referencia a un rescrito imperial de Marco Aurelio (172-180 d. C.), según el cual la transacción entre acreedores afecta a todos por igual, como si todos estuvieran presentes y conformes (*quasi omnes creditores debeant convenire*). Sin embargo se cuestiona si recibiría la misma respuesta de tratarse de ausentes privilegiados, entre los cuales se puede encontrar el Fisco y demás acreedores hipotecarios<sup>70</sup>. La respuesta de Ulpiano es que en estos casos conviene que el Fisco siga (*en los casos que no tenga hipoteca*<sup>71</sup>) el mismo ejemplo que los acreedores.

Lo interesante es la consideración de que Ulpiano no habría podido decir esto, a menos que se piense que el Fisco estaba generalmente provisto de una hipoteca legal<sup>72</sup>, ya que no habría tenido sentido la inclusión expresa de *fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet* como sinónimo de que esto también ocurre en aquellos casos en los que el Fisco no tiene hipoteca, para dar por supuesto el carácter tácito de la hipoteca del Fisco.

Sin embargo, la idea de una sujeción concreta de determinados bienes de los contribuyentes debió de seguir adelante, puesto que un jurista como Marciano contempla una sujeción o reconocimiento de deuda fiscal ante un recaudador, en D.39.4.16.12:

*si quis professus apud publicanum fuerit, non tamen vectigal solverit, hoc concedente publicano ut solent facere, Divi Severus et Antoninus rescripserunt, res in commissum non cadere*<sup>73</sup>.

Este reconocimiento ante el publicano, aun a pesar de no haber pagado el *vectigal* sustituye al comiso de los bienes. En otras palabras, se trata de un acto de afección especial y expreso sobre los bienes del contribuyente, pero sin desplazamiento de la posesión de estos a manos del Fisco (*res in commissum non cadere*). Con lo cual nos encontraríamos ante una hipoteca expresa que recae sobre los bienes del contribuyente convertido en deudor fiscal.

En algún momento, al final de la época clásica debió de considerarse tan habitual la sujeción de los bienes por razón de los créditos en favor del Fisco por impuestos y contratas, que ni siquiera llegó a ser necesario explicitar la sujeción ante el funcionario imperial: la prenda en favor del Fisco se torna prenda general<sup>74</sup>.

En D.40.1.10 tenemos un ejemplo de ello:

*Aelianus debitor fiscalis Euemeriam ancillam ante annos multos emerat hac lege, ut manumitteret eamque manumiserat; procurator, quum bona debitoris non sufficientia quaereret, etiam Euemeriae status quaestionem*

---

70

71

72

73

*hacerlo, no caen las cosas en comiso*".

74

*faciebat, placuit non esse iure fiscali locum, quo omnia bona debitorum iure pignoris tenerentur, quia ea lege empta est, et si non manumitteretur, ex Constitutione Divi Marci ad libertatem perveniret*<sup>75</sup>.

Eliano, deudor del Fisco, había comprado a la esclava Euemeria bajo la condición de manumitirla<sup>76</sup>, y efectivamente la manumite; pero el procurador ante la carencia de bienes del deudor Eliano, indaga acerca del estado de Euemeria, con intención de saber si estaría sujeta a un posible derecho del Fisco *iure pignoris*. Paulo con acierto responde que no había lugar al derecho del Fisco, pues la propia cláusula *ut manumitteret* ya concedería la libertad a Euemeria en virtud de una constitución imperial de Marco Aurelio<sup>77</sup>. Con lo cual, aunque no hubiera sido manumitida alcanzaría en virtud de tal disposición de todos modos la libertad (aunque el texto en realidad señala que si había sido manumitida: *eamque manumiserat*).

El carácter general de la sujeción de los bienes de los deudores aparece en C.8.14(15).2:

Los bienes del que contrata con el Fisco están obligados "*como a título de prenda*", aunque no se exprese especialmente esto<sup>79</sup>. Introduce *veluti pignoris*, con lo cual lo que hasta ahora requería de un acto especial o expreso, comienza, tal vez por habitual, a considerarse sobreentendido. Esto nos llevará considerar el privilegio del Fisco como una hipoteca tácita y general sobre los bienes de los que contratan con el Fisco o son deudores del mismo en un apartado especial.

Interesa aclarar la determinación de que no habría lugar al derecho del Fisco, a pesar de que la genérica regla expresara que "*todos los bienes de los deudores les estuviesen obligados por derecho de prenda*". Esto nos sitúa sobre la consideración de una prenda legal y general del Fisco, tal y como afirma Schulz<sup>80</sup>, considerando que ya en la época clásica por razón de ciertos créditos fiscales existía un *pignus* legal general. Aunque Miquel<sup>81</sup>, puso objeciones a las tesis de Mitteis<sup>82</sup> y Wieacker<sup>83</sup>, los cuales veían en este texto una aplicación más de la *protopraxia* del Fisco. En realidad, es difícil de explicar como se puede considerar un *privilegium exigendi* la situación contemplada aquí, ya que pesa más, la referencia hacia una prenda legal del Fisco

---

<sup>75</sup> PAULUS, *Imperialium sententiarum in cognitionibus proletarum ex libris sex libro II*: "Eliano, deudor del Fisco, había comprado muchos años antes a la esclava Euemeria con la condición de manumitirla y la había manumitido; el Procurador no hallando suficientes los bienes del deudor, promovía cuestión también sobre el estado de Euemeria; se determinó que no había lugar al derecho del Fisco, porque aunque todos los bienes de los deudores les estuviesen obligados por derecho de prenda, aquella fue comprada con dicha condición y si no fuese manumitida llegaría a la libertad en virtud de la Constitución del Divino Marco".

<sup>76</sup>

<sup>77</sup>

<sup>78</sup>

<sup>79</sup>

<sup>80</sup>

<sup>81</sup>

<sup>82</sup>

<sup>83</sup>

entendida como general<sup>84</sup>. Esta hipoteca general sobre los bienes de los deudores, se va a manifestar más claramente en C.8.14(15).1:

*universa bona eorum qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt*<sup>85</sup>.

De esta forma, la constitución Antonina extiende a todos los bienes de los censados la posibilidad de estar obligados a los tributos por vía de prenda. Por mas que a continuación en C.8.14(15).2 matice:

Esto es, al decir *bona veluti pignoris titulo obligari*<sup>87</sup>, viene a establecerlo como si se tratase de un derecho de prenda. Esta posible afección al derecho del Fisco de todas las cosas tanto de los que contratan con él, como de los meramente censados -en cuanto que contribuyentes-, confirma el principio de la sujeción de todos los bienes del deudor fiscal, lo que implica una facultad expectante del Fisco de ocuparlos en la hipótesis de insolvencia<sup>88</sup>.

Finalmente para concluir con Hermógenes, según D.49.14.46.3:

#### 4. CONCURRENCIA DE LOS CRÉDITOS A FAVOR DEL FISCO CON OTROS CRÉDITOS PREFERENTES.-

La idea mas general acerca del criterio de preferencia entre diversos créditos, es, que en caso de concurrencia entre varios acreedores resulta aplicable la regla general *prior tempore potior iure*<sup>91</sup>. Sin embargo, puede suceder que esta regla no resulte siempre aplicable ya que tanto como ocurría en la época del principado donde la regla aplicable era la de *melior est possidentis*, como en épocas posteriores en relación al Fisco, en concurrencia con créditos privilegiados privados, el acreedor preferente no siempre es el anterior en el tiempo.

Así, Papiniano parece entender que en el caso de concurrencia entre dos acreedores la regla de *condicio melior est possidentis* permite pensar en una graduación de los créditos sobre la base de la determinación de quien es el acreedor a quien va destinada la cosa *pro quantitate debiti*. Así en D.20.4.3.1:

*quum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit, post*

---

84

85

86

87

88

89

90

91

*traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit; prioris causam esse potioem apparruit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat solvisset, verum in ea quantitate, quam solvisset, eiusque usuris, potioem fore constaret, nisi forte prior ei pecuniam offerat; quodsi debitor aliunde pecuniam solvisset priorem praeferendum*<sup>92</sup>.

A Ticio se le entrega un predio por causa de mandato, pero antes constituye una prenda. Una vez recibida la posesión del predio, lo vuelve a entregar en una nueva prenda a cambio de una cantidad. En el concurso entre acreedores aunque parecía que el primer acreedor era preferente (*prioris causam esse potioem apparruit*), ello lo sería sólo si el segundo no hubiera pagado el precio. Pero constando que este segundo acreedor había pagado la cantidad (*verum in ea quantitate quam solvisset*), es éste el que debe de ser preferente. Aquí la preferencia en favor del mejor poseedor queda solapada por la preferencia en favor de quien entregó cantidad. Aunque en este punto Miquel<sup>93</sup>, se inclina por considerar que la hipoteca data del momento en el que los bienes pasan a encontrarse *in bonis* del propio deudor. Tampoco Frezza aclara suficientemente este punto, lo que no le impide criticar lo dicho por Miquel<sup>94</sup>.

La cuestión estaría en plantear, que si ello ocurre con créditos entre particulares, ¿quiebra también la preferencia cuando concurrieran créditos en favor del Fisco con otros créditos preferentes, o no?.

La regla enunciada por Paulo (*Privilegium Fisci est inter omnes creditores primum locum retinere*<sup>95</sup>), donde menciona el privilegio del Fisco dando por supuesto que el Fisco retiene el primer lugar entre los acreedores y que podría interpretarse como que siempre lo había tenido. En realidad, dicha regla es complemento de otra recogida en D.42.5.38.1:

¿Esto significaría que el *omnes* del libro V, se refiere tanto a los créditos quirográficos como a los privilegiados?<sup>97</sup>.

---

92

*otro el mismo predio en prenda; pareció que la causa del primero era preferente, si el segundo acreedor no hubiera pagado el precio al que había sido el gestor en el negocio, pero constaba que había de ser preferente respecto a la cantidad y por los intereses de la misma quién hubiese pagado, si en este caso el primero no le ofreciera el importe; pero si el acreedor hubiese entregado a la otra parte la cantidad, ha de ser preferido el primero”.*

93

94

95

96

97

razón de las penas fiscales se pospone a todos los demás créditos según D.49.14.17 (*Modestinus, Lib. De Poenis*): *In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi. [En suma se ha de saber que la petición de todas las penas fiscales se pospone a la de los acreedores]*

O en C.10.7.1 (*Imp. ALEXANDER ann. 224*): *Rem suam persequentibus poenae exactio postponitur. Sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio potior est, ita in triplo, quod poenae nomine adiectum est, propria forma servanda est. [la exacción de una pena se pospone a los que persiguen una cosa propia. Y así como la persecución del Fisco es preferente respecto ala cantidad de capital, así también de ha de observar el orden propio respecto al triplo que se agregó a titulo de pena]. nisi creditores suum recipaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur,*

Hasta ahora hemos visto que la preferencia del Fisco resulta clara respecto a los actos posteriores de tal manera que en el concurso entre la hipoteca en favor del Fisco por los créditos de derecho privado y la hipoteca de los acreedores privados, la prioridad es de la hipoteca en favor del Fisco, como resulta de D.49.14.28<sup>98</sup>:

*si qui mihi obligaverat quae habet, habiturusque esset cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea acquisita fiscum potioem esse debere, Papinianum respondisse; quod et constitutum est, praevenit enim causam pignoris fiscus*<sup>99</sup>.

El derecho de prenda de que trata el supuesto recae sobre los bienes presentes y futuros del deudor, el cual al parecer contrae posteriormente otra obligación con el Fisco. Según Papiniano, el Fisco es preferente en los bienes adquiridos después, incluso sobre el acreedor pignoraticio.

Las razones que se han dado para ello se basan por lo general en *quod et constitutum est praevenit enim causam pignoris fiscus*, lo que en realidad y según considera Miquel no es sino una glosa con la que se intenta explicar el texto<sup>100</sup>.

En realidad, la hipoteca de cosa futura nace en el mismo momento en el que se produce la incorporación de la cosa adquirida al patrimonio del deudor<sup>101</sup>, y por tanto la preferencia del Fisco lo es en cuanto que ya la tenía antes de la adquisición de la cosa. El núcleo de la cuestión estaría en tratar de explicar o de determinar el porqué de la preferencia del Fisco sobre el acreedor pignoraticio que tenía su crédito con anterioridad.

Las soluciones barajadas en la doctrina oscilan desde la tesis de la *protopraxia* de Wieacker<sup>102</sup>, según la cual la preferencia del Fisco comprende el patrimonio ya adquirido y el patrimonio futuro de modo que la cosa adquirida ya nace con la carga hipotecaria.

Frezza propone una alternativa entre una radical innovación de Papiniano considerando preferente al Fisco sobre el acreedor privado, o bien en considerar que la preferencia del Fisco tiene su origen en la particular causa del crédito. Pero que esta causa queda oculta al haber desaparecido de la redacción original del texto<sup>103</sup>.

---

*non ut ius commune privatorum fiscus amittat. [Lo que se determinó que no se ha de pedir para el Fisco la pena, sino si los acreedores hubieran recobrado lo suyo, lo que tiene por objeto que que no se ejercite contra los acreedores el privilegio sobre la pena, no que el fisco pierda el derecho de los particulares]. Aunque creemos que consideraciones de lógica jurídica lleva a dirigir la pena contra el deudor por cuanto que in poena contra creditores non exerceatur.*  
98

*también fue objeto de Constitución, porque el Fisco fue anterior en la causa de la prenda*".  
99

<sup>100</sup> MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano...", op. Cit. p. 291. Comentando el mismo texto, MENTXAKA considera que "la --innecesariedad de la explicación hace pensar en una glosa de carácter explicativo introducida posiblemente en una época en la que el Fisco ya es titular claro de un -derecho de prenda sobre todos los bienes del deudor" (MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho Romano...*, op. Cit. p. 320).

<sup>101</sup> CARCATERRA, "Il pegno delle cose future (fructus e partiis)", *Annali Bari*, 3 (1940), p. 159.

<sup>102</sup> WIEACKER, *Protopraxie und ius pignori...*, op. Cit., p. 247.

<sup>103</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni...*, op. Cit. , p. 123.

Wagner que basa su explicación en la consideración que la hipoteca del Fisco es un derecho de prenda legal sobre el patrimonio del deudor<sup>104</sup>, deja sin aclarar el fondo de la cuestión.

Mentxaka<sup>105</sup>, establece un equilibrio ponderado entre la respuesta de Ulpiano que sigue a Papiniano, el cual elabora su opinión justo en el tiempo en el que la hipoteca a favor del Fisco con carácter preferente no se había configurado totalmente, y un momento posterior (alrededor de los años 212-214 d. C.) donde ya si se admite el derecho de prenda a favor del Fisco incluso aunque no se haya expresado así especialmente.

Esto permitiría explicar que en D.49.14.28 parece admitir el derecho del Fisco como preferente sobre los bienes que el deudor hubiera adquirido después.

A nuestro juicio se podría aclarar mejor la expresión *cum fisco contraxerit*, que implica un compromiso un poco mas elaborado y diferente de una prenda legal general. De esta forma, en dicho convenio con el Fisco si que habría necesariamente que establecer los términos de la relación. Esto explicaría la diferencia entre D.49.14.28<sup>106</sup> y C.8.14(15).2 donde matiza *bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur*<sup>107</sup>.

Lo que a tenor de las fuentes no se puede entender, es considerar al Fisco como si fuera un acreedor privado más, ya que en tal caso regiría la regla *prior potior est*, como ocurriría cuando de acreedores privados se trata<sup>108</sup>. Por tanto, la conclusión sería que sólo cuando el Fisco es considerado como un acreedor privilegiado es cuando se antepone incluso a los acreedores privados, aún cuando sus créditos sean anteriores a los del propio Fisco.

Hasta aquí hemos examinado la preferencia del Fisco en concurrencia con acreedores particulares basados en créditos anteriores, pero ¿qué ocurrirá cuando la concurrencia es con acreedores que basan sus derechos en títulos anteriores aunque su efectividad tenga lugar en un momento posterior al crédito del propio Fisco?.

Ya vimos como al tratar de la actuación del *privilegium fisci* cuando de la sucesión en los derechos de un particular se trata, el Fisco usa de los mismos derechos

<sup>104</sup> WAGNER, *Die Entwicklung der Legalthypothen im Schuldnervermögen im röm. Recht*, Köln-Wien 1974, pp. 181-192.

<sup>105</sup> MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho Romano...*, op. Cit., p. 320.

<sup>106</sup> Véase MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho Romano...*, op Cit., sobre D.49.14.18, op. Cit. pp. 12 ss.; 26 n. 24; pp. 318-320; 338 n. 267; 341; 353; 272-273; 280 n. 6; 289 n.63; 301 n. 125.

<sup>107</sup> C.8.14(15).2 (*Imp. ANTONINUS ann. 214*): *est, eius, qui cum fisco contrahit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur.* "Es cierto que los bienes del que contrata con el Fisco están obligados como a titulo de prenda, aunque no se exprese especialmente esto".

<sup>108</sup> Norma que habíamos encontrado enunciada en D.20.4.14 (*PAULUS XIV, Ad Plautium*): *si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est quamvis si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.* [Si el que no era dueño hubiere pignorado a dos una misma cosa en diversos tiempos, es preferido el primero; aunque si de varios que no sean dueños recibiéramos una prenda, sea preferido el poseedor]. Norma que establece un criterio de prioridad en el tiempo en favor del acreedor que primero realizó el acto constitutivo de la garantía real.



que los particulares, si bien requiere que fuera incluido en la *relatio inter debitores*<sup>109</sup>. Esto nos sitúa sobre el texto de Ulpiano recogido en D.49.14.6:

*fiscus, quum in privati ius succedit, privati iure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur; ceterum posteaquam successit, habebit privilegium suum. Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomem, an vero posteaquam convenit debitorem, an posteaquam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur; et quidem usuras exinde petit fiscales, etsi breviores debeantur, ex quo convenit certum debitorem et confitentem. At in privilegio varie rescriptum est, puto tamen exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est*<sup>110</sup>.

Aquí el jurista parte de una aseveración que pretende ser un recordatorio de cuando el *privilegium fisci* no estaba aun configurado y por tanto no había diferencias entre el derecho del Fisco y el derecho de los particulares<sup>111</sup>. De ahí que comience aludiendo a que cuando el Fisco sucede en el derecho de un particular, usa del mismo derecho que estos. Y al contrario cuando en un momento posterior el privilegio queda configurado, tiene y utiliza de dicho privilegio: *habebit privilegium suum*.

Se nos ocurre pensar que probablemente Ulpiano quiere dar una respuesta a un supuesto planteado, en el cual el Fisco concurre con otros acreedores los cuales son simultáneos o anteriores al propio Fisco (*Sed ...quaeritur*). Esto explicaría la inclusión de una gama de posibles respuestas: Bien, que el Fisco use de su privilegio inmediatamente que comenzó a pertenecerle el crédito (*ad eum pertinere nomem*); bien que fuera después de demandar al deudor (*an vero posteaquam convenit debitorem*<sup>112</sup>); o bien, si lo fuera después que el Fisco fuera relacionado entre los créditos de los acreedores (*an posteaquam relatum est inter nomina debitorum*).

Lo cierto es, que estas posibles soluciones propuestas por Ulpiano no necesariamente deben de serlo por ese orden<sup>113</sup>. Aunque creemos que lo interesante aquí no es determinar cuando se inicia el privilegio<sup>114</sup>, sino en la cuestión de cuando el

<sup>109</sup> SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, pp. 132-141.

<sup>110</sup> ULPIANUS LXIII Ad Edictum: "El Fisco cuando sucede en el derecho de un particular, usa del derecho del particular por lo relativo a los tiempos anteriores a su sucesión, pero después que sucedió tendrá su propio privilegio. Pero se pregunta si eso ocurre inmediatamente que comenzó a pertenecerle el crédito, o si después que demandó al deudor, o si después que aquel fue relacionado entre los créditos de los deudores; y ciertamente se pueden pedir los intereses fiscales aunque se deban menores, desde que demandó a un deudor cierto y confeso. Y en cuanto al privilegio, aunque se ha resuelto por rescripto de diversas formas, pienso que tiene lugar el privilegio desde que el crédito fue relacionado entre los créditos de los deudores".

<sup>111</sup> Vid. *supra* "1.1.- El origen del privilegium".

<sup>112</sup> De ello se ocuparía especialmente el *privilegium exigendi* en el curso de una ejecución colectiva. SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, op. Cit., p. 141.

<sup>113</sup> SOLAZZI, (*Il Concorso dei creditori ...p. 133*), considera que la llamada a juicio es posterior a la *relatio inter debitores*, y por tanto es lógico pensar que Ulpiano habría recogido los tres hechos en otro orden: 1. Desde que comenzó a pertenecerle el crédito (*statim atque coepit ad eum pertinere nomem*). 2. Desde que fuera relacionado entre los deudores (*posteaquam relatum est inter nomina debitorum*). 3. Desde que fuera interpuesta la demanda o hubiera sido demandado el deudor (*posteaquam convenit debitorem*). Esta idea que la llamada a juicio es posterior a ser incluido entre los acreedores ya había sido formulada por MITTEIS, *Röm. Privatrecht...*, p. 370 ss.

<sup>114</sup> En lo que parece pensar SOLAZZI, en *Il Concorso dei creditori...*, op. Cit., pp. 133-134.

crédito del Fisco obtiene efectividad. Por ello, contrapone la sucesión del Fisco en el crédito y la *relatio inter debitores*<sup>115</sup>.

Lo que ocurre es que el copista del texto lo copió mal, porque aparte de añadir *et quidem usuras exinde petit fiscales...*, frase repudiada y con toda razón por Solazzi<sup>116</sup> pues no tiene sentido pedir intereses fiscales en la época en la que Ulpiano escribe<sup>117</sup>, introduce *...etsi breviores debeantur, ex quo convenit certum debitorem et confitentem [...aunque se deban menores, desde que se demandó a un deudor cierto y confeso]*. Esta paradoja solo podría resultar explicable si pensamos en un añadido posterior<sup>118</sup>.

En conclusión, la cuestión de fondo que plantea el texto es la eficacia del crédito en favor del Fisco: Si lo es desde que dicho crédito nace a favor del Fisco, o si lo es desde que el crédito es relacionado entre los créditos de los acreedores. La respuesta del jurista es un reconocimiento de la legalidad: *rescriptum est...* Aunque no deja de manifestar su opinión favorable a que dicho crédito en favor del Fisco debería ser relacionado entre los créditos de los acreedores. De ahí que manifieste su opinión: *puto tamen...ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est.*<sup>119</sup>

En cuanto al fragmento 6.1 (D.49.14.6.1):

*quodcunque privilegii fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio, et Augustae habere sole*<sup>120</sup>.

Se trata de una aplicación extensiva del anterior: cualquier privilegio que compete al Fisco suele tenerlo también el patrimonio del Cesar y el de la emperatriz. En realidad la expresión es bastante amplia y vaga: *quodcunque privilegii...* Y tratar de realizar una equiparación entre el Fisco y el patrimonio privado del emperador, sin especificar, es un vulgarismo. Y el hecho de aludir a la emperatriz (*Augustae*) nos pone claramente sobre aviso de su origen justiniano<sup>121</sup>.

En el fondo, la opinión de Ulpiano de D.49.14.6 manifiesta una sutil oposición a que el privilegio del Fisco opere frente a créditos anteriores en el tiempo, pero presumiblemente de un rango inferior (al no ser hipotecarios), por ello en la constitución de Antonino del año 213 (C.7.73.2: *Quamvis ex causa dotis...*) se establecería la

<sup>115</sup> Algo así como la relación (en algún tipo de libro o registro) de los créditos contra el deudor.

<sup>116</sup> SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori ...*, Op. Cit., p. 133.

<sup>117</sup> Y en todo caso la obligación por los intereses solo podría resultar cuando comienza la *ius vocatio*, o la *litis contestatio*.

<sup>118</sup> SOLAZZI, considera que con *breviores* quiere indicarse la usura a los deudores inferiores o más módicos entre el crédito privado (SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, op. Cit., p. 133, nt. 3). Sin embargo, también se podía pensar en que la utilización de *breviores*, de "*brevis*", se hace referencia a los documentos o registros utilizados en la administración fiscal del Derecho Post-clásico. O bien podría haber sido utilizado, en el sentido de lista o relación de deudores al Fisco. Lo confirma C.1.42., donde establece la necesidad de que los magistrados envíen registros o estados de éstos cada cuatro meses, así como las sanciones por incumplimiento.

<sup>119</sup> Tiene razón SOLAZZI, cuando dice que esta doctrina expresada en D.49.14.6 está expresada en forma barroca, pero tratar de refutarla sobre la base de D.22.1.17.6, que introduce un texto de Paulo sobre los intereses es extrapolar la cuestión. SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori ...*p. 134.

<sup>120</sup> ULPIANUS, *lib. LXIII, Ad Edictum: Cualquier privilegio que compete al Fisco suele tenerlo también la cuenta del Cesar, y la de la Augusta.*

<sup>121</sup> SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori ...*p. 141.

preferencia de los créditos fiscales respecto a las reclamaciones basadas en créditos también privilegiados (que en dicho caso eran los de la dote<sup>122</sup>).

Lo interesante es destacar que el privilegio del Fisco cesa frente a créditos anteriores y más si éstos son privilegiados. Sin embargo, esto no es una regla tal que no admita excepciones, ya que las fuentes relatan casos en los que derechos anteriores son postergados por la actuación del Fisco sobre los bienes del deudor. Así ocurre con D.49.14.48.1, donde se plantea una concurrencia de los derechos del Fisco con los derechos anteriores de un fideicomisario:

*esse; hoc enim constitutum est; sed quum nondum dies fideicommissi venisset, quia posset prius ipse mori, vel etiam mater alias res acquirere, repulsus est interim a petitione*<sup>123</sup>.

Se trata de una institución de heredero gravada con fideicomiso a favor de Cornelio Félix, siendo heredera la madre. El Fisco, por haber sido ésta condenada, procede a la ocupación de sus bienes, a lo que se opone Cornelio en cuanto estima que su derecho es preferente. Sin embargo la demanda de Cornelio es rechazada por cuanto que aún no había llegado el día del fideicomiso<sup>124</sup>. El fideicomiso es perfectamente válido, y la adquisición de otros bienes por parte de la madre no cambia el objeto del fideicomiso; Cornelio tendrá siempre derecho a la restitución de la herencia ocupada por el Fisco. La súplica que en su día estableciera el causante originario a la madre para que a su muerte el destino de los bienes fueran a Cornelio, tiene como única limitación que Cornelio sobreviva a la madre heredera. La demanda de Cornelio llega a ser rechazada provisionalmente por ser prematura. El fideicomiso *post mortem* es tratado como un fideicomiso condicional<sup>125</sup>, en el cual el *dies cedens* vencería al momento de la muerte de la heredera, siempre y cuando que Cornelio le sobreviva; por tanto, ningún derecho le correspondería a éste si no hubiera sobrevivido a ésta. La tesis de Cornelio, según la cual él está antes que la pena fiscal (*se ante poenam esse*) apoyada en rescripto imperial no puede ser puesta en duda<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> Como vimos *supra*, al tratar de la hipoteca del Fisco sobre los bienes de los que contratan con él.

<sup>123</sup> HERMOGENIANUS, *Lib. II Decretorum*: “A una madre instituida heredera se le había rogado que después de su muerte restituyese la herencia a Cornelio Felix; habiendo sido condenada la heredera instituida, y siendo ocupados por el Fisco todos los bienes de la mujer, decía Felix, que él estaba antes que la pena; porque así había sido establecido [por rescripto]; pero como aún no había llegado el día del fideicomiso, bien porque podría el mismo morir antes o también adquirir la madre otros bienes, fue mientras tanto rechazada la petición”.

<sup>124</sup> El texto ha sido objeto de comentario y depuración por la doctrina, la cual se plantea serias dudas sobre su originalidad, así BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 5 Tübingen 1910, (2ª reimp. Leipzig, 1931), III, p. 79, considera que el texto debería decir *a procuratore fisci et omnia bona...*, en vez de *a fisco et omnia bona mulieris occuparentur--*, en cuanto se trata de la ocupación por el Fisco de los bienes. En cambio SANFILIPPO, (*Pauli decretorum libri...*, p. 100), supone que el texto originario debería de decir *et a Fisco omnia bona...* SOLAZZI prefiere esta conjetura a la de BESELER. SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, pp. 135-136, n. 3 y 4.

<sup>125</sup> *Vel etiam mater alias res acquirere* es probablemente un añadido ya que no tiene sentido para el propósito del fideicomiso que la madre adquiera otros bienes, a menos que el copista esté pensando que la --hipoteca del Fisco debe concretarse sobre los bienes que en ese momento están en el patrimonio de la deudora, cosa que es irrelevante.

<sup>126</sup> SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, op. Cit. p., 136.

Probablemente, la oposición de Cornelio a la ocupación del Fisco se basaría sobre la consideración de su derecho como un *fideicomissum universitatis*, en cuyo caso el objeto del fideicomiso fuera la *hereditas* en su conjunto<sup>127</sup>. En conclusión, no se rechaza la demanda de Cornelio porque el Fisco fuera preferente, o de mejor derecho, sino por estar su derecho pendiente y no haber llegado el día de su efectividad.

En D.20.4.21 pr, se recoge un texto de Scaevola:

*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*<sup>128</sup>.

Ticio constituye una hipoteca en favor de Seya, por razón de tutela<sup>129</sup> que recae sobre todos los bienes presentes y futuros<sup>130</sup>, como sinónimo de una hipoteca general<sup>131</sup>. Poco después recibe un dinero en mutuo del Fisco, garantizándolo con

<sup>127</sup> En el fondo late la antigua consideración de las disposiciones fiduciarias en las cuales el instituido en fideicomiso lo era una persona privada de la *testamenti factio* (Gayo 2, 285; Theoph. *paraphras.* 2.23.1, según VOLTERRA, *Institutiones...*, op. Cit. p. 761.

<sup>128</sup> SCAEVOLA, *lib. XXVII Digestorum*: "Ticio obligó en prenda a favor de Seya por la suma que por razón de tutela había sido condenado, todos los bienes propios que tenía y los que hubiese de tener; después, habiendo recibido del Fisco dinero en mutuo, le obligó en prenda todos sus bienes, y devolvió a Seya parte de la deuda y hecha novación, le prometió a la misma la restante suma, en cuya obligación se convino igualmente, como antes respecto a la prenda; se preguntó ¿deberá Seya ser preferida al Fisco, así respecto a los bienes que tuvo Ticio al tiempo de la primera obligación, como también respecto de las cosas que adquirió después de la primera obligación, hasta que cobre todo su débito? Respondió que nada se propone para que no haya de ser preferida".

<sup>129</sup> Durante la época clásica, y posiblemente a partir del emperador Claudio, se obliga a los tutores a prestar la *cautio* o *satisdatio rem pupili salvam fore*, pero para obligar a los recalcitrantes tutores, el pretor podía obligar a la *pignoris capio* de los bienes del tutor, concediendo al menor o tutelado un *privilegium interpersonales acciones*, con lo cual el pupilo obtiene preferencia sobre los demás acreedores no hipotecarios del deudor-tutor. Posteriormente, este y otros derechos del tutelado, ya abiertamente se concretan en una hipoteca tácita sobre los bienes del tutor a favor de los pupilos (VOLTERRA, *INSTITUCIONES...*, op. Cit., p. 135). Sobre la cuestión, vid. SOLAZZI, *Tutore e periculum culpae*, *SDHI* 4 (1938), p. 135 ss; SOLAZZI, *Tutela e curatela*, *RISG* 54 (1914), p. 48 ss.

<sup>130</sup> El texto hace referencia a una hipoteca sobre los bienes presentes y futuros (*quae habebat, quaeque habiturus esset*). Este texto de D.20.4.21 pr, se incluye dentro de un conjunto de pasajes que tratan de la pignoración general de todos los bienes que se tienen o que se pudieran llegar a tener como por ejemplo D.20.1.34.2; D.20.1.6; D.49.14.28; D.40.8.6; D.20.1.1.pr; D.20.1.15.1; C.7.8.3. MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho Romano...*, op. Cit., p. 280, n. 6.

<sup>131</sup> Aunque se refiere a una prenda general, no se emplea la expresión *conventio generalis*, sino que se vale de una perífrasis *quae habebat...esset*. Según MENTXAKA, la prenda general se constituía por mero acuerdo de voluntades (así Papiniano en D.20.1.1.pr; Paulo en D.20.1.29.pr; pero en cuanto se tratara de una prenda de bienes futuros era necesario que los mismos entraran en el patrimonio del deudor para que se entendiera constituido el derecho de prenda. La entrada de esos bienes era *condicio iuris* para que los mismos se consideraran gravados (MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho Romano...*, op. Cit., p. 350).

hipoteca<sup>132</sup>; paga parte de la deuda a Seya y en cuanto al resto hace novación constituyendo una nueva hipoteca a favor de Seya. Ante la concurrencia de hipotecas, la respuesta de Scaevola es conceder preferencia a la Seya frente al Fisco<sup>133</sup>.

El problema es que si la nueva hipoteca en favor de Seya es posterior a la hipoteca en favor del Fisco<sup>134</sup>, ¿Cómo entender que ésta segunda es preferente?. ¿Cual es la razón de la preferencia?.

Aunque el texto de D.20.4.21 pr, no es lo suficientemente claro, parece que la novación de la obligación primera en favor de Seya de la que depende la garantía hipotecaria no produce la extinción automática de la hipoteca general<sup>135</sup>. Tal vez, porque la novación de la obligación no es completa en tanto que devuelve a Seya parte de la deuda (*et intulit Seiae partem debiti*), y solo compromete en los mismos términos que la anterior por el resto, aunque la garantía hipotecaria recae sobre los mismos bienes. No cabe desconocer que el texto está situado en libro vigésimo del título cuarto, destinado a establecer los criterios por los que se regulan los supuestos de concurrencia de una pluralidad de prendas o hipotecas sobre un mismo objeto. El hecho de estar hipotecados ya todos los bienes a favor de Seya no es obstáculo para que sus propios bienes queden hipotecados a favor del Fisco. En C.4.53.1 se admite ésto, a igual que puede también gravarse los bienes a favor de otros particulares:

*nam et privato potuisset*<sup>136</sup>.

Dirigido a los tutores o curadores que incluso hubieran sido condenados permitiéndole la posibilidad de obligar a favor del Fisco bienes con sus cargas, a igual que hubieran podido enajenarlos u obligarlos a favor de un particular.

En D.20.4.21 pr, primero se hipoteca a favor de la pupila y para que tal cosa ocurra, habría de darse como indica Ulpiano en D.42.5.1, que al pretor le conste y sea evidente que el pupilo no es defendido, para que así permita la posesión de los bienes:

*non defendi pupillum constare debet, liquereque Praetori, ut sic permittat bonorum possessionem*<sup>137</sup>.

Por otra parte, no debemos de perder de vista que en todo caso el Fisco es conceptuado aquí como si de un particular se tratara, y que ya Ulpiano (D.4.4.3.4 i final), en referencia a una constitución de Claudio, establece la separación entre la

<sup>132</sup> Aquí el Fisco actúa como particular; de ahí que puede en tal caso ser titular de un derecho de prenda a su favor por el dinero que Ticio ha recibido en préstamo.

<sup>133</sup> Solución que es distinta a la dada por Ulpiano y Papiniano en D.49.14.28. MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano...", op. Cit., pp. 290-291.

<sup>134</sup> Si aquí -como sospechamos- el Fisco actúa como si se tratara de un particular, no tendría sentido aludir al privilegio, ya que éste opera cuando por razón de tributos o contratos se trate.

<sup>135</sup> MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho Romano...*, op. Cit., p. 353.

<sup>136</sup> *Imp. SEVERUS ET ANTONINUS ann. 205: "No les esta prohibido a los tutores o curadores, aunque juzgados por este cargo hayan sido considerados deudores, enajenar sus bienes con su propia causa. Así pues, pudo tu curador obligar a favor de nuestro Fisco su propio fundo con su carga; porque también habría podido obligarlo a favor de un particular"*.

<sup>137</sup> *ULPIANUS, Lib. LIX Ad Edictum: "Sin embargo, al pretor debe de constarle y serle evidente que el pupilo no es defendido, para que así permita la posesión de los bienes"*.

responsabilidades derivadas del peculio del pupilo incluso si los bienes de su padre fueron ocupados por el Fisco por una deuda:

*nec eo movemur, quasi intersit filii peculium habere, magis enim patris, quam filii interest, licet aliquo casu ad filium peculium spectet, ut puta si patris eius bona a fisco propter debitum occupata sunt; nam peculium ei ex Constitutione Claudii separatur*<sup>138</sup>.

En conclusión, el Fisco no es siempre preferente. Solo lo es cuando goza del privilegio como consecuencia de créditos derivados de tributos y contratas. La preferencia solo lo es respecto a actos y créditos posteriores y en algunos casos, como vemos, puede ser considerado como un particular y no gozar de preferencia respecto de otros créditos de particulares gocen éstos o no, de preferencia.

---

<sup>138</sup> *ULPIANUS, Lib. XI Ad edictum: “Y no nos movemos a esto porque interese al hijo tener peculio; pues mas interesa a padre que al hijo, aunque en algún caso pertenezca el peculio al hijo, como si por ejemplo si los bienes de su padre fueron ocupados por el Fisco por una deuda; porque en virtud de la constitución de Claudio se separa para él peculio”.*

**LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR  
RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-**

**CAPITULO VI.- LA HIPOTECA  
PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA  
DOTE.-**

**1.- EL PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS.**

1.1. Prioridad del crédito dotal: de la *actio ex stipulatu* a la *actio rei uxoriae*.

1.2. Relaciones entre *privilegium dotis* y la restitución dotal.

**2.- MODIFICABILIDAD Y TRANSMISIBILIDAD DEL PRIVILEGIUM.-**

2.1. Modificabilidad del *privilegium exigendi dotis* mediante pacto.

2.2. Su transmisibilidad *inter vivos* y *mortis causa*.

**3.- SU CONFIGURACIÓN COMO GARANTÍA REAL.**

3.1. Prioridad del crédito dotal en concurrencia con otros créditos.

3.2. El crédito dotal garantizado con acción real.

3.3. El *privilegium exigendi dotis* como hipoteca privilegiada.

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

### VI.- LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

#### 1.- EL PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS.

En un principio parece que la obligación de constituir la dote no era sino un deber moral que llegaba a convertirse en una autentica cuestión de honor para los parientes de la mujer. Sin embargo según CASTELLI<sup>1</sup>, la configuración de la obligación de dotar como un deber jurídico<sup>2</sup> no aparece en los textos sino hasta la época postclásica. Sin embargo, un texto de MARCIANO recogido en D.23.2.19<sup>3</sup>, parece remitirse a la *lex Iulia*<sup>4</sup> en cuanto la existencia del deber de dotar, sin bien es reconocido con carácter obligacional *-ex lege-* en virtud de Constitución de Antonino y Severo:

*Capite trigesimoquinto legis Iuliae qui liberos, quos habent in potestate, iniuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere vel qui dotem dare non volunt ex Constitutionem Divorum Severi et Antonini per Proconsules Praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare, prohibere autem videtur et qui conditionem non quaerit.*

Sin embargo lo realmente interesante a los efectos de nuestro estudio, no es cuándo aparece la obligación de dotar, sino la obligación de restituir<sup>5</sup> y con las características de una autentica garantía real<sup>6</sup>, sobre la cual la reforma justiniana<sup>7</sup> va a

---

<sup>1</sup> CASTELLI, "In torno all'origine dell'obbligo di dotare in diritto romano", *Scritti giurid.*, I, Milano 1923, pp. 129 ss.

<sup>2</sup> La identidad jurídica que se deriva del binomio dote-matrimonio aparece en algunos textos de forma patente. Así en D.23.3.3 (*ULPIANUS LXIII ad Edictum*): *Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt neque enim dos sine matrimonio esse potest...*

<sup>3</sup> *Libro XVI Institutionum.*

<sup>4</sup> Cfr. C.5.12.30; C.5.12.14, y D. 37.6.6 éstos últimos probablemente interpolados.

<sup>5</sup> SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori nel Diritto Romano*, Napoli 1940, pp. 168 ss.

<sup>6</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, 2 Le garanzie reali, Padova 1963, pp. 272 ss.



## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

conceder al privilegio dotal el carácter de preferente a cualquier otro crédito incluso real, salvo lo dicho anteriormente en relación a los créditos privilegiados en favor del fisco<sup>8</sup>. Incluso puede que dichos créditos en favor del fisco solo tengan una preferencia relativa llegado el caso frente la obligación de restituir la dote<sup>9</sup>.

Sobre la concesión del privilegio a la mujer ya en la época clásica, tanto Paulo como Ulpiano reconocen la existencia del privilegio. Así, Paulo en D.42.5.18<sup>10</sup>:

*interest enim reipublicae, et hanc solidum consequi, ut aetate permittente nubere possit.*

Donde lo considera como de interés público para que la mujer consiga casarse. Según SOLAZZI, la aseveración que realiza el fragmento 18 en realidad trata de aclarar una oportunidad práctica con escaso sentido jurídico que utiliza exclusivamente la medida del materialismo económico. Ciertamente es, en efecto, que la dote conseguirá con más facilidad la colocación a su debido momento de la joven aún inmadura, pero es excesivo decir que únicamente con la dote íntegra, es posible contraer matrimonio (*nubile possit*). Lo que no se explica SOLAZZI es que esta afirmación aislada deba de pertenecer a Paulo, teniendo como era conocido, una mentalidad más flexible y dialéctica, a diferencia del dogmático Ulpiano. Por el contrario, lo que percibe en el texto de D.42.5.18 es una glosa al libro 60 *ad Edictum* de Paulo, texto al que los comisionados justinianos se complacerían en juntar al fragmento ya alterado de Ulpiano<sup>11</sup>.

---

7<sup>7</sup> SOLAZZI recoge la observación ya apuntada por PRINGSHEIM, (*Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig 1916, p. 150, n. 1) según la cual si en derecho bizantino asegura el crédito dotal con una hipoteca privilegiada, no podía mantener al mismo tiempo un privilegio concursal, que habría resultado inútil; y que además, en ningún caso se podía considerar subsistente un privilegio de esta última clase en la reforma introducida por Justiniano.

8<sup>8</sup> Los cuales tendrían una preferencia absoluta en relación a otros créditos de derecho público -como vimos en capítulo anterior-, y relativa en relación a los de derecho privado.

9<sup>9</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*,...p. 272.

10<sup>10</sup> PAULUS *Lib. LX ad Edictum*.

11<sup>11</sup> SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori*..., p. 168.

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

En otro texto de Ulpiano, se admite la legitimación de la mujer para reclamar la restitución e incluso admitir el privilegio dotal. Así en *D.42.5.17.1*<sup>12</sup>:

*Si sponsa dedit dotem et nuptiis renuntiatum est, tametsi ipsa dotem condicit tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est.*

En este caso la entrega efectuada por la mujer a título de dote es reclamada por haber renunciado a las nupcias. Petición que efectúa a través de *condictio* y no mediante la *actio rei uxoriae* puesto que el pretendido matrimonio no ha llegado a celebrarse (*nullum matrimonium contractum est*). SOLAZZI pone de relieve la contradicción entre la reclamación mediante *condictio* de la dote y que el texto indique que la mujer fuera admitida al privilegio. Y sugiere que tal vez se pueda entender de un modo más lógico: El privilegio no puede ser admitido porque el matrimonio no se ha celebrado y por ello la reclamación tiene que ser necesariamente por vía de *condictio* en cuanto que reclamación de cantidad<sup>13</sup>.

Aunque el mismo Ulpiano, en *D.42.5.19 pr*<sup>14</sup> aparentemente parece confirmar el reconocimiento del mismo privilegio para la mujer:

*dabimusque ex his causis ipsi mulieri privilegium.*

*D.42.5.19 pr* emplea un tono casi legislativo con *dabimusque...* [Y le daremos por estas causas el privilegio a la misma mujer], SOLAZZI lo atribuye a la labor de Triboniano, que habiendo recibido los glosemas de los fragmentos 17 y 18 intentó transformar en positiva la conclusión negativa de Ulpiano. Ello revela que el escritor no es Ulpiano, o que el texto originario era otro<sup>15</sup>.

### 1.1.- PRIORIDAD DEL CRÉDITO DOTAL: DE LA *ACTIO EX STIPULATU* A LA *ACTIO REI UXORIAE*.

La obligación de restitución de la dote aparece en una constitución de Antonino Caracalla, donde formulaba ya un antecedente de la norma sobre el privilegio justiniano del crédito real en favor de la mujer por la restitución de la dote. Dicha constitución aparece recogida en *C.7.73.2*<sup>16</sup>:

---

<sup>12</sup><sup>12</sup> *ULPIANUS, lib. LXIII ad Edictum.*

<sup>13</sup><sup>13</sup> SOLAZZI, *il concorso dei creditori...*, p. 167, n. 1.

<sup>14</sup><sup>14</sup> *ULPIANUS LXIII ad Edictum.*

<sup>15</sup><sup>15</sup> SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori ...*, op. cit., p. 168, n. 3.

<sup>16</sup><sup>16</sup> *Imp. ANTONINUS, ann. 213.*

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

*Quamvis ex causa dotis vir quodam tuus tibi sit condemnatus, tamen si prius, quam res eius tibi obligarentur, cum fisco contraxit, ius fisci causam tuam praevenit. Quodsi post bonorum eius, obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci.*

En este caso el marido ha sido condenado a la restitución de la dote, pero delimita la preferencia de ella según que contratara antes con el fisco, en cuyo caso el derecho del fisco sería preferente o que lo hiciera después, en cuyo cesa el privilegio del fisco sobre ellos. Lo cual es una aplicación directa del principio de prioridad, pero además, ello confirmaría de manera clara lo ya afirmado anteriormente de que la preferencia del fisco no es total y absoluta en el derecho post-clásico.

Los textos anteriores nos llevarían a plantear la cuestión del tránsito de la *Actio ex stipulatu* a la *Actio rei uxoriae* como una acción propia de la mujer dirigida a la restitución de la dote<sup>17</sup> y simultáneamente plantearía el problema de la legitimación de la mujer para tal ejercicio.

Según VOICI el crédito a la restitución es hecho valer con la *actio rei uxoriae*, una acción que se inspira en los criterios de la buena fe y de la equidad<sup>18</sup>, requerido por la natural particularidad del crédito; por otra parte, la propia fórmula de la *actio rei uxoriae*<sup>19</sup> menciona el criterio de equidad, al cual debe de atenderse el juez<sup>20</sup>.

Para ocuparnos de LA CUESTIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN DE LA MUJER hemos de acudir a las fuentes, que si bien no de una forma directa y clara, pero si que pueden proporcionarnos algunas indicaciones de las que extraer consecuencias.

Así, en D.24.3.22(23).13<sup>21</sup>:

---

<sup>17</sup> Sobre la cuestión del incierto origen de la *Actio rei uxoriae* véase VOLTERRA, *Institutiones...* Op. cit. p. 679.

<sup>18</sup> LENEL, la califica de buena fe según resulta de Gayo 4.62. Según LENEL, en Gayo el doble criterio de la equidad y de la buena fe son afines (Gayo, 3, 137). LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927, p. 305.

<sup>19</sup> Sobre la naturaleza de la *actio rei uxoriae*, vid. KASER, "Die Rechtsgrundlage der *actio rei uxoriae*", *RIDA* 2 (1949), p. 531.

<sup>20</sup> VOICI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano 1967, p. 272, n. 216.

<sup>21</sup> ULPIANUS, *lib. XXXIII ad Edictum*.

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

*Si mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum, quum servus esset concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri, videlicet ut, si sint et alli creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem, et si forte domino aliquid debeat servus, non praeferatur mulier, nisi in his tantum rebus, quae vel in dote datae sunt, vel ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint.*

El texto contempla un supuesto en el cual una mujer contrae matrimonio bajo error en cuanto a la condición del marido creyendo que era libre<sup>22</sup> concediéndole a ésta un *quasi privilegium*<sup>23</sup> sobre los bienes del marido con preferencia a otros acreedores en las cosas entregadas en dote o compradas con ésta<sup>24</sup>.

La razón de conceder este *quasi privilegium* no es otra que no siendo válido el matrimonio no se podría hablar de un *privilegium* para permitir que la mujer sea preferida a los demás acreedores. Además, otra razón es la de que si el pretendido marido fuera en realidad un *servus* resultaría extraño que se hable de bienes del marido (*bonis viri*), pero sí que explicaría la alusión a la *actio de peculio*. Entre líneas se podía pensar *a sensu contrario*, que si el matrimonio fuera perfectamente válido si que tendría a su favor un auténtico privilegio.

Pocos años después de lo escrito por Ulpiano, aparece una constitución sobre un caso similar, donde sí que se concede claramente la *actio de peculio* sobre la dote, recogida en C.5.18.3<sup>25</sup>:

*Si ignorans statum Erotis ut liberum duxisti et dotem dedisti isque postea servus est iudicatus dotem ex peculio recipies et si quid praeterea eam tibi debuisse apparuerit.*

Donde se recoge el supuesto, según el cual, una mujer ignorante del estado del marido le entrega la dote, y siendo posteriormente éste declarado esclavo. En este caso, la mujer tiene derecho a recobrar de su peculio tanto la dote, como lo demás que le debiese. En cualquiera de estos casos la legitimación se atribuye a la mujer y

---

<sup>22</sup><sup>22</sup> El texto introduce *quum servus esset* lo cual tal y como el fragmento lo indica traería la conclusión que el matrimonio sería nulo. Para SOLAZZI, esta afirmación no es clásica. SOLAZZI,-- *Il concorso dei creditori...*, p. 169.

<sup>23</sup><sup>23</sup> La alusión a un *quasi privilegium* confirmaría que estamos ante una situación insólita..., a menos que se piense que el --texto original no recogiera las palabras --*quum servus esset* dejando solo el planteamiento *in conditione mariti erraverit*, lo que permitiría pensar que el marido no era de condición libre para el matrimonio

<sup>24</sup><sup>24</sup> Esto último en cuanto a la acción de peculio, con lo cual debería de suprimirse *et si... servus*.

<sup>25</sup><sup>25</sup> Imp. ANTONINUS, ann. 215.

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

con carácter personal ya que ni se transmitiría a los acreedores de la mujer, según SOLAZZI<sup>26</sup>, ni a los hijos, por ser considerados de padre incierto, ya que añade:

*...Filii autem tui, ut ex libera nati incerto tamen patre, spurii ingenui intelliguntur.*

Por otra parte, y según C.7.74.1<sup>27</sup> tampoco se transmitiría dicha acción a los herederos:

*Scire debes, privilegium dotis quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredem non transire.*

Ello permite pensar en un privilegio exclusivamente atribuido a la mujer, personal e intransmisible, pero falta por ver el mecanismo de la restitución.

### 1.2.- RELACIONES ENTRE PRIVILEGIUM DOTIS Y RESTITUCIÓN DOTAL.

Según se desprende de los textos anteriores, la autentica restitución de la dote solamente se puede entender pues, como un derecho de la esposa en tanto ha contraído matrimonio y este matrimonio es válido. Sin embargo, algunos textos aluden a la paradójica situación que se puede plantear en relación con la mujer que no teniendo edad para contraer matrimonio es sin embargo llevada a la casa como si fuera la esposa.

En dicha circunstancia se produciría un desamparo evidente si por no tener edad para el matrimonio es privada del privilegio dotal y por tanto, del mecanismo de la restitución.

En D.12.4.8<sup>28</sup>, se encuentra un caso de esta índole:

*Quod Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intelligendum est, ut si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio; donec autem in eodem habitu matrimonii permaneant, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos affinitas; quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, quum sic detur tanquam in dotem perventurum quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est.*

En el texto, según Neratio -en remisión a Servio- se admite la celebración de la nupcias entre quienes a pesar de que no tienen edad para ellas, las hubieren contraído admitiendo la restitución del dinero entregado a título de dote si sobreviniese

---

<sup>26</sup> SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori* ...p. 169.

<sup>27</sup> SEVERUS et ANTONINUS, *ann. 209*.

<sup>28</sup> NERATIUS, *lib. II Membranarum*.

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

el divorcio. Pero aclara que permaneciendo en constante matrimonio *-in eodem habitu matrimonii permaneant-* no hay repetición en tanto subsista *inter eos affinitas*.

En cambio, no puede ser admitido el privilegio cuando el matrimonio no se ha contraído. Y puesto que no hay matrimonio no hay dote. De ahí que la conclusión es evidente: la restitución de lo que haya sido entregado ha de hacerse por vía de *condictio*, pero no por vía de la *actio rei uxoriae*.

Confirmación de ello es el texto de D.23.3.3<sup>29</sup>, donde se llega al resultado de identificar dote con matrimonio; en tanto que solo se puede hablar de dote cuando es posible el matrimonio de tal manera que si el matrimonio no puede subsistir no hay dote<sup>30</sup>:

*Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest; ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.*

Por ello tiene sentido que todavía en el derecho post-clásico, Hermogeniano diferencia cuando la esposa entrega dote -y por tanto abierta para ella la posibilidad de la *actio rei uxoriae*- de cuando no se ha casado o es menor de doce años para que tenga a ejemplo de la dote una *condictio* comprendida entre las acciones personales<sup>31</sup>. El texto viene recogido en D.23.3.74(76)<sup>32</sup>:

*Si sponsa dotem dederit, nec nupserit, vel minor duodecim annis ut uxor habeatur, exemplo dotis conditioni favoris ratione privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit.*

Texto en el cual, si la esposa hubiese entregado dote y no hubiere llegado a casarse o fuera menor de doce años pero es considerada como esposa se le concede a ejemplo del privilegio una *condictio* comprendida entre las acciones personales.

Este mismo argumento, nos llevaría también a negar la referida asimilación matrimonial con la menor de edad núbil. Y sin embargo, en D.12.4.8 se desprende que la mujer entregada en matrimonio antes de los doce años era tratada en el derecho clásico como una esposa<sup>33</sup>. Esta situación nupcial entre quienes aún no tienen edad no es excepcional. Así, en D.42.5.17.1<sup>34</sup>:

---

29<sup>29</sup> *ULPIANUS LXIII ad Edictum.*

30<sup>30</sup> De ahí que al menos en el derecho clásico son aceptables la conclusión de que "privilegiado es el crédito dotal, pero no la dote sin matrimonio y por tanto, aunque intervenga aportación patrimonial donde el matrimonio no existe se hace imposible el *-privilegium exigendi-*". SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...* p. 168.

31<sup>31</sup> En contra SOLAZZI, op. cit., p. 168, n. 4.

32<sup>32</sup> *HERMOGENIANUS, lib. V iuris Epitomarum.*

33<sup>33</sup> VOLTERRA, "Precisazioni in tema di matrimonio...", op. Cit., p. 245 ss.

34<sup>34</sup> *ULPIANUS, lib. LXIII ad Edictum .*

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

*Si sponsa dedit dotem et nuptiis renuntiatum est, tametsi ipsa dotem condicit tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est. Idem puto dicendum, etiamsi minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit.*

La explicación a este pasaje en la doctrina van desde pronunciarse abiertamente por invertir la frase precedente<sup>35</sup>, persiguiendo el efecto de negar la admisibilidad del *privilegium*, por vía de declarar la nulidad del matrimonio:

...*tametsi ipsa dotem condicit tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est,*  
considerando reconstruir:  
...*tamen [non potest] ad privilegium admitti,*  
[quia] *nullum matrimonium contractum est...*

Hasta considerar que no habría obstáculo para el privilegio, dado que es algo atribuido a la mujer<sup>36</sup>. Sin embargo, en D.42.5.17.1 se añade:

*Idem puto dicendum, etiamsi minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit.*

Asimilando la situación matrimonial a quien siendo menor de doce años se llevada a casa como esposa<sup>37</sup>.

## 2.- MODIFICABILIDAD Y TRANSMISIBILIDAD DEL PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS.

El privilegio tal y como lo hemos visto hasta ahora, no deja de ser una prerrogativa conferida a la mujer tendente a facilitar la recuperación y restitución de los bienes dotales. Falta por comprender el cómo se va a ir separando de una facultad puramente exclusiva de la esposa, para pasar a adquirir las características de la modificabilidad y transmisibilidad del crédito en favor de otros posibles interesados en la recuperación de los bienes dotales.

Esta facultad como derecho perteneciente a la mujer independientemente de su atribución concreta, va a posibilitar la configuración de una garantía real que facilite la restitución de los bienes dotales y que dé seguridad a la mujer en el caso de la disolución del matrimonio.

---

<sup>35</sup><sup>35</sup> Determinación en la que ha pensado DI MARZO. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, Palermo 1919, pp. 46 ss.

<sup>36</sup><sup>36</sup> SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, p. 167, n. 1.

<sup>37</sup><sup>37</sup> Por ello para la segunda parte, DI MARZO propone restituir *non* delante de *idem*. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio...*, pp. 46 ss.

**LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-**

**2.1.- MODIFICABILIDAD DEL *PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS* MEDIANTE PACTO.**

La posibilidad de pactos sobre la restitución de la dote ha sido considerada por la doctrina. Así VOCI<sup>38</sup> considera la posibilidad de *stipulatio*, *adstipulatio*<sup>39</sup>, o la *adiectio solutionis causa*, a las cuales se le puede incluir la cláusula *cum moriar*<sup>40</sup>. Aunque las consecuencias de estos pactos estarían en función del modo de constitución de la dote: Si se trata de *dos profecticia* y se ha estipulado la restitución en favor del constituyente -ordinariamente el padre o un ascendiente paterno- o de sus herederos en caso de disolución del matrimonio, el crédito dotal en favor de la mujer puede pasar de intransmisible en transmisible. Si se trata de *dos adventicia* constituida por otra persona o por la misma mujer podría a través de la *adstipulatio* o la *adiectio solutionis causa*, estipular la restitución en favor propio con lo cual puede modificar el destino del crédito dotal. El uso de la *adstipulatio* o de la *adiectio solutionis causa* va a producir el efecto de aproximar de nuevo la dote al estipulante, o a otra persona a la cual la dote le va a corresponder o le deba de ser restituida<sup>41</sup>.

Aunque no de un modo suficientemente claro, en las fuentes se alude a la posibilidad de la modificación del *privilegium exigendi dotis* mediante pacto.

Así en *D.46.2.29*<sup>42</sup>:

*Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si*

---

<sup>38</sup> VOCI, *Diritto ereditario romano*, op. cit. p. 275.

<sup>39</sup> La *adstipulatio* por su propia naturaleza quizás fuere la mas aceptable en tanto que no interviene el acreedor directamente sino que vincula al obligado a la restitución en relación a un encargado o representante a llevar a cabo la prestación base de la obligación principal. El --*adstipulator*, -en este caso la mujer-, actuaría como acreedor de la segunda obligación, pero estaría legitimada para exigir el pago al propio marido como deudor. VOLTERRA, *Instituciones...* p. 597.

<sup>40</sup> El uso de la *stipulatio cum moriar* es útil cuando la dote esta constituida por la misma esposa, la cual puede obtener la restitución para la hipótesis que el matrimonio se disuelva por su muerte. Que la mujer pudiera estipular para sus propios herederos, seria inútil. Aunque recibiría la ayuda de la --*stipulatio cum moriar*: La promesa de restitución de la parte del marido estaría referida al ultimo momento de la vida de la mujer; en tal caso, la dote debe de ser restituida a los herederos de ella lo que modificaría la trayectoria de los bienes ya que heredero de la mujer puede ser el propio marido. VOCI, *Diritto ereditario ...*p. 275

<sup>41</sup> VOCI, *Diritto ereditario...*, op. cit. p. 275.

<sup>42</sup> PAULUS *lib. XXIV Quaestionum*.



## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

*post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata.*

Donde se establece que los privilegios de la dote y de la tutela se pierden, si después del divorcio se comprende en estipulación la dote, o si después de la pubertad se realiza novación sobre la acción de la tutela mediante un acto especial, si bien esto no es admisible después de haber contestado a la demanda.

En este fragmento se mezclan dos cosas dispares: el *privilegium dotis et tutelae*<sup>43</sup>, sobre los cuales vascula una idea central y es la del tratamiento que reciben ambos privilegios, según se trate del *privilegium dotis*, en cuyo caso se permite la novación del crédito dotal, o si llegada la pubertad se hace lo mismo con el *privilegium tutelae*, por razón de haber sido aprobadas las cuentas de la tutela, y no admitiendo la posibilidad de dichos pactos cuando ya se ha producido la contestación a la demanda.

Nada aclara acerca de si la inmodificabilidad de este *privilegium exigendi* lo es en virtud de la *actio rei uxoriae* o si lo es por la *actio ex stipulatu*<sup>44</sup>. Pero puesto que se trata de un texto de Paulo no debería de haber dudas de que se trata de la *actio rei uxoriae*<sup>45</sup>.

En cualquier caso, de lo que podemos estar razonablemente seguros es que la *stipulatio* tienen efectos novacionales sobre el privilegio dotal siempre y cuando se lleve a cabo antes de la demanda<sup>46</sup>. Si la disolución del matrimonio ya se ha producido<sup>47</sup>, no puede ser admitido pacto alguno sobre la transmisibilidad de la dote<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> Probablemente la referencia al *privilegium tutelae* no es sino a modo de ejemplo.

<sup>44</sup> En la doctrina consideran no se extiende a ambas entre otros, LAURIA, "La dote romana", Atti -Napoli 57 (1937), p. 295 --ss.; SOLAZZI parece concluir que correspondería también a la *actio ex stipulatu*. SOLAZZI, *Il concorso dei...* op. cit., p. 166, n. 1.

<sup>45</sup> Puesto que su abolición sucede con Justiniano en el año 530, según C.5.13.1.

<sup>46</sup> Según VOCI "Los instrumentos de los cuales las partes se sirven son la *stipulatio* y el pacto. La *stipulatio* sustituye al propio régimen de la transmisibilidad hereditaria a aquel dictado por la --*actio rei uxoriae*; ya que se trata de una *stipulatio* de restituir no de dar, el régimen es aquel de la transmisibilidad activa y pasiva...". VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, Milano 1967, p. 275.

<sup>47</sup> Disuelto el matrimonio y agotada la función de la dote, el titular -o sea el marido- no tiene motivo para retenerla cerca de el y debe de restituirla. Así se puede ver por ejemplo, en D.23.3.7.3; 23.5.13.2; o también D.23.3.66; 41.2.3.21; C.5.12.11. VOCI, *Diritto ereditario romano...*, p. 271, n. 211; idem. p. 274.

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

Sin embargo debemos de analizar el caso en el que puede admitirse pacto sobre su transmisibilidad, cosa que veremos a continuación.

### 2.2.- SU TRANSMISIBILIDAD *INTER VIVOS* Y *MORTIS CAUSA*.

El régimen post-clásico cambia sustancialmente lo anterior fuertemente restrictivo a la transmisibilidad del privilegio dotal. La razón está en que ha cambiado la estructura de la propia familia y de la sucesión.

Si en la época clásica el régimen legal es la intransmisibilidad de la dote<sup>49</sup> matizada por la posibilidad convencional vía estipulatoria de la *adstipulatio* o la *adiectio solutionis causa* de una transmisibilidad bilateral.

Según VOICI, las derogaciones al régimen legal son posibles, bien con el uso de la *stipulatio* o del pacto<sup>50</sup>. Esto después de la constitución de Teodosio II y Valentiniano III es inevitable<sup>51</sup>. En la época post-clásica y con mayor claridad en la justiniana la culminación la podemos encontrar en la constitución del primero de noviembre del 530. Así en C.5.13.1.16:

*Illud etiam generaliter praesenti addere sanctioni necessarium esse duximus ut, si qua pacta intercesserit vel pro restitutione dotis vel pro tempore, vel pro usuris, vel pro alia quacunque causa, quae nec contra leges nec contra constitutiones sunt ea observentur.*

Con lo cual alcanzan plena validez cualesquiera pactos<sup>52</sup> dirigidos a la restitución de la dote siempre y cuando no fueran contrarios a las leyes o a otras constituciones. Queda abierta pues, de esta forma, la consideración de un nuevo tipo de acción, diferente de las anteriores que va a recibir el termino genérico de *actio de dote*<sup>53</sup>. El nombre de *actio de dote* va a ser utilizado por los compiladores de las Pandectas; mención que sustituiría en varios fragmentos a la mas antigua de *actio rei*

---

48<sup>48</sup> Según SOLAZZI "la promesa de restituir la dote se lleve a cabo antes o durante el matrimonio no debería afectar al privilegio de la dotada". SOLAZZI, op. cit. p. 166.

49<sup>49</sup> C.7.74.1.

50<sup>50</sup> VOICI, *Diritto ereditario romano*, ...p. 278, n. 235.

51<sup>51</sup> C. TH. 3.13.4; C.5.11.6 (ann. 428).

52<sup>52</sup> Por otra parte, Justiniano en C.5.13.1.13 a igual que lo hemos visto en el fragmento 16 habla indiferentemente de pacto y de estipulación.

53<sup>53</sup> VOICI, *Diritto ereditario romano...*, p. 279, n. 238.

**LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-**

*uxoriae*<sup>54</sup>. Dicho termino es por tanto suprimido en los textos recogidos en el Digesto e invariablemente sustituido.

Las dificultades QUE PLANTEA determinar quién va a estar legitimado para realizar tales pactos, van a ser resuelto en la misma constitución.

Así en C.5.13.1.13:

*...in praesenti autem non sic esse volumus, sed si non speciliater extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus est vel pactum fecerit, tunc praesumatur mulier ipsa stipulationem fecisse, ut ei dos ex huiusmodi casu accedat.*

Aunque el texto se refiere evidentemente a la *dos adventicia* -ya que habla de *extraneus dotem dando*-, Justiniano va a aplicar su idea de una *fictio stipulationis* de tal manera que llega a suponer que la mujer puede estipular para si la restitución, a menos que exista un pacto expreso sobre ello que lo impida.

Sea de forma ausente, porque el texto lo permite pensar, o sea de una forma inadecuada, el resultado no cambia: la mujer tiene acción. En realidad, la legitimación de la mujer ya había sido admitida en cuanto a la *adiectio* la cual legítima a la mujer para recibir el pago<sup>55</sup>. En este sentido, en D.23.4.23 se concede a la mujer como *adiecta* una acción, que el texto llama *utilis*<sup>56</sup>, aunque VOCI considera que esta acción no pudo ser de origen justiniano<sup>57</sup>. Esta *actio*, se trata de una acción derivada de la *fictio stipulationis* justiniana, aunque RICCOBONO en cambio, que estudia particularmente la *quaestio* de Paulo de D.24.3.45, cree en el origen clásico de la *Actio utilis*<sup>58</sup>. ALBERTARIO, en contra de RICCOBONO mantenía que ninguna *actio utilis* se concedía en el derecho clásico<sup>59</sup>

---

54<sup>54</sup> Por otra parte, Justiniano aboliría también las *retentiones* (C. 5.13.1.5).

55<sup>55</sup> *Adiecta* es la mujer que llega al matrimonio, la cual tiene derecho a la restitución de la dote como si lo hubiese expresamente estipulado--, como es acogido en D.45.1.56.2.

56<sup>56</sup> La referencia a una especie de *actio utilis* es mencionada tanto en D.24.3.45 (Paulus, 6 *Quaest.*): *...Sed permittendum est nepti ex hac avita conventionione, -ne commodo dotis defraudetur utilem actionem*; como en D.45.1.45.2 (Paul. 12 *Sab.*): *...Sed primo casu filiae utilis actio competit*; o en C.5.14.7 ( Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS, ann. 294-305): *...tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur actio.*

57<sup>57</sup> VOCI, *Diritto ereditario romano...*, p. 284, n. 245.

58<sup>58</sup> RICCOBONO, *Formazione e sviluppo del diritto romano*, Palermo 1.934, p. 262.

59<sup>59</sup> ALBERTARIO, *Studi I*, p. 351.

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

Salvado el escollo de la legitimación, lo que es indudable es que una nueva especie de *actio* es introducida. Ahora bien, quedaría por saber si es posible su transmisibilidad *intervivos* o *mortis causa*.

Dentro de las alteraciones sobre el privilegio dotal se podrían incluir el *pactum de non petendo*, en razón del cual la dote no puede ser restituida si existían hijos o al menos no se está obligado a restituir en menos que las cuotas reservadas a los hijos, entendiéndose tantas cuotas como los hijos<sup>60</sup>. Y de la propia concepción del pacto, también depende que el mismo pueda hacerse valer también respecto a los herederos<sup>61</sup>.

La posibilidad de una transmisibilidad del crédito dotal por vía estipulatoria se va abriendo camino a través del *pactum de non petendo* tanto en la *dos profecticia*, como en la *dos adventicia*, mediante *pactum* concluido para sí y para el propio hijo.

Las fuentes contienen ejemplos de ello, como son sendos fragmentos de Celso y de Pomponio. El texto de Celso, recogido en D.2.14.33<sup>62</sup>:

*Avus neptis nomine quam ex filio habebat, dotem promisit et pactus est ne a se neve a filio suo dos peteretur. Si a coherede filii dos petatur ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit filius vero exceptione conventionis recte utetur. Quippe erederi consuli concessum est nec quicquam obstat uni tantum ex heredibus providere si heres factus sit ceteris autem non consuli.*

Y en relación con él, un fragmento de Pomponio acogido en D.23.4.10<sup>63</sup>:

---

<sup>60</sup> Esta alusión a la restitución de la dote, nos llevaría a hacer referencia al régimen de las *-retentiones*. Según VOICI, "... Quien tiene la carga de restituir la dote tiene también el derecho de retener una parte por causa de la dote ( *date causa*).... Justiniano aboliendo las *retentiones* no ha cancelado el recuerdo de los textos clásicos. Sabemos que en el régimen de la *dos profecticia*, disuelto el matrimonio por muerte de la mujer, el marido tiene en las relaciones con padre de ella, el derecho de retener tantos quintos de la dote cuantos sean los hijos ( hasta el completo agotamiento de la dote misma). Disuelto por el contrario el matrimonio por divorcio, debido a culpa de la mujer o del padre de ella, el marido (tanto en el régimen de la *--dos profecticia* como en el de la *dos adventicia* ) tiene derecho a una *retentio propter liberos* y una *retentio propter mores*: *Propter liberos* retiene un sexto para cada uno de los hijos ( hasta la cantidad máxima de tres sextos); *propter mores* retiene un sexto o un octavo, según que se trate de *mores graviores* (adulterio) o *leviores* (faltas menores). Hay todavía las *retentiones propter donatas, propter res amotas, propter impensas*, que se hacen valer independientemente de la naturaleza de la dote y de la causa de la disolución del matrimonio". VOICI, *Diritto ereditario romano...*, p. 276.

<sup>61</sup> VOICI, *Diritto ereditario romano...*, p. 276, n. 225, donde cita a modo de ejemplo D.23.4.12 pr; 24; 26.2; 24.3.48; y D.23.4.2.

<sup>62</sup>

CELSIUS, *lib. I Digestorum*.

**LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-**

*Avus pactus est cum dotem pro nepote suscepisset ne a se neve a filio dos peteretur ab alio vero quam filio herede ut dos peteretur. Exceptione conventionis filius tuendus erit, quippe heredi nostro cavere concessum est, nec quicquam obstat, quominus certae personae, si heres erit sibi, caveri possit, quod non idem et in ceteribus heredibus cavetur: et ita Celsus scribit.*

En ambos casos el abuelo pacta sobre la dote estipulando (*pro neptis, pro nepote*) que la dote no sea devuelta ni a él, ni a su hijo, sino a otro coheredero del hijo, el cual va a ser amparado con una *exceptio* procedente de la misma *conventio* con la idea de perseguir el efecto de que la dote sea devuelta sólo a este último, de tal manera que el pacto aprovecha a uno solo de los herederos<sup>64</sup>. Las diferencias están en que en el texto de Celso de D.2.14.33 es el abuelo el que promete la dote y pacta en favor de otro que no es el hijo sino otro coheredero<sup>65</sup>. En cambio en Pomponio es el abuelo el que recibe la dote en razón al matrimonio del nieto. Y aquí, si que nos encontramos con un autentico *pactum de non petendo* en tanto que pide que la restitución no le sea pedida ni a él ni al hijo sino a otros coherederos<sup>66</sup>.

La misma posibilidad de la transmisibilidad del crédito dotal se va abriendo camino así mismo en la *dos adventicia*<sup>67</sup>. Esta eventualidad de la transmisibilidad

---

63<sup>63</sup>

POMPONIUS lib. XXVI *ad Sabinum*.

64<sup>64</sup>

Era discutido en derecho clásico si una parte pudiese pactar para si y para otro ( u otros) a través de sus herederos. En cuanto a la cuestión de si se podría pactar en favor propio o de otros, incluidos los herederos, del texto se podría pensar que Celso era de la opinión afirmativa. VOICI, *Diritto ereditario romano...*, pp. 289-290, nn. 251-252.

65<sup>65</sup>

La dificultad estriba en que si bien era admisible que cualquiera pudiera pactar para si y para sus propios herederos, aquí se introduce un factor nuevo: La restitución no va dirigida al propio hijo que interviene -bien por si, bien en su nombre- en el pacto, sino a otro. De ahí que o bien habría que entender que el otro heredero debe de ser mencionado como destinatario o bien considerar que el texto de Celso ha sido corregido para plegarse a las innovadoras tesis -justinianas de permitir los pactos a favor de terceros en contra de la regla *obligatio a persona heredis incipere non potest*.

66<sup>66</sup>

El hecho de que Pomponio reclame la opinión de Celso estaría mas relacionado con que el supuesto se refiere aparentemente a un mismo caso. Lo que explicaría las palabras *et ita Celsus scribit*. VOICI, supone que las palabras *Celsus -scribit* fueron seguidas en el texto original de la mención del caso al cual Celso efectivamente se refería (VOICI, op. cit., p. 290, n. 252).

67<sup>67</sup>

Según VOICI "Cuando la dote es *adventicia*, el debito de la restitución es de la misma persona vista en el caso de la *dos profecticia*. El **EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD Y SUS EXCEPCIONES: LAS HIPOTECAS PRIVILEGIADAS.** Luis Mariano Robles Velasco.

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

intervivos del crédito dotal podemos encontrarla en un complicado texto de Paulo recogido en D.24.3.45 (46)<sup>68</sup>:

*Gaius Seius avus maternus Seiae nepti, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit et instrumento dotali huiusmodi pactum et stipulationem complexus est: "si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiae uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur restituereturque". Quaero, cum Seius avus maternus statim vita defunctus sit et Seia postea sine culpa sua divorterit vivo patre suo, in cuius potestate est an et cui actio ex hoc pacto et stipulatione competat et utrum heredi avi materni ex stipulatu an nepti. Respondi in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur: quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est Seiae posse dotem solvi (quamvis actio ei directo non competat), ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset. Sed permittendum est nepti ex hac avita conventionem, ne commodo dotis defraudetur utilem actionem: favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est.*

El texto plantea la siguiente cuestión: El abuelo materno de Seya, Gayo Seyo, constituye dote mediante la entrega de una suma de dinero que entrega a Lucio Ticio, marido de Seya. Ambos estipulan en pacto dotal que si el matrimonio se disuelve por divorcio sin culpa de Seya la dote fuera restituida en primer lugar a Seya y en segundo lugar al abuelo.

Una vez que se ha producido el fallecimiento del abuelo de Seya, tiene lugar el divorcio sin culpa de Seya, y puesto que Seya está aún bajo la potestad de su padre<sup>69</sup>, se plantea la cuestión de si la legitimación para reclamar la restitución dotal

---

crédito de la restitución procede o no según las varias causas de disolución del matrimonio. Muerta la mujer, ninguno puede pedir la dote. Muerto el marido, o sobrevenido el divorcio, el crédito es atribuido o a la mujer --*sui iuris* o a su *pater familias*, pero no es transmisible a los herederos respectivos..." (VOCI, *Diritto ereditario romano...*, op. cit. p. 273, n. 219).

68<sup>68</sup>

PAULUS, *lib. VI Quaestionum*.

69<sup>69</sup>

Lo que desconcierta un tanto, pues ha contraído matrimonio. Pero si ello fuera así ...¿Cómo justificar la no intervención del padre?. Para VOCI, probablemente tal mención vendría planteada con la finalidad de hacer mas admisible el régimen de legitimación de la acción, ya que si la respuesta fuera negando la acción no tendría sentido pronunciarse. - VOCI, op. cit., p.283, n. 242).

**EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD Y SUS EXCEPCIONES: LAS HIPOTECAS PRIVILEGIADAS.**  
**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

corresponde a los herederos del constituyente puesto que el abuelo ha muerto<sup>70</sup>, o si le corresponde a la propia nieta.

La respuesta del jurista es que aunque no le correspondía directamente la acción a Seya, sin embargo, se le concede una *actio utilis* sobre la base del favor de las nupcias y la máxima protección o afecto de las personas (*favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum*).

La diferencia con el régimen clásico estriba en que el abuelo no estipula para si y en segundo lugar para la nieta, sino que invierte los términos con lo cual esta estipulación iría contra la prohibición de permitir los contratos en favor de terceros<sup>71</sup>.

Y por otra parte, plantearía la cuestión de si la intervención justiniana del texto supone la derogación de la prohibición de los contratos en favor de tercero al concederle acción a quien ni siquiera ha intervenido en la *stipulatio* (sea la hija o el padre)<sup>72</sup>. O bien reconocer que la legitimación es atribuida a la mujer debido a la protección que se concede a quienes por estar bajo potestad están mas necesitados de ella. De ahí que a pesar de faltar la *voluntas* en el caso de la mujer o la prohibición existente para el constituyente, se permite por algunas constituciones estipular en favor de los hijos si están en potestad<sup>73</sup>. De esta forma, a la mujer se le concede una *actio utilis* que va a ser el antecedente de la justiniana *actio dotis*.

¿Se podría dar la misma posibilidad de la transmisibilidad del crédito dotal en caso de muerte?. O dicho en otros términos ¿Son posibles los pactos sobre la restitución del crédito dotal en caso de muerte?.

---

70<sup>70</sup>

está bajo su potestad.

En realidad debiera ser al padre, si fuera cierto que

71<sup>71</sup>

Con lo cual se produce una ficción a la que tan acostumbrados estaban los romanos para no tener que reconocer aquí un vicio de forma -negocial. VOCI, op. cit., p. 283, n. 243.

72<sup>72</sup>

ALBERTARIO es favorable a esta ultima tesis (*Studi... I*, p. 351). La solución para salvar la prohibición y ver en el pacto una *adiectio* válida respetando los moldes clásicos de conceder a los herederos del estipulante la acción y a la *adiecta* solamente la facultad de reclamar la *solutio* es demasiado sutil. VOCI, op. Cit., p. 284.

73<sup>73</sup>

Este es el caso recogido en C.5.12.26 (DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS, ann. 294.): *Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem.*

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

Las fuentes nos ofrecen distintos supuestos donde se contempla tal posibilidad. Así un texto de Africano, recogido en D.23.4.23<sup>74</sup>:

*Pater cum filiae suae nomine dotem daret, pactus est, ut mortua filia uno pluribusve liberis supertitibus deducta parte tertia reliqua dos sibi aut post mortem suam illi aut illi filiis quos in potestate habebat reddatur: deinde haec ita fieri stipulatus est: post mortem eius mulier in matrimonio decesserat relictis filiis: quaestium est, an ex stipulatione duas partes illi petere possint. Respondi non posse: etenim vim stipulationis hanc esse, ut, si in matrimonio mortua esset, dos patri redderetur et perinde habendum ac si talis stipulatio interposita fuisset: "si navis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam Lucio Titio dari spondes?", Nam et si post mortem stipulatoris navis venisset heredi deberi.*

Si prescindimos del argumento analógico "*si navis ex Asia venerit...*", el supuesto plantea en régimen de dote profecticia una estipulación según la cual el padre acuerda que caso de disolución del matrimonio por muerte de la hija, existiendo hijos, un tercio lo retendrá el marido y dos tercios serían para el padre o después de su muerte a sus hijos en potestad. La cuestión se plantea cuando a la muerte de la hija le sigue la del padre, preguntándose si podrían los hijos reclamar en virtud de la *stipulatio* para obtener el resto de la dote. Si no hubiera mediado tal estipulación probablemente la restitución de la dote debería de ir destinada a los hijos de la mujer, pero la existencia del pacto dotal cambia substancialmente esta trayectoria ya que pretendidamente va a ir destinada en favor de los hijos del constituyente *post causa mortem patris*.

Lo interesante es que permite el cambio de destino de los bienes dotaes y concede la posibilidad de pedir la restitución en favor de quienes no han tomado parte en la estipulación pero si van a ser beneficiarios del pacto.

En el régimen clásico, esto no sería posible pues la regla *obligatio a persona heredis incipere non potest* obligaría a una respuesta negativa. Sin embargo la *stipulatio* convierte a los hijos del estipulante en *adiecti* lo que hace posible la restitución de los bienes dotaes, no por razón de ser herederos del padre, sino en virtud de la *adiectio solutionis causa*<sup>75</sup>.

Dentro del régimen de dote adventicia un texto de Pomponio formula similar línea argumental sobre el cambio del régimen legal. Se trata de D.23.4.9<sup>76</sup>:

*Si ita conveniat ut si vivo socero mortua sit filia ipsi socero, si mortuo filio eius, si filio quoque defuncto totum suo heredi reddatur benigna interpretatione potest defendi utilem stipulationem esse.*

---

74<sup>74</sup>

AFRICANUS, *lib. VII Quaestionum*.

75<sup>75</sup>

pp. 280-282.

Véase, VOCI, *Diritto ereditario romano...*, op. Cit.

76<sup>76</sup>

POMPONIUS, *lib. XVI Ad Sabinum*.



## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

El *socero*<sup>77</sup> conviene sobre una pretendida dote concedida por él que, en caso de muerte de la mujer la dote sea devuelta a él; y muerto él o por sus muertes sucesivamente a su hijo o a su heredero en su caso, considerando válida tal estipulación según *benigna interpretatione*.

En realidad no se trata de una abrogación de la regla de la *obligatio a persona heredis incipere non potest*<sup>78</sup>, ya que aunque el *socero* estipula la restitución para sí, o en su caso en favor del hijo, o de su heredero, mas que una *obligatio a persona heredis* es por el contrario algo favorable. De ahí que no choque tan frontalmente con la posibilidad de estipular en favor del hijo *in potestate*<sup>79</sup>.

La diferencia respecto a los textos anteriores, es que ya no se acude a la *adiectio solutionis causa* ni a la *adstipulatio*, ni siquiera se recurre a la necesidad de una posterior disposición de los bienes por el hijo en favor del heredero; ello, lo que muestra es un deseo vinculante de la dote adscribiendo los bienes dentro del tronco familiar<sup>80</sup>.

---

77<sup>77</sup>

El *Socero* utilizado por el texto, según VOICI, es el padre puesto que después habla de *filia* lo cual permitiría pensar en una dote profecticia. Pero si en cambio lo entendemos como "suegro" se trataría de dote adventicia, aunque ello no rompe el sentido de la tesis de la modificación del régimen legal de la restitución del crédito dotal. VOICI, *diritto ereditario...*, p. 285.

78<sup>78</sup>

Según VOICI, "la consecuencia de la regla PÑ! *obligatio a persona heredis incipere non potest* puede verse en una respuesta de Paulo (PAULUS, lib. VII Resp. Vat. 98): *Paulus respondit stipulationem quidem in hunc casum conceptam "cum moriar dari" utilem esse, etiamsi mixti casus non intervenirent; ut autem de dote sua, quam apud maritum habet, -mulieri testari liceat, inutiliter convenisse videri.--*

La respuesta expone una alternativa: O la mujer estipula la restitución de la dote con la cláusula *cum moriar*; o concluye un pacto, cuyo contenido es que le sea permitido disponer por testamento de la dote. La estipulación es válida y hace entrar en su patrimonio el crédito a la restitución... En cambio, un pacto que tuviese por contenido no la restitución, sino la posibilidad de testar sería nulo. ----VOICI, *diritto ereditario...*, pp. 286-287, n. 249.

79<sup>79</sup>

Ello es debido precisamente a que el hijo está *in potestate*. En caso diferente y por no estarlo caería bajo la prohibición de la regla *obligatio a persona heredis incipere non potest* y como consecuencia el acto es nulo, como se puede ver en C.5.14.4 (GORDIANUS, ann. 240).

80<sup>80</sup>

Desde este punto de vista es similar en sus resultados a una disposición fiduciaria. Sobre el fideicomiso de familia, *Nov. Iust.* 159.

**EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD Y SUS EXCEPCIONES: LAS HIPOTECAS PRIVILEGIADAS.**  
**Luis Mariano Robles Velasco.**

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

La transmisibilidad al heredero estaría pues en función de que medie pacto o no, pues si no lo hubiera el régimen legal sería el de la intransmisibilidad<sup>81</sup>, como aparece en C.7.74.1<sup>82</sup>, según vimos donde el privilegio de la dote, al ser personal no es transmisible al heredero:

*Scire debes, privilegium dotis quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredem non transire.*

Un avance en este sentido, lo va a llevar a cabo Justiniano en la Nov. 91<sup>83</sup> donde concede el privilegio también a los hijos de la dotada:

*Dudum iudicantibus nobis in dubitationem venit causa multa correctione digna et legislatione clariore non indigna. Etenim quidam prioris factus uxoris vir, quum eam extulisset, deinde secundae dotem suscipiens et filios ex priore relinquens obiit adhuc secunda superstite. Volebat igitur secunda uxor dotem a se datam exigere, privilegio utens a nobis dato, contradicebant autem ex priore matrimonio filii et ipsi maternam obiicentes dotem et dubium erat utrum etiam non superstite uxore priore oporteret suscipi filios contra secundae dotem litigantes. Non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium aut heredibus, aut creditoribus, sed solis filiis. Plurimae siquidem dubitationes exstiterunt in hac causa, dicente secunda, quoniam expendisset ante, quam ad eius venisset matrimonium, prioris uxoris dotem, et non esse iustum, suam quidem quod tantum inventus est reliquisse vir, quantum sufficeret soli secundae, dotem eam perdere, illos autem expensam iam dotem percipere. Sed filii hypothecas proponebant, quoniam omnino rebus exsistentibus morienti hypothecae seniores potiores, quam secundae essent.*

El planteamiento es el siguiente: El marido viudo de un primer matrimonio fallece dejando hijos de la primera mujer. La segunda mujer ante el fallecimiento de éste reclama su respectiva dote utilizando para ello el privilegio dotal en concurrencia con los hijos de la primera que reclaman la restitución de la primera dote. La cuestión se plantea en si habiendo hijos de la primera mujer ¿serían preferentes en la restitución frente al privilegio dotal de la segunda?. La segunda esposa alegaba que la dote de la primera ya había sido gastada por el marido fallecido y consiguientemente no sería justo que recibieran el valor de la dote ya gastada.

La clave de la respuesta está tanto en el reconocimiento de la transmisibilidad del privilegio dotal a los hijos de la dotada, aunque no sin embargo a otros herederos o acreedores (*non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium aut heredibus, aut creditoribus, sed solis filiis*), como en la asimilación del crédito

---

81<sup>81</sup> SOLAZZI, *il concorso dei...* op. cit., p. 170.

82<sup>82</sup> SEVERUS et ANTONINUS, *ann. 209*.

83<sup>83</sup> Const. XCIII, *Imp. Iust. ann. 539*.

**LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR  
RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-**

dotal a una hipoteca anterior sobre los bienes del marido fallecido y por tanto la hipoteca mas antigua es preferente a la posterior derivada de la segunda dote.

Lo que nos lleva a tratar del privilegio dotal configurado como garantía real.

**3.- LA CONFIGURACIÓN DE LA GARANTÍA REAL EN EL  
*PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS.***

No se nos oculta que de lo llevamos dicho anteriormente se plantea una cuestión trascendente: ¿El privilegio dotal recae sobre bienes concretos o solo es un crédito de restitución garantizado, eso si con garantía real sobre los bienes que en ese momento existan en el patrimonio del marido?.

La cuestión tiene su importancia pues como declara Modestino en D.50.17.196<sup>84</sup>, los privilegios pueden ser *quaedam causae sunt, quaedam personae*:

*Privilegia quaedam causae sunt quaedam personae; et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt; quae personae sunt, ad heredem non transeunt.*

Según dicho texto, sólo los privilegios por razón de la causa pueden ser transmitidos, pero los que son por razón de la persona no son transmisibles al heredero<sup>85</sup>.

Contándose en el grupo de los privilegios personales los del fisco, del municipio, de la esposa por la restitución de la dote, de las personas incapaces contra

---

<sup>84</sup> *MODESTINUS Lib. VIII REGULARUM.: Privilegia quaedam causae sunt quaedam personae; et ideo quaedam ad heredem -transmittuntur, quae causae sunt; quae --personae sunt, ad heredem non transeunt.*

<sup>85</sup> De ahí que en C.7.74.1 diga que ... *privilegium dotis quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredem non transire.*

**LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR  
RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-**

sus tutores o curadores<sup>86</sup>, lo que tiene su reflejo en la transmisibilidad hereditaria: Los privilegios personales no pasan a los herederos<sup>87</sup>.

---

86<sup>86</sup>

D.42.5.19.1.

87<sup>87</sup>

Según SOLAZZI, es indudable que una aplicación de la regla *non causae sed personae succurritur* es que dichos privilegios no se transmiten a los herederos. Cfr. D.26.7.42. SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori ...*p. 173, n. 1; idem. p. 193.

LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR  
RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

3.1.- PRIORIDAD DEL CRÉDITO DOTAL EN CONCURRENCIA  
CON OTROS CRÉDITOS.

En la época clásica la preferencia entre privilegios se establecía no precisamente por razón del tiempo, sino *quaedam personae* y dentro de los créditos privilegiados el criterio de la prioridad temporal no siempre era relevante. Así en D.42.5.32<sup>88</sup>:

*Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa; et si eiusdem tituli fuerunt concurrunt licet diversitates temporis in his fuerint.*

No obstante, BESELER<sup>89</sup> considera este fragmento espúreo debido a la inclusión del termino *diversitates*. Por otra parte, la frase *et si ... fuerint*, da pie a SOLAZZI a formular una conjetura de reconstrucción:

*privilegia [fisci causa excepta], non ex tempore aestimatur, sed [aequis] partibus concurrunt*<sup>90</sup>.

Con lo cual cambiaría el sentido de la frase: Todos los privilegios, exceptuando el del fisco, se estimarían por razón del tiempo. Sin embargo, ya vimos en otro lugar<sup>91</sup>, como en D.49.14.6, Ulpiano parecía distinguir entre el momento en el cual el *privilegium fisci* no estaba aún configurado como tal -y por tanto no existían diferencias entre los derechos del fisco y los créditos de los particulares<sup>92</sup>-, y en momento posterior, donde el --privilegio del fisco ya si aparece como tal obteniendo a partir de entonces, preferencia sobre los demás. En este segundo momento es donde el que se puede situar el texto reconstruido de Paulo de D.42.5.32.

---

88<sup>88</sup> PAULUS, *Lib. singulari Regularum*.

89<sup>89</sup> BESELER, ZSS, 45 p. 477; *cit.* por SOLAZZI, *op. cit.* p. 192, n. 1.

90<sup>90</sup> SOLAZZI, *Il concorso dei...*, *op. cit.* p. 192.

91<sup>91</sup> En el Cap. anterior, al tratar del *Privilegium fisci*.

92<sup>92</sup> Así lo vimos también al ocuparnos de -C.7.73.2 donde el privilegio del fisco cesa frente a créditos anteriores y mas cuando estos son privilegiados.-

**LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-**

De esta manera, también se podría explicar el texto de C.5.12.9<sup>93</sup> donde el crédito dotal privilegiado se manifiesta con preferencia incluso a créditos del municipio<sup>94</sup> que son contraídos con posterioridad:

*Dotis tuae potiolem causam magis esse convenit, quam reipublicae, cui postea idem maritus obnoxius factus est.*

Y sin embargo en la doctrina todavía hay quien se resiste a ver esta posibilidad<sup>95</sup> considerando a C.5.12.9 como "piedra de escándalo"<sup>96</sup>, o tratando de considerar a *postea*<sup>97</sup> como un dato irrelevante o casual de mero hecho<sup>98</sup> que se incluye en el rescripto y asignando al privilegio dotal un puesto posterior a los gastos fúnebres y a los créditos fiscales, sin justificación para ello, invocando el texto de C.8.18(17).12.pr<sup>99</sup>:

---

93<sup>93</sup>

*Imp. DECIUS et DECIUS, ann. 250.*

94<sup>94</sup>

D.50.1.10 (*MARCELLUS, Liber singulari de delataribus*): *Simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit.*

Texto en el cual nos hace pensar que para que una ciudad tenga sobre los bienes del deudor un privilegio similar al del fisco requiere de un reconocimiento del príncipe, con lo cual la asimilación del tratamiento del privilegio en favor de los municipios a los del fisco depende en última instancia de la voluntad imperial.

95<sup>95</sup>

Esto es, que el crédito dotal sea considerado preferente frente a los demás créditos como si fuera frontalmente contra la regla de D.42.5.32 "*privilegia non ex tempore aestimantur*", regla que sin embargo, admite numerosas excepciones.

96<sup>96</sup>

SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori ...*, p. 189.

97<sup>97</sup>

Para SOLAZZI, "*Postea* es copiado o colocado por un error del amanuense. Ya en las Bas. 29.1.96 y los correlativos scolios de Teodoro y Teleleo no nos dirían nada..." (SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...* p. 191, n.2). En contra LAURIA, "La dote romana", *Atti Napoli 57* (1937), p. 288, n. 176.

98<sup>98</sup>

VANGEROW, *Pandekten*, III, pp. 224, ss; LABAND, *Privilegia dotalis hypothecarii: Origo, historia atque indoles*, Vraislava 1858, p. 28. Y niega la relevancia de *postea* DERNBURG, *Pfandrecht II ...*, p. 444, n. 4.

99<sup>99</sup>

*Imp. IUSTINIANUS, ann. 531.*

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

*Nos itaque ad antiquas leges perspeximus in personalibus actionibus rei uxoriae actioni, quam in praesenti sustulimus, magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes paene personales actiones habeant privilegia et creditores alios antecedant, licet fuerant anteriores.*

Esto no se debe de admitir, puesto que este último texto se refiere a una época muy posterior como es la justiniana, aparte que en realidad se ocupa de confirmar la derogación de la *actio rei uxoriae* y acto seguido confirmar el reconocimiento de una acción real sobre los bienes que componen la dote, de modo que fuera preferente frente al resto de las acciones personales y contra acreedores anteriores, como ya había sido reconocida por una constitución anterior del año 529 y recogida en C.5.12.30:

*In rebus dotalibus, sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus si tamen existant, sive aestimatae sive inaestimatae sint mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiore causam in his per hypothecam vindicare, quum eadem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio.*

Texto donde consagra el privilegio de la mujer sobre los bienes dotales, sean muebles o inmuebles -con tal de que existan<sup>100</sup>-, ya se trate de dote estimada o inestimada, otorgándole preferencia frente a los acreedores del marido aunque sean anteriores, dado que tales bienes -que puede reclamar en virtud de hipoteca- eran de la mujer desde un principio y en su dominio permanecieron.

La conclusión es evidente: Justiniano pondría al crédito dotal en la situación de ser considerado un crédito mas elevado que los otros créditos privilegiados<sup>101</sup>. Esto nos llevaría a tratar de analizar la prioridad del crédito dotal, no ya desde el punto de vista de las acciones personales sino dotado con una acción real e incluido en el marco de las relaciones hipotecarias.

### 3.2.- EL CRÉDITO DOTAL GARANTIZADO CON ACCIÓN REAL.

En realidad, la tendencia ya había sido iniciada antes de Justiniano con la constitución de Antonino Caracalla del 213 recogida en C.7.73.2<sup>102</sup>, como vimos

---

<sup>100</sup> Las palabras a las que se refiere el texto *si tamen existant* ha hecho dudar a los interpretes si se refiere a todos los bienes muebles e inmuebles que existen material o físicamente, o a los bienes que de hecho existan en el patrimonio del marido a la disolución del matrimonio VOLTERRA, op. cit., p. 681, n.139.

<sup>101</sup> SOLAZZI, op. cit. p. 190.

<sup>102</sup> Imp. ANTONINUS, ann. 213: *Quamvis ex causa dotis....* SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori....*, p.187, n.4; y p.140, n. 3; FREZZA, *Le garanzie*

## LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-

anteriormente donde el marido condenado a la restitución de la dote en concurrencia con los derechos del fisco, delimitaba la preferencia del fisco a que hubiera contratado antes el marido con el fisco, o caso que la obligación fiscal fuera posterior, cesaba el privilegio del fisco. En dicho caso, si bien bajo la cobertura de un *privilegium exigendi*, la actuación de la mujer iba destinada a lograr la restitución de la dote, pero sin llegar a poder obtener preferencia ante los derechos del fisco, si el marido hubiera contraído con anterioridad con el fisco.

Con la reforma justiniana se cambia el régimen anterior de un privilegio basado en acciones personales para ser sustituido por un derecho real protegido por una acción real. Esto es fundamentalmente lo que va a marcar la diferencia entre uno y otro régimen jurídico. Así en C.5.12.30<sup>103</sup>:

*...Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem quasi in huiusmodi rebus propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur.*

Justiniano concede una acción real porque ya había dejado claro que los bienes eran desde un principio de la mujer y bajo su dominio habían permanecido, de ahí que añade, *eadem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio.*

Esto explica la concesión de una *in rem actionem* aunque matizada por el *quasi in huiusmodi rebus propriis habere*. Y Si hubiera alguna duda, ésta quedaría despejada con la aseveración justiniana que concede una hipoteca frente a todos los anteriores poseedores (*hypothecariam omnibus anteriorem possidere*).

La posible singularidad de la antítesis *sive in rem sive hypothecariam* puede quedar aclarada, si entendemos que si bien en ambas se reconoce a la mujer con posibilidad de plena decisión (*ei plenissime consulatur*) ésta la puede ejercitar, optando bien por la acción real si los bienes están aún en el patrimonio del marido (*ad mariti substantiam*), bien por la propia acción hipotecaria que gravitaría sobre los bienes de cualquiera que sea el poseedor actual en cuyas manos se encuentren (lo que encajaría con *anteriorem possidere*). Solo faltaría por ampliar la consideración del *privilegium exigendi dotis* como un derecho real ejercitable frente a terceros, con el reconocimiento de dicho privilegio como hipoteca privilegiada.

---

..., op. Cit., p. 272.

103<sup>103</sup>

Imp. IUSTINIANUS, ann. 529.



**LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-**

3.3.- *PRIVILEGIUM EXIGENDI DOTIS* COMO HIPOTECA PRIVILEGIADA.

**LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-**

**1**

Tan solo un año después de la anterior constitución Justiniano avanza un paso mas: Justiniano, no solo reconoce la desaparición de la *actio rei uxoriae*<sup>104</sup>, sino que concede una hipoteca tácita para garantizar la restitución de la dote, tanto si se trata de dote adventicia como profecticia. Así, en C.5.13.1<sup>105</sup>:

*Et ut plenius dotibus subveniatur, quemadmodum in administratione pupillarium rerum et in aliis multis iuris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus, ita et in huiusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda vel rebus dotalibus evictis, sive ipsae principales personae dotes dederint vel promiserint vel susceperint, sive aliae pro his personae, et dos sive adventitia sive profectitia sit secundum veteris iuris nominationem.*

Sin embargo, dilucidar la preferencia entre los distintos créditos hipotecarios va a necesitar de otra constitución, en el año siguiente, recogida en C.8.17(18).12 pr<sup>106</sup>, sobre la base de la dicotomía *sive in rem, sive hypothecariam*:

*Nos itaque ad antiquas leges perspeximus in personalibus actionibus rei uxoriae actioni, quam in praesenti sustulimus, magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes paene personales actiones habeant privilegia et creditores alios antedant, licet fuerint anteriores. Et hoc quum in personalibus statuerant actionibus, si hypothecam respiciebant, illico iustitiae vigorem relaxabant et senioribus hypothecis novas mulieris hypothecas, si habeant actiones, expellebant, nec ad fragilitatem mulieribrem respicientes, nec quod et corpore et substantia et omni vita sua maritus fungitur, quum paene mulieribus tota substantia in dote constituta est. Oportebant enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote muliebri, quam ad suos victus suasque alimonias mulier possidet, vel a semptipia datam vel pro ea ab alio.*

El privilegio ya se había logrado en favor de la mujer para las acciones personales<sup>107</sup>, pero aquí Justiniano tomando en consideración las leyes antiguas que

---

104<sup>104</sup> C.5.13.1 pr.

105<sup>105</sup> Imp. Iustinianus, ann. 530.

106<sup>106</sup> Imp. IUSTINIANUS, ann. 531.

107<sup>107</sup> Pero este *contra omnes paene personales actiones habeant privilegia* -hace pensar a SOLAZZI que es "arriesgado entender *omnes paene personales actiones* como si significase "todas las acciones de los créditos privilegiados". Mas obvio y mas probable es referir con aquella palabra a "casi todas las acciones de los créditos". La razón parece encontrarla en que "los créditos --quirografarios constituirían la gran masa y los privilegiados un grupo pequeño en el cual estaría comprendido el crédito por la restitución de la dote". SOLAZZI, op. cit. p. 190.

**LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-**

2

concedían un trato privilegiado al crédito dotal respecto a las acciones personales, deroga la acción en favor de la mujer para reclamar los bienes dotales (*actio rei uxoriae*), concediendo preferencia al crédito dotal sobre las acciones personales y sobre derechos de acreedores anteriores. Y ante la posibilidad que mediante hipoteca anterior fuera rechazada la hipoteca en favor de la mujer, dispone la preferencia de ésta.

Aquí, lo que se plantea no es sólo la continuación del privilegio dotal, sino que le da un nuevo marco de referencia incorporándolo al ordenamiento jurídico hipotecario.

La dote según C.8.17(18).12 pr está ya garantizada con una nueva hipoteca privilegiada, puesto que obtiene preferencia frente a las hipotecas mas antiguas (*senioribus hypothecis*) lo que supone una alteración de la prioridad. Respecto a los derechos del marido, va a producirse una separación y concreción de los créditos de los acreedores sobre los propios bienes de éste, de tal forma que van a resultar postergados en orden a posibilitar la restitución de los bienes dotales, por cuanto -como dice el fragmento- *paene mulieribus tota substantia in dote constituta est*.

La reforma justiniana va a conceder además junto a este derecho de hipoteca sobre los bienes maritales -lo que posibilita a los bienes dotales tener una adscripción conforme con su destino económico para permitir el sustento y el alimento de la mujer-, la consideración de tal hipoteca como tácita. Así resulta cuando el mismo texto de C.8.17(18).12.1<sup>108</sup>:

*Ad haec omnia respicientes et reminiscentes, quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus mulieribus subvenientes et omnia in unum colligentes sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote restituenda dedimus cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati.*

De esta manera y sobre la base de dos constituciones anteriores, buscando el auxilio a mujer en orden a la dote, no solamente le concede una hipoteca tácita (*tacitam donavimus inesse hypothecam*), sino que también altera la prioridad hipotecaria puesto que le concede preferencia frente a todos los acreedores del marido, incluso aunque sus derechos fueran procedentes de créditos anteriores (*potiora iura contra omnes habere mariti creditores*).

Si bien ésto es así cuando los bienes aún se encuentran el patrimonio del marido, pero... ¿Y si tales bienes hubiesen sido enajenados o consumidos?.

El mismo texto parece ocuparse de este caso:

*Quum enim in personalibus actionibus, secundum quod diximus, tali privilegio utebatur res uxoria, qua propter non in hypotheca hoc mulieri et nunc indulgemus beneficium licet res dotales vel dissipatae vel consumptae sint, si tamen re ipsa fuerint parti mariti dotae?.*

Porque al disfrutar la mujer de este privilegio respecto a las acciones respuesta no puede ser mas contundente: *Nos pleno legis articulo consummavimus ... Hoc ei privilegium indulgemus*, esto es, lo consumamos, *Nos*, con la plenitud de un articulo de la ley.

---

108<sup>108</sup>

*Imp. IUSTINIANUS ann. 531.*

Y aún en el supuesto de concurrencia de dos dotes, una de matrimonio anterior y otro del posterior, el privilegio de cada una de las esposas no es incompatible entre si, sino que se vuelve a la preferencia en razón del tiempo; la dote mas antigua sería preferente sobre la más reciente:

*Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus.*

Llegado este punto, se puede concluir reconociendo que la preferencia del crédito dotal sobre créditos personales no admite duda<sup>109</sup> y tampoco lo debería de ser el que sea preferido a créditos reales posteriores. En realidad, en C.5.12.30 lo declaraba respecto a los acreedores del marido (*neminem creditorum mariti qui anteriores sunt*).

Una vez admitido como crédito real el crédito dotal la preferencia se manifiesta absoluta respecto a otros créditos de derecho privado<sup>110</sup>, pero relativa en los créditos de derecho publico, pues como ya vimos<sup>111</sup> al tratar del *privilegium fisci* la opinión común de la doctrina<sup>112</sup> es que el fisco vaya delante de los demás acreedores, aunque bien entendido que la seguridad del fisco no está en la propia constitución de la garantía, sino en la existencia de una prenda legal privilegiada sobre todo el patrimonio del deudor.

Sin embargo, tardaran bastante años antes de poder aparecer el crédito dotal garantizado con prenda legal y poder considerar al crédito dotal con carácter prevalente frente a los demás créditos privilegiados. Para ello era necesario que el establecimiento de la garantía patrimonial de la dote lo fuese con carácter real -tendencia iniciada por Caracalla

---

109<sup>109</sup> La jurisprudencia clásica graduaría los privilegios según la causa o por el titulo, de ahí D.42.5.32 ya examinado.-

110<sup>110</sup> FREZZA examina sobre la base de Nov. 97.4 (Iustin. ann. 539) una excepción a la prioridad del crédito dotal en contraste con cualquier otro crédito hipotecario de derecho privado, para favorecer el crédito del que había prestado dinero para conseguir la compra del puesto de *miles*. Aunque el propio fragmento advierte que esto opera solamente para este caso es cuando debe de ceder la mujer (*ut huic causae soli mulier cedet*) lo que puede entenderse como que lo es al solo efecto que el dinero prestado se destinara a la compra del empleo de soldado o para entrar el hijo en la lista de los *militis*; no obstante a igual que se expresa en el fragmento, la mujer debe ser antepuesta a todos los demás créditos según el privilegio justiniano (*ceteris autem omnibus mulier praeferatur secundum privilegium iam a nobis mulieribus datum*). FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, p. 272.

111<sup>111</sup> C.7.73.2.

112<sup>112</sup> SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori ...*, p. 187; FREZZA, *Le garanzie delle...*, p. 272.

**LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LA MUJER POR RESTITUCIÓN DE LA DOTE.-**

**4**

(C.7.73.2) y completada por Justiniano (C.5.12.30)- y sobre esta base, el reconocimiento en favor de la mujer de una acción real si los bienes estuvieran en el patrimonio del marido, o de una propia acción hipotecaria si no lo estuvieran ya.

Dicha hipoteca pasa a ser tácita (C.5.13.1) y preferente a otros créditos hipotecarios (C.8.17(18).12) aunque fuesen anteriores y procedentes de acreedores del marido, alterando pues así la prioridad hipotecaria y concediendo un mejor derecho al crédito dotal que a los créditos de todos los demás acreedores del marido.

Finalmente, la preferencia hipotecaria para satisfacer el crédito dotal lo es de manera total incluso si los propios bienes que constituían la dote hubieran sido gastados o enajenados por el marido.

**VII.- LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DEL QUE HA DADO DINERO PARA LA CONSERVACIÓN O MEJORA DE LA COSA.**

**1.- EL PRIVILEGIO DE LA *VERSIO IN REM*.**

**2.- SU FINALIDAD.**

**3.- RELACIONES DE LA *VERSIO IN REM* CON OTROS PRIVILEGIOS.**

- 3.1. El Fisco y el privilegio de la *versio in rem*.
- 3.2. El privilegio por razón de la dote y la *versio in rem*.
- 3.3. El privilegio de la *versio in rem* en relación con el crédito *militiae causa*.
- 3.4. Otras preferencias asimiladas.

**4.- LA *VERSIO IN REM* EN RELACIÓN CON EL CRÉDITO POR RECONSTRUCCIÓN, ARMAMENTO Y SUMINISTROS DE LA NAVE.**

- 4.1. El origen del privilegio.
- 4.2. Crédito para armamento, aparejos y reparaciones de la nave.
- 4.3. Crédito para suministros y manutención de la tripulación.
- 4.4. Preferencia del Fisco sobre éstos créditos.
- 4.5. Otras preferencias asimiladas a éstas.

## VII.- LA HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DEL QUE HA DADO DINERO PARA LA CONSERVACIÓN O MEJORA DE LA COSA.

### 1.- EL PRIVILEGIO DE LA *VERSIO IN REM*.

El privilegio de la *versio in rem*<sup>1</sup> hace referencia al privilegio en virtud del cual la hipoteca de un acreedor posterior en garantía de un crédito destinado a la reconstrucción de un edificio en ruinas, adquiere preferencia sobre la de otro acreedor anterior, en contra del criterio tradicional que rige la pluralidad hipotecaria de *prior tempore potior iure*, siempre y cuando el dinero prestado se utilice en la adquisición, conservación o mejora de la cosa hipotecada.

Mediante dicho privilegio se concede preferencia a quien en garantía de un crédito destinado a la reconstrucción de un edificio en ruinas constituye hipoteca sobre dicha finca.

Este crédito relativo al dinero invertido en la reparación, conservación o reconstrucción de un bien surge a manera de préstamo. El mayor valor que adquiere la cosa después de haber sido utilizado da motivos para conseguir la preferencia respecto a los demás acreedores anteriores en razón a que el crédito que salva la cosa o la mejora o simplemente impide su ruina, y con ello la pérdida patrimonial que supone no solo para el deudor, sino también para el resto de los acreedores es la razón que obtenga preferencia a los demás aunque sean anteriores<sup>2</sup>.

Según SOLAZZI<sup>3</sup>, su origen se basa en un edicto de Marco Aurelio (172-180 d.C.)<sup>4</sup> donde tal *privilegium exigendi* fue concedido a un acreedor que había prestado dinero para la reconstrucción de un edificio. De dicho edicto se pueden encontrar referencias en las fuentes<sup>5</sup> como es el texto de Ulpiano recogido en D.42.5.24.1<sup>6</sup>:

---

1<sup>1</sup> El propio término de *versio in rem* es extraño a la nomenclatura jurídica romana. Fue utilizado por SCHWEPPE, "Von dem privilegierten Pfandrecht wegen des creditum zum Besten einer Sache", *Mag*, 1 (1818), pp. 81-97, y aceptado por la generalidad de la doctrina romanística (según MIQUEL, "El rango hipotecario...", op. cit., p. 292).

2<sup>2</sup> CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, Madrid 1.989, pp. 1.317 ss.

3<sup>3</sup> SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, op. cit., p. 179.

4<sup>4</sup> La existencia de este privilegio es confirmada por Ulpiano en D.12.1.25 (*lib. singulari de officio consularium*) y en D.42.3.1 (*lib. XVII ad Edictum*).

5<sup>5</sup> Para SOLAZZI no cabe duda que se trata de un Senadoconsulto o de un Edicto del propio Marco Aurelio, no solamente por las referencias de Ulpiano

*Divus Marcus ita edixit: "Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecunia; quae credita erit, privilegium exigendi habebit". quod ad eum quoque pertinet, qui redemptori domino mandante pecuniam subministravit.*

Basado presumiblemente en el edicto de Marco Aurelio, donde reconoce el *privilegium exigendi* en favor del acreedor que concedió un préstamo dinerario para la reconstrucción de un edificio.

El texto gira alrededor de una idea central, como es la de que la cantidad prestada se ha destinado con toda seguridad a la reconstrucción y reparación de los edificios (*ob restitutionem aedificiorum crediderit*). De ahí la necesidad de una garantía que lo proteja. Este *privilegium exigendi* tiene la particularidad que en cuanto a su prelación se antepone a los créditos ya existentes, por razón de que el que salva una cosa debe de tener preferencia a los demás acreedores sobre la cosa<sup>7</sup>.

Por otra parte, la cuestión habríamos de referirla en determinar cuál es la finalidad de este privilegio, esto es si ésta situación es extensiva no solo a la reconstrucción o reparación de edificios, sino también a la adquisición o mejora de la cosa hipotecada.

---

(D.42.5.24.1; D.12.1.25; D.42.3.1), sino también de Papiniano (D.20.2.1). Véase sobre esta cuestión, MENTXAKA, *La pignoración de colectividades...*, op. Cit., p. 272, n. 189.

<sup>6</sup> *Ulpianus lib.LXIII, ad Edictum.*

<sup>7</sup> La exposición de motivos de la ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 sólo se preocupó de garantizar por medio de anotación preventiva los créditos refaccionarios en formación al decir que “*si digno es de ser considerado hipotecario el crédito del que da su dinero para la reconstrucción o reparación de un edificio después de invertirse en la obra toda la cantidad convenida, aún en el caso de que expresamente no se haya pactado la hipoteca, digno es también de ser considerado luego como hipotecario por las cantidades que parcialmente haya anticipado mientras dure la edificación, concediéndosele al efecto el derecho a exigir una anotación preventiva sobre la finca refaccionaria por las cantidades que hubiera anticipado...*”.

En realidad en nuestra Ley Hipotecaria se establece una doble forma de garantía: 1ª. Desde el tiempo que media desde la entrega de la cantidad destinada a las obras y la terminación de las mismas, mediante la anotación preventiva de créditos refaccionarios, como resulta del art. 42 en su número 8º, donde establece que puede pedir anotación preventiva “*el acreedor refaccionario mientras duren las obras que sean objeto de la refacción*”.

2ª. Cuando ya ha sido invertida la cantidad en la obras de referencia, mediante hipoteca legal expresa por vía de la conversión de la referida anotación preventiva, según resulta del Art. 93 de la Ley Hipotecaria al disponer que “*el acreedor refaccionario podrá pedir la conversión de la anotación preventiva en inscripción de hipoteca...*”.



## 2.- SU FINALIDAD.

Lo que no está muy claro en el texto anterior es la cuestión de si el privilegio es también aplicable al que suministró dinero para la construcción<sup>8</sup> y no solo para la reedificación, conservación o mejora del edificio, dado que parece entenderse así de *pecuniam subministravit*. Para ello debemos de poner en relación el fragmento anterior con otro del propio Ulpiano recogido en D.12.1.25<sup>9</sup>:

*Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit, privilegium exigendi habebit.*

En este caso, no cabe duda que el préstamo ha sido destinado a la reconstrucción de edificios, siendo el privilegio concedido para obtener la restitución de la cantidad prestada. Pero lo interesante es que parece condicionar la existencia del privilegio, no por garantizar la obligación principal, esto es, la devolución de la *pecunia* sino en razón del destino del crédito mismo<sup>10</sup>.

Esto es lo que podríamos pensar si relacionamos el anterior texto de D.42.5.24.1 y el presente. En realidad se refiere al mismo texto legal, sólo que cambiado en esta ocasión por Senadoconsulto, al que parece referirse Papiniano en D.20.2.1<sup>11</sup>:

*Senatusconsulto, quod sub Marco imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori domino mandante numos ministravit.*

Aquí parece mantener una dualidad, puesto QUE la referencia a *pignus insulae*, que es como se conoce el crédito destinado a la reconstrucción de edificios se asimila en

---

<sup>8</sup> Lo curioso es que ya GANDOLFO lo atribuía a aquel a que hubiese asignado un crédito, concediéndosele el privilegio en el solo caso en que dicho crédito hubiera contribuido a la reconstrucción de un edificio en ruinas; sin embargo, Papiniano (*Lib. X Responsorum*) en D.20.2.1, atribuye el mismo derecho tanto si el dinero es prestado para la reedificación del edificio, como a quien dio dinero al constructor. GANDOLFO, *La nave nel diritto romano*, Génova 1883, p. 250, n. 1.

<sup>9</sup> *Ulpianus, Lib. Singolari de officio consularium.*

<sup>10</sup> SOLAZZI, *Il concorso...*, op. cit. p. 180.

<sup>11</sup> *Papinianus, Lib. X Responsorum.*

cuanto a sus efectos con *ob restitutionem aedificii exstruendi*<sup>12</sup>, esto es con el que entregó dinero al constructor.

La cuestión centrarla sobre la base no solo del distinto contenido de ambos textos, sino también sobre la consideración de los posibles antecedentes de los mismos. En el texto de Ulpiano de D.42.5.24.1 claramente alude a edicto (*ita edixit*), mientras que en D.20.2.1 Papiniano lo hace con *Senatusconsulto*.

Esto se podría explicar pensando que en realidad el tratamiento edictal lo es sobre la base del privilegio concursal; mientras que el Senadoconsulto de Marco Aurelio lo es sobre la base de un anterior derecho de prenda o *pignus nominis*, que expresamente alude Ulpiano en D.20.1.20<sup>13</sup>, donde no se alude al privilegio en si, pero si al derecho de garantizar las cantidades prestadas para reparar el edificio con los alquileres mediante un derecho de prenda:

*Quum convenit ut is qui ad refectorem aedificii credit de pensionibus iure pignoris ipse creditum recipiat...*

De hecho esta posible solución ya había sido propugnada por DERNBURG<sup>14</sup> y acogida por PRINGSHEIM<sup>15</sup>. MEISSNER creía que el término *pignus* habría sido sustituido por *privilegium* por Triboniano<sup>16</sup>, aunque no resultaría totalmente inverosímil que en su origen hubiera procedido de una sola fuente para SOLAZZI<sup>17</sup>. KARLOWA<sup>18</sup> consideraba que en realidad Marco Aurelio en su edicto no había concedido ningún privilegio nuevo, sino que lo que hizo fue generalizar y extender a todo el imperio aquel que en un principio había sido ordenado en el edicto del pretor urbano. De ahí que en los primeros textos se aluda al *pignus* como institución pretoria, y los posteriores de *privilegium*.

---

12<sup>12</sup> SOLAZZI considera que el termino *exstruendi* es un añadido y no un termino original del texto --papiniano aunque mantiene lo indudable del Senadoconsulto o el edicto de Marco Aurelio. SOLAZZI, op. cit., p. 180, n. 1.

13<sup>13</sup> ULPIANUS, *lib. LXIII ad Edict.*

14<sup>14</sup> DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Recht*, 2, Leipzig 1860-64, pp. 315 ss.

15<sup>15</sup> PRINGSHEIM, *Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig 1916, p. 151, n. 1.

16<sup>16</sup> MEISSNER, *Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht*, 1803, p.194, cit. por SOLAZZI, op. cit., p. 180.--

17<sup>17</sup> SOLAZZI, op. cit. p. 180.

18<sup>18</sup> KARLOWA, *Rom. Rechtsgesch*, II, pp. 1415, ss. cit. por SOLAZZI. op. cit., p. 180, n. 5.

Este tratamiento sería el resultado de las innumerables ruinas producidas en tantos de los edificios romanos como consecuencia de los frecuentes incendios de la Roma imperial<sup>19</sup>, por ello no debe de extrañar que se concediera un privilegio al acreedor que con su interesada actividad posibilitaba la recuperación del edificio sobre el cual se había constituido un derecho hipotecario, gozando de preferencia incluso frente a acreedores anteriores<sup>20</sup>.

Un privilegio edictal que solo concediera una preferencia concursal quedaría pronto superado por un "vivísimo deseo de seguridad para los mutuos concedidos a los propietarios y contratistas *ob restitutionem aedificiorum*", según SOLAZZI<sup>21</sup>, víctimas de la ruina y de las precarias condiciones de edificación de las casas romanas.

Que el privilegio concursal quedara pronto superado y sobrepasado por un *privilegium exigendi* necesariamente había de llevar a una alteración en el régimen ordinario de la preferencia hipotecaria. Lo que no debe de extrañar es que se concediera dicho privilegio al acreedor posterior ya que su actuación fue decisiva para la conservación de la vivienda. Esta misma razón es la que motivaría que los acreedores aún anteriores también sus garantías y sean a la postre de un mayor aporte de seguridad real.

Sin embargo, MIQUEL separa la concesión del privilegio en favor del quien adelantó dinero para la adquisición de la cosa de quien lo hizo para la mera conservación<sup>22</sup>, si bien sitúa el origen de la concesión del privilegio en favor de quien únicamente adelantó el dinero para la adquisición de la cosa en Diocleciano<sup>23</sup>, sobre la base de C.8.18(17).7. En dicha fuente se dice:

*Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur.*

De donde resulta que cuando se conceden múltiples prendas en favor de distintos acreedores sucesivos la regla general de la prioridad impone la preferencia de los

---

<sup>19</sup> CARCOPINO, *La vie quotidienne a Rome*, pp. 48, ss. cit. SOLAZZI, op. cit. p. 181, n. 1.

<sup>20</sup> MENTXAKA, *La pignoración de colectividades ...*, p. 272.

<sup>21</sup> SOLAZZI, op. cit. p. 181, n. 1.

<sup>22</sup> MIQUEL, *El rango hipotecario...*, op. cit. p. 292.

<sup>23</sup> C.8.18(17).7 *DIOCLETIANUS*, ann. 293.

primeros, excepción hecha de aquel con cuyo dinero se compró el predio si especialmente se convino (*specialiter statim convenit*), que se garantiza con prenda el mismo predio comprado.

En principio deberíamos de pensar que dar dinero a crédito para la compra de una cosa no arrastra en si privilegio alguno sobre la cosa comprada para lograr la restitución del dinero prestado, y menos considerarlo como un derecho de prenda especial. Tal privilegio, en efecto, no se encuentra recogido de esta forma por ningún texto<sup>24</sup>.

Por el contrario el uso de *specialiter* lo cambia todo; cosa que se confirma en C.8.14.17<sup>25</sup>:

*Quamvis ea pecunia quam a te mutuo frater tuus accepit, comparavit praedium, tamen, nisi specialiter vel generaliter hoc tibi obligavit tuae pecuniae numeratio in causam pignoris non deduxit. Sane personali actione debitum apud praesidem petere non prohiberis.*

De donde resulta que, salvo en el caso que la misma cosa comprada garantice bien especialmente o bien de modo general (*specialiter vel generaliter*), la devolución del dinero, al acreedor no le quedaría mas recurso que acudir a la *personali actione* para reclamar la deuda, pero sin rastro alguno de privilegio real en ningún caso frente a los demás acreedores<sup>26</sup>.

De los demás textos a los cuales se refiere MIQUEL como son D.20.4.21.1 y D.20.4.3.1, no son sino una aplicación inexacta del privilegio de la *versio in rem*.

En D.20.4.21.1<sup>27</sup>:

*Negotiatori marmorum creditor sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant (numeravit): idem debitor conductor horreorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium*

---

<sup>24</sup> GANDOLFO, *La nave nel diritto romano*, op. cit. p. 251; SOLAZZI, op. cit. p. 194.

<sup>25</sup> *Imp. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS*, ann. 293-304.

<sup>26</sup> GANDOLFO cita en su ayuda las palabras de VÖET: *Constat autem iis qui pecuniam crediderunt in rei emptionem, ius pignoris non nasci, sed solum -personalem dari actionem, nisi specialiter aut generaliter res empta ipsis per emptorem obligatur...* VÖET, *Comentaire ad Pandectas*, lib. XX, tit. II, n. 15 (GANDOLFO, op. cit., p. 251, n. 1).

<sup>27</sup> SCAEVOLA, lib. XXVII *Digestorum*.

*suum extendit: quaesitum est, an iure pignoris eos creditor retinere possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse.*

Aquí, un acreedor con garantía pignoratícia sobre las lápidas presta dinero a un negociante en mármoles. Dado que el deudor había sido arrendatario de los almacenes del Cesar y no había pagado los alquileres, el procurador exige la venta de las lápidas, planteándose la cuestión de si el acreedor pignoraticio podía retener la posesión, a lo que se responde de modo favorable.

Y en D.20.4.3.1<sup>28</sup>:

*Quum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit, post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit; prioris causam esse potioem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset, verum in ea quantitate, quam solvisset, verum in ea quantitate, quam solvisset, eiusque usuris, potioem fore constaret, nisi forte prior ei pecuniam offerat; quodsi debitor aliunde pecuniam solvisset priorem praeferendum.*

A Titio, gestor de negocios, se le entrega un predio en calidad de mandatario, entregándolo en prenda a uno y después de recibir la posesión, lo entrega nuevamente en prenda a otro, discutiéndose cuál de los dos acreedores es preferente: Si el segundo que recibe la cosa aunque no entrego la totalidad sino solo una parte del importe, o si lo es el primero aunque no ofreciera el importe. Parece que la solución es considerar preferente al primero sólo si hubiese pagado la cantidad.

En el primer caso, puesto que la garantía no es una aplicación directa de la *versio in rem* sino en razón de estar los bienes especialmente hipotecados en favor del acreedor no hay privilegio; en el segundo caso tampoco, por contener el texto hasta cuatro glosas distintas entre las cuales se incluye desde la una aplicación de la *versio in rem*, hasta el *ius offerendi* en un "esfuerzo inútil de intentar prever todos los supuestos posibles"<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> PAPIANUS, *Lib. XI Resp.*

<sup>29</sup> MIQUEL, op. cit., p. 294. Sobre otros supuestos de la posible aplicación del privilegio en el caso de hipoteca tácita o legal sobre las cosas compradas por el tutor con dinero del pupilo, en este sentido son de citar D.20.4.7 pr; D.27.9.3 pr; C.7.8.6; D.20.4.7.1; casos todos ellos donde se trata de una hipoteca legal en favor del pupilo de difícil aplicación al privilegio de la *versio in rem*. Sobre este punto, véase MIQUEL, op. cit., p. 295, y SOLAZZI, op. Cit. pp. 170-179, donde se examinan distintos textos los cuales no son propiamente supuestos de *versio in rem*, sino aplicaciones de privilegios de tipo personal.

Para encontrar un texto donde se reconoce expresamente la existencia de este privilegio es necesario acudir al propio ULPIANO en D.42.3.1<sup>30</sup>:

*Creditori, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, privilegium exigendi datur.*

De redacción muy similar al anterior texto de D.12.1.25, concede al acreedor que presta dinero para la reconstrucción de edificios dicho *privilegium exigendi*; si bien hemos de matizar que mientras que en D.12.1.25 la preferencia recae sobre la cantidad prestada (*in pecuniam*), en D.42.3.1 directamente reconoce la existencia de dicho *privilegium exigendi* sin otra consideración más que si el préstamo hubiera sido dado para la reparación del edificio.

### 3. RELACIONES DE LA *VERSIO IN REM* CON OTROS PRIVILEGIOS.

Todo cuanto hemos venido analizando y observando en relación con el origen y fundamento del privilegio de la *versio in rem*, vamos a tratar de ponerlo en relación con otros privilegios concurrentes en un intento de aclarar cual es el rango de este privilegio.

Ello además nos llevaría a tratar de una serie de cuestiones circundantes sobre la preferencia de este privilegio en concurrencia con otros créditos hipotecarios de derecho publico, en cuanto que éstos pueden suponer una excepción a la propia excepcionalidad que implica la alteración de la prioridad hipotecaria.

Este planteamiento no es ajeno al tratamiento que recibe la propia *versio in rem* en concurrencia con otros créditos privilegiados privados como podrían ser el reconocido en favor de la mujer en razón de la dote, o el proveniente por *causa militiae*. También debemos de hacer un especial tratamiento de la extensión del privilegio a otros supuestos mas o menos similares como son los créditos navales destinados a la reconstrucción, armamento y otros gastos de la nave con lo que se completaría el estudio del privilegio.

#### 3.1.- EL FISCO Y EL PRIVILEGIO DE LA *VERSIO IN REM*.

---

<sup>30</sup> *ULPIANUS, LIB. XVII Ad Edictum.*

FREZZA<sup>31</sup> a igual que DERNBURG<sup>32</sup>, mantenía que sobre el privilegio de la *versio in rem*, tenía preferencia no solo el privilegio del Fisco, como crédito de derecho público que es, sino también el crédito dotal dentro de los créditos de derecho privado. Evidentemente antes es necesario matizar la idea de la preferencia absoluta de los créditos fiscales, a pesar de que se considere opinión común que el privilegio del fisco vaya delante de los demás como parecería desprenderse de una interpretación demasiado literal del texto de Hermogeniano de D.49.14.46.3<sup>33</sup>.

Pero como ya vimos en otro lugar<sup>34</sup>, la posición del fisco tanto en el supuesto de una ejecución colectiva como cuando está incurso en una concurrencia con otros acreedores privilegiados, no siempre es preferente. Por ello, a igual que vimos anteriormente apoyándonos en las fuentes no se podía afirmar con carácter general una preferencia ilimitada en favor del fisco.

La propia concatenación histórica nos hace ver que al principio el crédito del fisco había de ser incluido entre los créditos de los demás deudores (*relatio inter debitores*), según se desprende del texto de Ulpiano de D.49.14.6<sup>35</sup>:

*Fiscus, quum in privati ius succedit, privati iure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur; ceterum posteaquam successit, habebit privilegium suum... privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est.*

El fisco cuando sucede en el derecho de un particular usa del derecho de los particulares si el derecho de éstos es anterior al del propio fisco, pero si el derecho del fisco es anterior usa de su propio privilegio. Si bien el privilegio del fisco opera desde que el crédito fue relacionado entre los créditos de los demás acreedores (*privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est*).

Posteriormente, como se puede apreciar en la Constitución de Diocleciano y Maximiano del año 287 recogida en C.4.12.2:

---

31<sup>31</sup> FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, op. cit., p. 275.

32<sup>32</sup> DERNBURG, *Pandekten*, Berlín 1902, p. 457 ss.

33<sup>33</sup> HERMOGENIANUS, *Lib. VI Iuris epitomarum: Fiscus semper habet ius pignoris*.

34<sup>34</sup> Ver *supra* Cap. IV, La hipoteca privilegiada en favor del fisco: 1. El *privilegium fisci*.

35<sup>35</sup> *ULPIANUS LXIII Ad Edictum*.

*Proinde rationalis noster, si res quae a fisco occupatae sunt, dominii tui esse probaveris, ius publicum sequetur.*

Según la cual si se probase que los bienes ocupados por el fisco son de dominio de otro particular, el contador deberá de atenerse al derecho público. Lo que significa que no pudo ser reconocida esta preferencia antes de los Severos, si tenemos en cuenta que en C.12.52(53).3<sup>36</sup>:

*Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus: et ideo si constiterit fisco satisfactum esse ob causam primipili, poteris obligatam tibi possessionem dotis titulo petere, ut satis doti fieri possit.*

Donde más que decir que los créditos tributarios gozan de una preferencia absoluta sobre los créditos de derecho privado, se concede una protección privilegiada a igual que la concedida a la dote. En otros términos el privilegio del fisco por los créditos del derecho privado y la hipoteca de la mujer por la restitución de la dote gozan de igual privilegio.

De esta forma cuando aparece el privilegio en favor de los créditos destinados a la reconstrucción del edificio, este reconocimiento podía entrar en conflicto con el que pudiera pretender el fisco sobre el mismo bien. Sin embargo en este punto no avanzamos a ciegas<sup>37</sup>, por mas que la preferencia del fisco sea reconocida preeminente en la etapa justiniana. Ya que esta apreciación sería inútil, en tanto que el fisco obtiene una seguridad mayor en la prenda legal privilegiada sobre todo el patrimonio del deudor. Lo que obliga a reputar justiniana la preeminencia que es atribuida al privilegio del fisco y a considerar la concesión del privilegio como una reliquia del derecho clásico<sup>38</sup>.

De ahí que cuando Paulo<sup>39</sup> dice:

*Privilegium fisci est inter omnes creditores primum locum retinere.*

---

36<sup>36</sup> *Imp. Diocletianus et Maximianus Domnae, sine die consule.*

37<sup>37</sup> A pesar de SOLAZZI, "E all'oscuro siamo anche per il privilegio del fisco, quantunque con molta verosimiglianza si possa ritenere che abbia il suo primo fondamento in costituzioni imperiali. Di questo privilegio è altresì controversa la data di nascita". (SOLAZZI, "Privilegi e azioni reali nel concorso dei creditori", op. cit. p. 186).

38<sup>38</sup> SOLAZZI, op. cit., p. 187.

39<sup>39</sup> *Paulus sententiae, 5.12.10.*



Debemos entender que *omnes creditores* debe de referirse a los acreedores quirografarios, como se puede comprender si lo ponemos en relación con D.42.5.38.1:

*Res publica creditrix omnibus chirographariis creditoribus praefertur.*

Aunque quedaría por dilucidar la cuestión de si las *Sententiae* de Paulo reproducirían fielmente la doctrina clásica, en cuyo caso podríamos suponer que el jurisconsulto habría escrito "*inter omnes chirographarios creditores*", lo que no deja de ser en todo caso una conjetura, y que no nos hubiera llegado el texto en una reinterpretación justiniana<sup>40</sup>.

En conclusión según todo ello, la aparente prioridad del privilegio del fisco solo se podría mantener frente al crédito privilegiado por razón de la *versio in rem* en tanto si fuera posterior al del mismo fisco, esto siempre que nos situemos en la época clásica, pero no si éste fuera anterior rigiendo aquí cuando de concurrencia entre estos créditos privilegiados se trate el principio de *prior tempore potior iure*. Ahora bien la preferencia del fisco es reconocida preferente en la etapa justiniana.

### 3.2.- EL PRIVILEGIO POR RAZÓN DE LA DOTE Y LA *VERSIO IN REM*.

La opinión común de que el privilegio del fisco HA DE SER siempre preferente a los demás créditos incluso privilegiados, no es ciertamente un punto de partida indestructible e inderogable<sup>41</sup>, como se pudo apreciar en C.7.73.2<sup>42</sup>:

*Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si prius, quam res eius tibi obligarentur, cum fisco contraxit, ius fisci causam tuam praevenit. Quodsi post bonorum eius obligationem rationibus meis coepit esse obligatus, in eius bona cessat privilegium fisci.*

Donde la concurrencia del crédito en favor de fisco con el precedente por causa de dote, se resuelve en favor del fisco sólo si el derecho del fisco fue anterior a la condena sobre la restitución de la dote, cesando en caso contrario dicha preferencia si la obligación a la restitución de los bienes dotales fuera anterior.

Al tratar del crédito dotal la preferencia establecida *quaedam personae* rompe el criterio de la prioridad temporal que dilucida la preferencia hipotecaria<sup>43</sup>. Por otra parte y

---

<sup>40</sup> SOLAZZI, op. cit. p. 184; p. 187, n.3.

<sup>41</sup> SOLAZZI, op. cit., p. 187.

<sup>42</sup> *Imp. ANTONINUS ann. 213.*

como pudimos comprobar al examinar el texto de C.8.18(17).12, la acción real en garantía de la restitución de los bienes que componen la dote es preferente sobre el resto de las acciones personales y acreedores anteriores.

La decisión Justiniana<sup>44</sup> que coloca al crédito dotal en una posición mas elevada que los demás créditos hipotecarios deja abierta la duda de qué ocurriría si entre los créditos concurrentes con el privilegio por razón de la dote se encuentra el de la *versio in rem*.

La respuesta a tal cuestión podemos encontrarla en la nov. 96 donde al exponer cual es su contenido, señala que entre otras materias recae *ET DE PRIVILEGIO DOTIS QUIA ALIIS PRAEPONATUR PRIVILEGIIS...* (DEL PRIVILEGIO DE LA DOTE PARA QUE SEA ANTEPUESTA A OTROS PRIVILEGIOS...).

Y en el cap. III elabora un reconocimiento de las hipotecas privilegiadas las cuales aún siendo mas recientes en el tiempo obtienen rango preferente en base a privilegios concedidos por las leyes:

*Novimus et antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas praeponi iuniores existentes ex privilegiis a legibus datis.*

Y a continuación con carácter demostrativo enumera una serie de créditos privilegiados entre los cuales se encuentra el privilegio de la *versio in rem*:

*quale est, quando aliquis propriis pecuniis procuraverit navem comparare, aut fabricare, aut reparare, aut forsan aedificare.*

La razón del conflicto no tarda en aparecer, ya que entre los casos relacionados se encuentra el privilegio en favor de los acreedores que facilitaron el dinero para poder comprar, construir, reparar la nave<sup>45</sup>, o edificar la casa los cuales se declaran preferentes incluso frente otros anteriores<sup>46</sup>:

---

43<sup>43</sup> Véase D.42.5.32.

44<sup>44</sup> C.5.12.30, *Imp. Iustinianus*, ann. 529.

45<sup>45</sup> Los antecedentes de tales privilegios los podemos encontrar en D.42.5.26 (*PAULUS Lib. XVI brevis Edicti*) en cuanto al privilegio para construir, equipar, o para comprar una nave; en D.42.5.34 (*MARCIANUS, Lib. V Regularum*) donde consagra el privilegio del fisco sobre lo prestado para fabricar o comprar o armar una nave.

46<sup>46</sup> D. 20.2.1: *Papinianus, Lib. X Responsorum*, donde se establece el privilegio en favor del que dio dinero a préstamo para la reedificación del edificio. Las razones del privilegio tanto en este caso, como vimos anteriormente, están claras: porque con dicho dinero se salvo la existencia de la cosa pignorada o por decirlo en palabras de

*in his enim omnibus priores existunt posteriores creditores, quorum pecuniis empta aut renovata res est, iis, qui etiam multo antiquiores sunt.*

La razón es, porque los acreedores posteriores que prestaron dinero para comprar o reparar la cosa son preferentes a otros mas antiguos. No cabe duda que entre acreedores comunes ha de resolverse así. Ahora bien, la preferencia por razón del privilegio por la *versio in rem*, puede entrar en conflicto con el privilegio dotal, y en tal caso se plantea la cuestión de si la mujer alegara su privilegio sobre la dote y el aumento<sup>47</sup>, si dicho privilegio dotal mantiene su posición privilegiada, no solo frente a los acreedores anteriores<sup>48</sup>, sino también sobre aquellos acreedores con cuya actuación se salvó de la ruina la propia cosa garante de la dote.

La disyuntiva está en dilucidar si el privilegio dotal es preferente únicamente frente a los demás acreedores comunes o si debe de serlo también respecto a los acreedores privilegiados por razón de la *versio in rem* dado que estos últimos podrían alegar que la substancia de tales bienes es recuperada gracias a su dinero, o más retóricamente *...quoniam ex eorum substantia res acquisita est?*

Cuestión ésta que no tiene una respuesta clara en el texto, dado que la solución es expresada de forma un tanto ambivalente, y sin argumentar detalladamente cuál es la razón de tal proceder:

*Plurimum igitur super his cogitantes, non invenimus mulierem iuste existentem cedere alicui tali privilegio.*

Es decir que pensando mucho sobre ello, no se halla justo que la mujer ceda a alguien en dicho privilegio. Con lo cual se deduce que el privilegio de la mujer no debe de ceder frente a otros privilegios.

Quedaría sin aclarar la cuestión de si la prioridad del crédito dotal actúa frente a los créditos por *versio in rem* posteriores a la fecha de la propia dote como parece suponer

---

ULPIANO: *huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam...* (D.20.4.6 ULPIANUS, lib. LXXIII ad Edictum).

<sup>47</sup> Lo que ya había sido admitido por en Nov. 96.2 *...ut et dos et augmentum similiter habeat adversus antiquiores creditores privilegium...* Con lo cual tanto la dote como el aumento de dote se coloca en una misma posición privilegiada.

<sup>48</sup> Cosa ya reconocida en la constitución del año 531, recogida en C.8.17(18).12: *...habeant privilegia et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores.*

VANGEROW<sup>49</sup>, o bien suponer en virtud de una interpretación mas libre suponer que el texto justiniano concede al crédito dotal la prioridad frente a todos los acreedores en todo caso, incluso si tales acreedores fueran anteriores a la propia dote, como parecen interpretar DERNBURG y FREZZA<sup>50</sup>.

Ésta ultima parece que es la interpretación que debería de prevalecer, puesto que si bien la primera lo sería mas acorde con el sentido literal del texto, podría entrar en contradicción con el aserto que a continuación se añade:

*Volumus igitur secundum hoc ut etsi quis domum renovasset, aut etiam agrum emisset, non possit talia privilegia mulieribus opponere.*

Es decir, que aunque alguno hubiere renovado una casa, o hubiese comprado un campo, no puedan oponer a las mujeres tales privilegios. Ello supondría que las distintas aplicaciones de la *versio in rem* como *domum renovasset* o *agrum emisset* no deben de gozar de preferencia frente a la dote, tanto por razón de su naturaleza como por razón del tiempo, porque de ningún modo se debe de dejar que disminuya la dote (*minui autem eis dotem nullo sinimus modo*). Sin embargo, esta última aseveración puede quedar en entredicho en el capitulo siguiente, supuesto del que nos ocupamos a continuación.

### 3.3.- EL PRIVILEGIO DE LA *VERSIO IN REM* EN RELACIÓN CON EL CRÉDITO *MILITIAE CAUSA*.

En Nov. 96.4 se recoge una excepción a la prioridad del crédito dotal frente a los demás créditos hipotecarios. Se trata del privilegio concedido a quien ha prestado dinero para obtener puesto en la milicia, si bien sobre este punto, recuerda FREZZA lo hereditario de la función publica característica de la economía o del ordenamiento que tiene el Estado en la etapa bizantina<sup>51</sup>. De este carácter hereditario y de la coactividad de la función<sup>52</sup> se deduce la posibilidad de considerar negociable la situación del ciudadano destinado al desempeño de una función publica, como la del *miles*:

---

<sup>49</sup> VANGEROW, *Pandekten*, p. 880, n. 2, cit. por FREZZA, --*Le garanzie...*, op. cit., p. 275.

<sup>50</sup> DERNBURG, *Das Pfandrecht...*, p. 453; FREZZA, *Le garanzie delle ...*, op.cit., p. 275, n. 3 y 4.

<sup>51</sup> FREZZA, *Le garanzie delle...*, op. cit., p. 272, n 2.

<sup>52</sup> Sobre lo hereditario y coactivo de la *milicia*, bien en el sentido militar bien en el sentido de *civilis militia* (empleado civil), véase C. Th. 7.22 *de filiis militarium, apparitorum et veteranorum*.

*Quia vero et huiusmodi quaedam aditiones nobis factae sunt, eo quod quidam aliorum militant pecuniis, et oportet eos, qui in has crediderunt causas, praeponi, sancimus, si quis vere dederit aurum occassione militae, sive statutum fieri; vel pro aliis quibusdam talibus causis, et expressim hoc ipsum scribatur in instrumento, et in hoc fiat pactum ut casu proveniente prior sit solus, qui ad hoc credidit et huic solo casui cedere mulierem neque facile credendum, neque per testes sed negotio ex scripto gesto, et testium habente subscriptiones et ipso opere procedente. Tunc enim si per omnem huiusmodi viam causa procedat, suspicionem non habeat et competit contrahentes propriis non privari, aliis omnibus praevalere mulierem secundum quod iam a nobis eis datum este privilegium<sup>53</sup>.*

Aquí se contempla el supuesto de préstamo para la adquisición del empleo de *miles*, como podría ser tanto para la compra del empleo de soldado como para que el hijo ingrese en las listas de empleados civiles, y donde se concede a quien prestó con este objeto preferencia siempre y cuando sea con ocasión de cargo en la milicia, o para ser numerario, o por causa similar, y para ello lo redacte en documento y que expresamente se pacte así. Sólo en estos casos es preferente quien prestó, cediendo el privilegio de la mujer. Pero para que tal preferencia tuviera lugar sería necesario, que el negocio se reflejara por escrito, que tenga la firmas de los testigos y que se realice efectivamente<sup>54</sup>, lo que llevaría a la necesidad de la efectiva comprobación que esto ultimo se ha producido. Solo si se lleva a cabo con tales formalidades la mujer no sería antepuesta a los demás acreedores según privilegio concedido.

---

<sup>53</sup> Nov. 96.4 *Imp. IUSTINIANI* ann. 539. No obstante existe además una versión latina literal de la edición de WEIDMANN (recogida por FREZZA, op.cit. p. 272.) de Nov. 97, cap. 4: *Quoniam autem etiam huiusmodi quaedam interpellationes nobis factae sunt, quosdam aliorum pecunia militare eosque qui in has causas crediderunt praeponendos esse, sancimus, si quis revera militiae causa vel ut filius fiat statutus vel ob alias --eiusmodi causas pecuniam dederit, atque diserte hoc ipsum instrumento et pactum ea de re compositum sit, ut casu existente potior sit solus qui in eam rem credidit; ut huic causae soli mulier cedet, ac ne ipsi quidem temere neve per testes fides habeatur, sed res et in scriptis agatur et testium habeat subscriptiones et ipso opere procedat. Tunc enim si per omnem eiusmodi viam res processerit, suspicione caret, atque convenit ut qui contraxerint rebus suis non priventur: ceteris autem omnibus mulier praeferatur secundum privilegium iam a nobis mulieribus datum.*

<sup>54</sup> Lo que ocurre es que la expresión *et expressim hoc ipsum scribatur in instrumento et in hoc fiat pactum* ( o *atque diserte hoc ipsum instrumento et pactum ea de re compositum sit* en expresión del texto de WEIDMANN) nos llevaría a pensar en una preferencia por el instrumento en sí y no por causa del crédito, cosa que efectivamente podría ocurrir y de la que nos ocuparemos posteriormente.

La explicación de tal modo de proceder obedece a un momento histórico en donde tales empleos eran objeto de negociación, concediéndose preferencia a quienes con tales finalidades prestaron cantidades. Lo interesante es comprobar que la preferencia se concede tanto a quienes recogieron esto en instrumento, como que dicha preferencia antecede incluso a la que pudiera pretender la mujer por razón de la dote.

Las razones que llevan a alterar la situación de preferencia del privilegio dotal son varias: El crédito *militiae causa* es protegido con una preferencia incluso superior a la que pudiera pretender la dote porque va dirigido a la obtención de un puesto de *militia* (bien en el propio ejército, bien en la administración imperial) de empleado retribuido. Y si bien, a igual que la dote es destinada al sostenimiento de la familia, en cambio el empleo en la *militia* va destinado a procurar además una retribución económica<sup>55</sup>.

Esta incursión en la preferencia del crédito *militiae causa* nos lleva a plantear la cuestión de si esta preferencia lo es con efectos puramente personales o si estamos ante una garantía real, en la cual se altera la prioridad hipotecaria en la concurrencia de los créditos.

En principio pudiera pensarse que si no hay adscripción de bienes concretos a la garantía, que estaríamos ante una preferencia de créditos puramente personales. De hecho GANDOLFO<sup>56</sup>, consideraba que la regla general de quien entrega dinero para la compra de una cosa es que tal proceder no arrastra de por sí privilegio alguno sobre la cosa comprada para conseguir la restitución del dinero entregado, ni por tanto daría lugar a derecho de prenda alguno. Ahora bien, ¿y si la cosa vendida consiste en el oficio de *militia*?<sup>57</sup>.

Sin embargo tenemos razones para pensar que en estos casos gozarían tales créditos de una garantía real sobre los bienes objeto de la adquisición: la necesidad de que el negocio sea reflejado por escrito; las firmas de los testigos, y la necesidad que se concrete efectivamente ¿No estaríamos ante un supuesto acto de constitución de hipoteca a favor de quien prestó dinero para la adquisición de un empleo de *militia*?

---

<sup>55</sup> Según FREZZA, "*Chivolesse cercare nella nostra esperienza contemporanea qualcosa di simile a questa costituzione di un appannaggio patrimoniale vitalizio che è a la militia pensi alla istituzione, ancora oggi viva nell'ordinamento canonico, del beneficio ecclesiastico: C.I. C. Cn. 1409 sg.*". (FREZZA, op. Cit., p. 273).

<sup>56</sup> GANDOLFO, op. cit., p. 251.

<sup>57</sup> Todavía hoy, el CC. Español en su art. 336, hace alusión a los llamados *oficios enajenados* dándoles la consideración de cosa mueble, aunque evidentemente hoy en día no gozan del reconocimiento que tuvieron en el derecho justinianeo.

### 3.4.- Otras preferencias asimiladas.-

En otro orden de cosas, como tendremos ocasión de comprobar, la escritura privada suscrita por tres testigos íntegros y de buena fe es equiparada a un instrumento público de prenda, como se puede comprobar en una Constitución del emperador León del año 469<sup>58</sup>, recogida en C.8.17(18).11:

*Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publicae confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterioris contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publicae confecta accipiuntur.*

Donde concede la equiparación y por tanto la preferencia a quien documenta su derecho de prenda o de hipoteca en instrumento privado, siempre que se contengan las firmas de tres testigos de buena e íntegra reputación, equiparándose tales escrituras privadas como si hubieran sido hechas en forma pública.

## 4.- LA *VERSIO IN REM* EN RELACIÓN CON EL CRÉDITO POR RECONSTRUCCIÓN, ARMAMENTO Y SUMINISTROS DE LA NAVE.

### 4.1.- El origen del privilegio.

Las fuentes romanas son parcas al tratar de exponer el origen de este tipo de crédito privilegiado aunque probablemente toma su procedencia de la institución helenística conocida con el nombre de *pecunia traiectica*, introducida en Roma a finales de la República<sup>59</sup>, consagrándose tal crédito como privilegiado al final de la época clásica. Si bien es necesario advertir que si bien se podría afirmar que el criterio general de la prioridad temporal en la pluralidad hipotecaria queda alterado en favor del acreedor aún posterior que presta dinero destinado a la reconstrucción, armamento y flete de la nave,

---

<sup>58</sup> Según FREZZA, la norma establecida en la constitución del emperador León sería por tanto permanentemente introducida en el uso cotidiano en la redacción de los documentos de prenda (FREZZA, op. Cit., p. 273).

<sup>59</sup> MENTXAKA cita a D.22.2.8 (*Ulpianus, Lib. LXXVII Ad Ed.*) donde demuestra que ya en la época de Servio Sulpicio Rufo era objeto de tratamiento por la doctrina. DERNBURG, citado por MIQUEL, considera que es difícil que fuera anterior a la época de los Severos (MIQUEL, op. cit. p. 297, n. 279).

pero que ello no es aplicable cuando se trate de garantía obligacional como sería el supuesto del préstamo en la modalidad de *pecunia traiecticia*<sup>60</sup>.

En un texto de Ulpiano, aparece tal principio a título de ejemplo, como es en D.20.4.5<sup>61</sup>:

*Interdum posterior potior est priore, ut puta si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credit, veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero.*

Aquí Ulpiano sin mucho convencimiento, recurre a la vía del ejemplo para declarar que a veces el acreedor posterior es preferido al anterior, como sucede cuando se presta dinero para armar o reparar la nave.

#### 4.2.- El crédito para armamento, aparejos y reparaciones de la nave.

Este mismo fragmento introduce la razón de tal proceder, esto es, en cuanto y en cuanto que el dinero invertido sirvió para conservar la embarcación. El privilegio lo es en tanto la cantidad prestada ha sido invertida en la reparación o conservación de la nave, salvándola así de perecer.

Este razonamiento parece lógico: los acreedores posteriores son los mas interesados en que tanto la nave como las mercancías lleguen a puerto de destino, para así poder proceder, en caso de impago, contra la cosa hipotecada. Es evidente que si esto no fuera posibles la avería del barco fuera tal que lo hiciera innavegable, de nada les valdrían su pretendida preferencia sobre la nave<sup>62</sup>. La razón está en que el dinero invertido salvó la totalidad de la cosa pignorada. Cosa que confirma D.20.4.6<sup>63</sup>:

*huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam*

Por esta vía se podría incluir todo aquello que fuera necesario para poder llevar la nave a puerto. GANDOLFO incluye entre los créditos que junto a los que proporcionaron

---

<sup>60</sup> Probablemente en base a fuentes helenísticas. Sobre este punto véase sobre el papiro *VINDOB G 19792*, MENTXAKA, *La pignoración de colectividades...*, p. 232 ss.

<sup>61</sup> *ULPIANUS, lib. III Disputationum.*

<sup>62</sup> MENTXAKA, *La pignoración de colectividades...*, op. cit., p. 271.

<sup>63</sup> *ULPIANUS, lib. LXXIII ad Edictum.*



el dinero o que de cualquier otro modo han socorrido al propietario de la nave, los siguientes:

- a. Para armar, aparejar o conservar la nave.
- b. Para llevar a cabo las reparaciones.
- c. para suministrar los víveres y el equipaje.

Para la prueba del reconocimiento de tales privilegios, con los cuales se tiende a prever a todas las posibles eventualidades de la navegación, no se ha necesitado recurrir a un argumento lógico. Por otra parte, estos créditos que el Derecho Romano reconoce privilegiados, son sustancialmente reconocidos en todos los códigos marítimos<sup>64</sup>.

Un paso más lo da PAULO en D.42.5.26<sup>65</sup>, donde de modo lacónico afirma el privilegio no solo en favor del que prestó dinero tanto para construir o equipar, como para comprar una nave:

*Qui in navem exstruendam, vel instruendam credidit, vel etiam emendam, privilegium habet.*

Sobre este texto la doctrina ha mostrado ciertas reservas como ya hizo en su momento PRINGSHEIM<sup>66</sup> sobre la inclusión de *emendam*, dado que se equipara en sus efectos tanto la compra como la reconstrucción o armamento de la nave, cosas notablemente distintas.

La cuestión acerca de si la compraventa de la nave debe de ser incluida o no entre los supuestos que permitirían la actuación del privilegio plantea algunas dudas. En principio, el hecho de dar dinero a crédito para la compra de una cosa no tiene porque arrastrar en si privilegio alguno sobre la cosa adquirida para en su caso poder obtener la restitución del dinero prestado<sup>67</sup>, sin embargo esto no es sino una regla general, que admite fácilmente excepciones. Una de ellas podría ser este especialísimo supuesto de los créditos navales, aparte de otros anteriores casos, ya vistos, de la compra del empleo de *milites*, o de edificios. Las razones de tal apreciación podemos encontrarlas en las propias fuentes, puesto que ya Ulpiano en D.20.4.5 alude a *si navis fuit obligata...* Con lo que parece suponer que la garantía recae directamente sobre la nave, y si ésta se encontrara en

---

<sup>64</sup> GANDOLFO, *La nave nel diritto romano....*, op. cit, p. 248, n.1.

<sup>65</sup> PAULUS *Lib. XVI brevis Edicti*.

<sup>66</sup> PRINGSHEIM, *Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig 1916, p. 149 ss.

<sup>67</sup> GANDOLFO, *La nave nel diritto romano....*, p. 249; p. 251.

estado ruinoso o fuera de uso, el criterio empleado para la reconstrucción podría extenderse incluso hasta la necesidad de la compra de una nave nueva<sup>68</sup>.

Este mismo criterio para permitir la inclusión de la venta de la nave sobre la base de *salvam fecit totius pignoris causam*, permitiría pensar así mismo, en todo aquello que hubiera sido destinado por el propietario tanto para la construcción de la nave *ex novo*, como para llevar a cabo la compra de una ya terminada; de esta forma, el vendedor de la nave podría también gozar de la garantía y del privilegio por el resto del precio debido por el comprador de esta.

Las razones de tal proceder tendríamos que buscarlas en la necesidad de favorecer y fortalecer la navegación, lo que unido al carácter especialísimo de los riesgos que conlleva ésta produce el efecto de que también el juego ordinario de las preferencias y de las garantías quede posiblemente alterado. Y a igual que cuando se trata de aportar una solución a la necesidad de reconstrucción de edificios, también aquí se resuelve la cuestión en favor de la navegación<sup>69</sup>.

La confirmación de que al final se asimilan todos estos supuestos es la celebre novela 97 que nos revela que tales actividades también en el derecho justiniano se concede el tratamiento de créditos privilegiados, basándose para ello en el reconocimiento efectuado en antiguas leyes ya dadas:

*Novimus et antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas praeponi iuniores existentes ex privilegiis a legibus datis, quale est, quando aliquis propriis pecuniis procuraverit navem comparare, aut fabricare, aut reparare, aut forsitan aedificare, aut etiam emi agrum aut aliquid horum; in his enim omnibus priores existunt posteriores creditores, quorum pecuniis empta aut renovata res est, iis, qui etiam multo antiquiores sunt.*

---

<sup>68</sup> D.45.1.122.1; D.22.2.6; D.4.9.1.7; D.20.4.6.1. De estos mismos textos se deduce que es siempre el acreedor cuando de garantías marítimas se trata, quien al final sufre el posible riesgo de la destrucción o pérdida de la cosa hipotecada y nada le impediría que la garantía se extendiera a la propia nave o a la compra de otra que pudiera realizar la misma faena. véase, *MENTXAKA*, op. cit. p. 274.-

<sup>69</sup> Es evidente que el crédito para la reconstrucción o compra de un edificio podría formar parte residual del precio de la venta, pero no se tendría por qué reconocerle ningún derecho de preferencia; si se actúa de esta forma debe de ser por alguna poderosa razón, como la acuciante necesidad de vivienda en un momento donde la carencia de habitación impone la solución flexible de cambiar las reglas de las preferencias crediticias por todas respetadas... o bien las necesidades militares, comerciales o de aporte de crecientes necesidades de alimentos por vía marítima.-

Texto donde se reconoce que algunas hipotecas mas recientes se anteponen a los acreedores mas antiguos en virtud de privilegios dados por las leyes, incluyendo entre ellas los casos de compra, construcción, o reparación de una nave, o de edificación de una casa, o cuando también se compre un campo.

#### 4.3.- El crédito para suministros y manutención de la tripulación.

La misma razón de *pecunia salvam fecit totius pignoris* recogida en D.20.4.6<sup>70</sup> es alegada para conceder el tratamiento de privilegiado al crédito destinado a la manutención de la tripulación, de ahí que el texto añada:

*quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat.*

La razón de que el dinero prestado SEA utilizado en víveres para la tripulación es determinante para que la nave pueda llegar al puerto de destino, y esto es lo que permite confirmar la regla ya recogida en D.20.4.5, según la cual dichos acreedores son preferentes puesto que su dinero permite la conservación de la cosa misma.

El Fragmento 6.1 realiza una aplicación extensiva de la misma regla:

*Item si quis navis in merces sibi obligatas crediderit vel ut salvae fiant, vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit; nam et ipsum naulum potentius est.*

Se trata pues de un supuesto de pignoración de mercancías<sup>71</sup>, en el cual se asimila este caso al del préstamo para la obtención de los víveres destinados a la manutención de la tripulación, al préstamo sobre las mercancías obligadas o al propio flete. Sin embargo esta asimilación choca con la razón alegada en principio puesto que si bien los víveres si que son necesarios para que la tripulación pueda gobernar el barco, la consideración cambia cuando de mercancías o del flete se trata. Aquí sería necesario separar ambos objetos de garantía.

Mientras que el préstamo *in merces*, sobre todo si éstas han sido destinadas *ut salvae fiant* no tenemos dudas que pudieran tener preferencia sobre un primer acreedor, puesto que el segundo acreedor solo sería preferente en aquellos casos en los cuales el

---

<sup>70</sup> *ULPIANUS, lib. LXXIII ad Edictum.*

<sup>71</sup> De la que se ocupan otros textos del Digesto, como D.45.1.122.1; D.22.2.6; D.4.9.1.7; En todos ellos se refieren a un conjunto de mercancías involucrados en supuestos de préstamo marítimo.

préstamo está destinado a que las mercancías se salven<sup>72</sup>. O para ser mas exactos a cubrir la contingencia de la pérdida de aquellas mercancías cuya desaparición o sacrificio fue determinante para salvar a las demás.

Por contra, la preferencia sobre *naulum* no podemos asimilarla al caso anterior<sup>73</sup>, puesto que la mención de una preferencia sobre el flete no se podría entender sino como un posible añadido sobre el texto original<sup>74</sup>.

#### 4.4.- Preferencia del fisco sobre éstos créditos.

Sobre la base de D.42.5.34<sup>75</sup> se construye la preferencia de los créditos fiscales sobre los destinados a fabricar, comprar, armar o equipar la nave:

*Quod quis navis fabricandae, vel emendae, vel armandae, vel instruendae causa, vel quoquo modo crediderit, vel ob navem venditam petat, habet privilegium post fiscum.*

Texto que podríamos poner en relación con D.42.5.26<sup>76</sup>:

---

<sup>72</sup><sup>72</sup> Como se puede observar en el texto no se dice expresamente que las mercancías están gravadas previamente como garantía del préstamo marítimo. Cabe pensar que la pignoración de las mercancías era tan habitual que se daba por sobreentendido. Una posible interpretación podría ser que las mercancías están a punto de perderse y para evitar esta posible pérdida el acreedor vuelve a prestar dinero para garantizar su devolución con las mercancías ya pignoradas. Además tampoco sería fácil de comprender como a un acreedor ya preferente se le otorga otra preferencia. *MENTXAKA, La pignoración de colectividades...*, op. cit. p. 271.

<sup>73</sup><sup>73</sup> Aunque no cabe desconocer el esfuerzo por tratar de hacerlo, considerando que en este caso el préstamo en vez de dedicarse a salvar las mercancías se dedica a pagar el precio de transporte, cosa que a MENTXAKA le parece lógica basándose en la esencialidad del precio del transporte. Lo que ocurre es que su argumento descansa sobre un supuesto interés del acreedor en la reparación de alguna avería que impide llegar la nave a puerto. Pero entonces no se trataría de un préstamo sobre el flete, sino que el destino del préstamo lo hubiera sido a la reconstrucción o reparación de la nave, y por tanto no tendría sentido incluirlo aquí. (MENTXAKA, op. cit., p. 271).

<sup>74</sup><sup>74</sup> Tal es así que el copista probablemente agregó *nam et ipsum naulum potentius <potius> est*. Véase edición del Digesto de MOMMSEN, p. 229, nn. 15-16.

<sup>75</sup><sup>75</sup> *MARCIANUS, Lib. V Regularum.*

<sup>76</sup><sup>76</sup> *PAULUS Lib. XVI brevis Edicti.*

*Qui in navem exstruendam, vel instruendam credidit, vel etiam emendam, privilegium habet.*

Aunque en D.42.5.26 no se dice nada sobre la preferencia del fisco, este silencio no debe de inducirnos a engaño, ya que en dicho fragmento lo único que indica Paulo es la declaración del privilegio en favor de quien entregó dinero destinado a reconstruir, equipar o comprar una nave. Ello habría que entenderlo, según SOLAZZI, sin perjuicio de los derechos del fisco, los cuales se entenderían tácitamente incluidos aunque no se mencionasen; de ahí que el jurista no haya sentido la necesidad de recordar la preferencia del privilegio del fisco<sup>77</sup>. En D.42.5.34 se consagra la opinión de que el privilegio del fisco es preferente sobre los créditos destinados a la nave<sup>78</sup>.

La cuestión habría que centrarla en si esto permite pensar que el crédito destinado a la construcción o armamento de la nave se antepone a los demás créditos privilegiados. Es cierto que con cierta claridad se afirma que *habet privilegium post fiscum*, pero con ello no se responde a la pregunta de si implica situar a tales créditos navales en lugar preferente en relación a los demás créditos privilegiados.

En realidad no se puede reconocer sin más esta preferencia, ya que por lo menos en el derecho justiniano, si nos situamos en Nov. 97.3 en relación con el crédito dotal, sabemos que si bien los créditos destinados a la compra, reconstrucción o reparación de la nave (a igual que los destinados a edificar una casa, comprar un campo, y otros allí mencionados), los acreedores posteriores son preferentes a otros anteriores, cuando se trata de la concurrencia con el privilegio dotal, éste último se antepone a aquellos:

*Volumus igitur secundum hoc ut etsi quis domum renovasset, aut etiam agrum emisset, non possit talia privilegia mulieribus opponere.*

#### 4.5.- Otras preferencias asimiladas a éstas.

Asimilados a los casos anteriores de créditos privilegiados por razón de la *versio in rem*, aparecen otros créditos como son los resultantes por alquiler de graneros, solares o de transporte por caballerías recogidos en D.20.4.6.2<sup>79</sup>:

---

<sup>77</sup> SOLAZZI, *Il concorso...*, p. 184.

<sup>78</sup> Aunque para Solazzi, el *post fiscum* de D.42.5.34 aparece envuelto en las sombras de la sospecha. SOLAZZI, op. cit. p. 187, n. 1.

<sup>79</sup> ULPIANUS, lib. *LXXIII ad Edictum*.

*Tantundem dicetur et si merces horreorum vel areae vel vecturae iumentorum debetur, nam et hic potentior erit.*

Texto donde se incluye entre los créditos preferentes el alquiler de los graneros, de la era, o del transporte por caballerías.

MIQUEL los incluye simplemente como otro de los supuestos en los que el acreedor hipotecario posterior adelantó dinero para ser empleado en la conservación de la cosa<sup>80</sup>. Sin embargo tanto el arrendamiento de *areae* como lugar urbano vacío y sin edificar que se arrienda a cambio de una *merces*, como de *horrea* -en el sentido de almacén público o privado en el cual se pueden tomar en arrendamiento dependencias diversas a cambio de un precio<sup>81</sup>-, suponen un derecho de hipoteca tácita sobre los objetos introducidos en ellos en base a un reconocimiento jurisprudencial como se puede apreciar si lo ponemos en relación con D.20.2.3<sup>82</sup>:

*Si horreum fuit conductum vel deversorium vel area, tacitam conventionem de invecitis, illatis etiam in his locum habere putat Neratius; quod verius est.*

En donde el arrendamiento de un almacén, despensa o solar produce según Neratio un derecho de prenda tácita sobre las cosas llevadas e introducidas allí.

¿Cómo reconocer una interpretación tan extensiva de los supuestos y de las situaciones mencionadas que dé como resultado el que a tales créditos se conceda el mismo tratamiento de privilegiados?.

Podemos intentar dar una interpretación: según el texto, las mercancías introducidas en el almacén, solar o que han sido transportadas mediante jumentos quedan pignoradas tácitamente en favor del dueño del *horrea*, que actuaría como primer acreedor; ahora bien, si un segundo acreedor presta dinero al deudor, y es éste destinado a pagar bien el precio de la renta, bien la adquisición de las mercancías o incluso el precio del transporte, convierte a este segundo en preferente frente al primer acreedor. La razón está en que lo que dio el segundo acreedor se empleó en la conservación de la cosa misma hipotecada en cuanto que al pagar al acreedor del almacén se impide que se proceda a la ejecución de las mercancías que garantizaban el pago de la renta.

Con ello se altera la prioridad temporal, puesto que si no fuera así, el primero hubiera sido preferente sobre las mercancías llevadas al almacén, al solar o transportadas

---

<sup>80</sup> MIQUEL, op. cit., p. 297.

<sup>81</sup> D.19.2.30; D.19.2.58.2. MENTXAKA, op. cit. p. 139, n. 263 y 264.

<sup>82</sup> *ULPIANUS, lib. LXXIII, ad Edictum.*

al no mediar la preferencia del segundo. Esto hace que D.20.4.6.2 presente una identidad sustancial con D.20.4.5 ya que tanto en uno como en otro caso se concede a dichos créditos un tratamiento privilegiado.

En conclusión, el privilegio de la *versio in rem* concede preferencia a quien entrega dinero destinado a salvaguardar la misma cosa objeto de la garantía. En un principio se aplica a la reconstrucción y reparación de edificios, pero pronto también se procede a una adaptación del mismo cuando de la construcción o incluso de la compra se trata. La preferencia lo es no en razón de la cantidad, sino por razón del destino del crédito que permite la protección y subsistencia de la cosa objeto de la garantía.

Posteriormente una creciente interpretación jurisprudencial facilitó la aplicación del privilegio, encontrándose un tratamiento y extensión del mismo a otros supuestos similares, como ocurrió con los créditos navales destinados a la reconstrucción, armamento y gastos de la nave necesarios para su navegación.

Crédito privilegiado este el de la *versio in rem* que pudo entrar en conflicto con otros también privilegiados, como los créditos fiscales o los destinados a la restitución de la dote. En tales casos la preferencia cede respectivamente en favor del fisco y del crédito dotal, manteniendo su posición privilegiada el crédito dotal respecto al de la *versio in rem*. No obstante y con carácter excepcional algunos créditos como los créditos *militiae causa* podrían gozar de una preferencia frente al crédito dotal, y por tanto considerarlos también preferentes al crédito que nos ocupa.

Finalmente, el privilegio de la *versio in rem* es utilizado como argumento relativo a los créditos destinados a la reconstrucción, armamento y suministros de la nave siendo asimilado en línea argumental *salvam fecit totius pignoris causam* con los créditos destinados a la salvaguardia de las cosa introducidas en graneros, almacenes, solares o similares.

## CAPITULO VIII.- HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LOS BANQUEROS.

1.- EL *PRIVILEGIUM ARGENTARII*.

1.1.- Origen y evolución.

1.2.- El *privilegium argentarii* en el derecho justinianeo.

1.2.1.- Hipoteca tácita.

1.2.2.- Hipoteca presunta.

1.3.- NOTAS CONCLUSIVAS.

## VIII.- HIPOTECA PRIVILEGIADA EN FAVOR DE LOS BANQUEROS.

Conviene recordar que en la relación de los banqueros con sus clientes en la Roma clásica, se podían establecer bastantes de las relaciones obligacionales, que incluso hoy conocemos<sup>1</sup>.

Los *argentarii*<sup>2</sup> podían recibir objetos de valor para su custodia; relación en la cual era determinante la intención de las partes para configurar la naturaleza y efectos de la relación entre *deponens* y *depositarius*. En estos casos, el que entregaba una cosa para su custodia seguía siendo propietario y por tanto podía reivindicar la misma cosa que había sido entregada.

Otras veces, el cliente entregaba ciertas cantidades sobre la base de una relación de confianza<sup>3</sup>, y sobre las cuales solo tenía un derecho de crédito pero sin ninguna preferencia respecto a los demás acreedores en caso de quiebra<sup>4</sup>, y sin que por ello se generara ninguna

---

<sup>1</sup>Sobre la materia vid., GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano*, MADRID 2.001.

<sup>2</sup>Entre los agentes que pueden intervenir en el mundo del comercio romano se puede distinguir entre los *argentarii*, que son agentes que guardan o administran depósitos de dinero, negocian con prestamos y anticipos en las subastas y sirven de avalistas. Los *nummularii* que son cambistas, comprobadores y tasadores de monedas. Los *stipulatores argentarii*, que intervienen como redactores de los contratos en las subastas. Otros agentes son los *collectarii*, *mensularii*, y *trapezitae*. Pero el nombre y oficio que comprende la mas amplia especialidad de los actos y operaciones financieras es el de *argentarius*, y es el que mayores semejanzas presenta con la actual profesión del banquero. Se ejercía por negociantes individuales o por empresas y sociedades financieras ( *mensae argentariae*, sociedades *argentariorum*). GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas...*, p. 33.

<sup>3</sup>Desde el mundo griego la profesión de cambista se extiende hasta Roma y los centros mas importantes. Las monedas de mayor valor en oro y plata venían utilizadas en los depósitos o permanecían ocultas en los cofres junto con las joyas de la gente adinerada. Con ello encontraba aplicación la ley económica de que la moneda peor pone fuera de circulación a la moneda mejor. GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas...*, op. cit., p. 24.

<sup>4</sup>HERRERO CHICO, "ARGENTARII (Un estudio sobre el régimen de la banca en el Derecho Romano)", *Ann. Estudios Sociales y Jurídicos* (VII), GRANADA 1978, p. 309.



acción real. Por supuesto, también dentro de este tipo de relaciones debe de incluirse el dar dinero a crédito como actividad tradicional de la banca en todo tiempo y lugar<sup>5</sup>.

Igual de compleja es la búsqueda de una justificación del privilegio del depositante sobre los bienes del depositario en el depósito irregular. Para Ourliac y Malafosse se podría corresponder con la categoría de las situaciones legales privilegiadas las cuales pueden referirse a dos ideas fundamentales, la del *negotium* y la del *in rem versum*<sup>6</sup>.

Mientras el *negotium* tiene su origen en una relación económica compleja que es fuente de obligaciones recíprocas, la del *in rem versum* tiene una apariencia lógica: quien hace entrar un valor en un patrimonio ajeno produce un enriquecimiento en éste y tiene por tanto un derecho de preferencia sobre ese valor. Según Ourliac y Malafosse "*La noción del "privilegium in rem versum" justifica a veces la concesión de un privilegio sobre el bien que ha sido reparado o reconstruido o sobre el barco que ha sido equipado; o el derecho del depositante sobre los bienes del depositario en el caso de depósito irregular.... A diferencia de lo que acaece en derecho moderno, el privilegio romano no depende solo del origen del crédito, por ello el acreedor privilegiado cobra antes que los deudores quirografarios, pero después de los hipotecarios*"<sup>7</sup>.

## 1.- EL PRIVILEGIUM ARGENTARII.

### 1.1.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN.-

El análisis del origen del privilegio de los *argentarii* sobre los bienes de sus clientes es incierto, sin embargo desde el punto de vista de los privilegios, en un principio no era el privilegio del banquero, sino el de los depositantes sobre los bienes del banquero el que aparece primero, debido a las relaciones en las que el *argentari* se siente obligado a mantener una relación de garantía en virtud de lo que el cliente le confía. Se trata de un tipo de relación compleja, ya que el capital puede ser entregado al *argentari* para que le fuera devuelto en forma de suma equivalente, lo cual sería calificado de depósito irregular, o bien con transmisión de la propiedad de la misma cantidad para emplearlo en sus propios fines, lo que llevaría a calificarlo de mutuo<sup>8</sup>. Aunque la jurisprudencia romana del siglo III d. C.

<sup>5</sup>Las operaciones comerciales podían ser encomendadas a esclavos. Tanto el jurista Paulo (D.14.5.8), que refiere el caso de Ticiano Primo comerciante o banquero que encarga a un esclavo la facultad de conceder préstamos y recibir prendas en garantía de las cantidades entregadas, como ULPIANO (D.14.3.13) que cita a Salvio Juliano, contempla la posibilidad de encargar a un esclavo factor la realización de operaciones de préstamo. GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas...*, op. Cit., p.51.

<sup>6</sup>OURLIAC y MALAFOSSE, *Historie de Droit Privè (Le Droit romain et l'ancien droit)*, París 1960, (2ª Ed. Barcelona 1968-71), pp. 536 ss.

<sup>7</sup>OURLIAC y MALAFOSSE, *Historie de Droit Privè...*, p. 537.

<sup>8</sup>La existencia de numerosas etiquetas de los cambistas (*tesserae nummulariae*) permiten anticipar al Siglo I a.C., las actividades empresariales de los cambistas. En grafitos o inscripciones en las paredes, sobre todo los descubiertos en Pompeya, encontramos referencias a la *mensa argentariae*. Así el encontrado en casa de Menandro que proporciona datos sobre un préstamo de una suma de dinero concedida por Q. Pompeyo Sabino a Cn. Poncio Silano, que Pompeyo ha retirado de una *mensa* donde estaba depositado (o bien en otra interpretación, que se lo ha prestado un *argentarius* o *coactor argentarius*. GARCÍA GARRIDO, M.J., *El*

fue proclive a tratar a tales relaciones como mutuo, probablemente la influencia de la practica oriental haría evolucionar la encorsetada estructura romana para llegar a admitir las ventajas del deposito, entre otras el poder acordar con un simple pacto el pago de intereses<sup>9</sup>.

Pronto la situación anterior tan precaria para quien deposita su confianza en el *argentari* da paso a un *privilegium exigendi* sobre los bienes del propio banquero, supuesto que podemos encontrar en D.16.3.8:

*quod privilegium exercetur nom in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus; idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. Plane sumtus causa, qui necessarier factus est, semper praecedit, nam deducto eo bonorum calculus subduci solet*<sup>10</sup>.

Fragmento donde se reconoce el privilegio no recae solo sobre el dinero encontrado, sino sobre todos los bienes del banquero que fue quien defraudó a la confianza puesta en él, admitiéndose dicho privilegio *ex utilitate publica*.

Según Solazzi, los juristas habrían aconsejado el privilegio de los deponentes para proteger la confianza que el publico en general debería de poner en la banca. Consejo que habría sido aceptado por los pretores<sup>11</sup>.

Ahora bien, en caso de concurrencia entre los créditos de los que depositaron cantidades y otros acreedores de banquero, la cuestión de quién tiene preferencia se trata en dos textos diferentes entre los cuales la doctrina estima que se da una cierta controversia<sup>12</sup>. Tales textos son D.16.3.7.2 y D.42.5.24.2.

Según D.16.3.7.2:

*quoties foro cedunt numularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud numularios, vel cum numulariis, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito*<sup>13</sup>.

---

comercio, los negocios y las finanzas ..., op. Cit., MADRID 2.001, p. 53.

<sup>9</sup>VOLTERRA, *Instituzioni di Diritto Privado Romano*. Roma 1961, p. 493. Véase D.16.3.24; D.16.3.25.1; y D.19.2.31.

<sup>10</sup>PAPINIANUS, *Lib. IX QUAESTIONUM*: “Cuyo privilegio se ejercita no solo en tanto a la cantidad que del dinero depositado se encontró en los bienes del banquero, sino tambien respecto a todos los bienes del defraudador; y esto se admitió por utilidad publica por causa de la necesidad del uso de banqueros. Pero siempre es preferente la causa del gasto que por necesidad se hizo, porque el calculo de los bienes suele hacerse habiéndose deducido aquel”.

<sup>11</sup>SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, op. Cit., p. 186.

<sup>12</sup>SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, op. cit., p. 181.

<sup>13</sup>ULPIANUS, *lib. XXX AD Edictum*: “Siempre que los banqueros se presentan en quiebra, se suele en primer lugar tener en cuenta que los depositarios, esto es, de aquellos que tuvieron cantidades depositadas, no las que empleaban a interés en poder de los banqueros con los banqueros o por si mismos; y así pues, si se

En donde se reconoce en caso de quiebra de los banqueros la preferencia es en primer lugar en favor de los deponentes, dado que el texto nos aclara que se consideran tales a los que tuvieron cantidades depositadas (*qui depositas pecunias habuerunt*) y no a los clientes que negociaron con los numularios<sup>14</sup>. De esta forma, en caso de venta de los bienes, los depositantes adquieren preferencia sobre otros acreedores privilegiados, siempre y cuando no hayan aceptado recibir intereses<sup>15</sup>. En caso contrario serán considerados como si hubieran renunciado al depósito.

Ello da lugar a una contradicción histórica<sup>16</sup> tanto para Solazzi como para otros autores, con D.42.5.24.2:

*in bonis mensularii vendundis post privilegia potioem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt*<sup>17</sup>.

Texto donde a diferencia del fragmento anterior declara preferentes después de los privilegiados, los derechos de los que ateniéndose a la fe pública depositaron su dinero en poder de los *mensularii*, en caso de venta de sus bienes. Y en ello introduce la contradicción, porque mientras en D.16.3.7.2 la preferencia es para los depositantes en concurrencia con otros acreedores incluso privilegiados, en D.42.5.24.2 éstos quedan postergados en favor de aquellos.

A pesar de las objeciones de la doctrina en el sentido de que todas las tentativas elaboradas para tratar de poner de acuerdo ambas fuentes daban como resultado la

---

*hubiesen vendido los bienes, antes que de los privilegios se tiene en cuenta de los depositarios, con tal que no se tenga en cuenta de los que después recibieron intereses, como si hubiesen renunciado al depósito”.*

<sup>14</sup>Con ello el texto parece tratar de insinuar una diferencia entre *depositarii* y *numularii* que después nos será de utilidad.

<sup>15</sup>Acerca del pacto de pagar intereses es de destacar que si bien en el derecho romano clásico solo se podían pagar si se habían estipulado expresamente, siendo considerados como precio por el uso y riesgo que comportaban las operaciones crediticias (D.17.2.67.1); en cambio en el derecho bizantino cambia este régimen por completo manteniendo Justiniano una posición singular, ya que mientras por una parte, mantiene en el Digesto los fragmentos de los autores clásicos contrarios al pago de intereses (D.12.1.11.1; D.2.14.17 pr), por otra en la Nov. 136.4 concede a los banqueros la facultad de cobrar un interés del 8 % recordando una constitución -probablemente del 528 recogida en C.4.32.26.2- donde autorizaba este mismo interés para los comerciantes. DÍAZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia 1987, pp. 34, ss, nn. 46-51).

<sup>16</sup>Contradicción calificada de histórica, como reconocieron en su momento VANGEROW (*Pandekten*, p. 226) y WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3, Frankfurt 1906, p. 272, nt. 20 Y 22.) cit. por SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, op. cit., p. 182.

<sup>17</sup>ULPIANUS, *lib. LXIII ad Edictum*: “se determino que al venderse los bienes de un banquero sea preferente después de los privilegios la condición de los que ateniéndose a la fe pública depositaron dinero en el banco”.

imposibilidad de encontrar una opinión que hiciera desaparecer toda duda<sup>18</sup>, la aclaración que añade el fragmento 24.2 puede resultar ilustrativa:

*sed enim qui depositis numis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen numi extant, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat ante privilegia*<sup>19</sup>.

Donde diferencia a los que recibieron intereses por el dinero depositado, los cuales no sufren distinto trato de los demás acreedores, de quienes no los recibieron. La diferencia entre estas dos distintas situaciones está en la disparidad entre dar dinero a crédito y depositar; esto es, se trata de figuras distintas como son el mutuo y depósito de tal modo que *vindicari eos* nos indica que si existe el dinero en la caja del banquero puede ser reclamado con preferencia a los demás acreedores privilegiados, mientras que en caso de recibir intereses perderían esa preferencia.

Se podría tratar de resolver la antinomia entre D.16.3.7.2 y D.42.5.24.2 sobre la base de la distinción entre *mensularii* y *nummularii*<sup>20</sup>. Los *mensularii*<sup>21</sup> son magistrados y por tanto oficiales públicos. Los *nummularii* son *argentarii*, o sea banqueros privados sin carácter oficial<sup>22</sup>.

Debido a que las cantidades entregadas a un *argentarii* no están amparadas por la garantía de la fe pública, lo que plantea la necesidad subsiguiente de una superior protección que se lleva a cabo garantizando el dinero entregado en mutuo con los bienes del banquero<sup>23</sup>. De esta forma, antes que a otros créditos personales privilegiados se tienen en cuenta a los que confiaron su dinero a estos *argentarii*, puesto que gozan de una garantía real.

En cambio los *mensularii* son oficiales públicos investidos de fe pública, y lo que se entrega a su custodia son bienes que se encuentran dentro de un cofre, los cuales siguen siendo de sus legítimos dueños y por tanto pueden reclamarlos<sup>24</sup>; y si de cantidades se

<sup>18</sup>SOLAZZI, *Il Concorso dei creditori...*, op. cit. p. 181.

<sup>19</sup>ULPIANUS, *lib. LXIII ad Edictum*: "...pero no se separaran de los demás acreedores, los que recibieron de los banqueros intereses por el dinero depositado; y con razón, porque una cosa es dar dinero a crédito y otra depositar. Pero si existiera el dinero, opino que puede ser reivindicado por los que lo depositaron, y el que lo reivindica será preferente a los privilegiados".

<sup>20</sup>DIETZ, *Les argentarii en droit romain*, París 1869, pp. 20 ss.

<sup>21</sup>Sobre los *Nummularii*, Petronio refiere el caso de Trimalcio al que le preguntó qué oficio consideraba el más difícil. Respondió éste que además del de médico, el de *nummulario*, porque éstos ven el cobre a través de la plata. GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas...*, p. 37.

<sup>22</sup>HERRERO CHICO, "ARGENTARII...", op. cit., p. 314.

<sup>23</sup>En ello se podría encontrar una identidad entre D.16.3.8 y D.16.3.7.2.

<sup>24</sup>Tal sería el caso de los bienes entregados en el propio cofre los cuales pueden fácilmente ser identificados por el deponente que al seguir siendo propietario podría reivindicarlos. En tal sentido se entiende que en

tratara únicamente obtienen preferencia sobre el importe de la venta de los bienes de éstos después de los acreedores privilegiados; y si percibieron intereses<sup>25</sup> no reciben distinto trato del resto de los acreedores. Esto supone que más que un depósito en el sentido estricto, estaríamos ante un depósito irregular dado que su objeto consiste en sumas de dinero. Pero si le transfiere al banquero la propiedad de la suma estipulándose un interés que fue ya pagado, y no concediéndole al banquero más obligación que devolver una suma en igual cantidad que la original se convertiría en mutuo, cesando pues la preferencia anterior.

Queda por aclarar la cuestión de la concurrencia entre los demás depositantes; cuestión a la cual se refiere D.16.3.7.3:

*item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum, qui deposuerunt, an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur? Et constat, simul admittendos ratio habeatur? Et constat, simul admittendos; hoc enim Rescripto Principali significatur<sup>26</sup>.*

Donde resuelve la duda de que en caso de concurrencia entre los depositantes no existe preferencia alguna por el orden de sus fechas, sino que todos concurren simultáneamente. La respuesta de Ulpiano es favorable a la simultaneidad pues todos reciben igualdad de trato y al tener los créditos de los depositantes el mismo origen el concurso se resolvería a prorrata por la cuantía de cada uno de ellos.

Pero ocurre ello con todos los créditos, o tratándose de créditos privilegiados puede resultar alterado el régimen de las preferencias?.

---

D.6.1.9 (ULPIANUS, lib. XVI AD EDICTUM), se concluya reconociendo a todos los que tengan derecho a una cosa la facultad de pedir su restitución.

<sup>25</sup>No era bien visto ciertamente en Derecho Romano el pacto de pagar intereses, de tal forma que obligaba al prestamista a idear el medio de poderlos reclamar sin tener la protección adecuada para ello. Tanto Ulpiano en D.12.1.11.1 como Paulo en D. 2.14.17 pr, se inclinan por la solución nominalista en la exigencia de la cantidad prestada. D.12.1.11.1 (ULPIANUS lib. XXVI Ad Edictum): *Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait et recte non amplius te ipso iure debere, quam novem. Sed si dedero ut undecim debeas putat Proculus amplius quam decem condici non posse. [Si yo te hubiera dado diez, de este modo para que me debas nueve, dice Proculo y con razón, que de derecho no me debes mas que nueve. Pero si te los hubiera dado, para que me debas once, opina Proculo que no pueden reclamarse por la condición mas que diez].* O en D. 2.14.17. pr (PAULUS, lib. III ad Edictum): *Si tibi decem dem et paciscar ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem. Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. [Si yo te diera diez y pactase que se me deban veinte, no nace obligación mas que por diez. Porque no puede contraerse una obligación real, sino por cuanto se haya dado].*

<sup>26</sup>ULPIANUS, lib. XXX AD Edictum: *“se preguntaba también, ¿se atenderá acaso al orden de los que depositaron o al mismo tiempo se tendrá en cuenta de todos los depositarios?. Y consta que han de ser admitidos simultáneamente; porque esto se significa en Rescripto del principe”.*

Ya habíamos comentado en un capítulo anterior<sup>27</sup> como una excepción a la preferencia obtenida por el crédito dotal, la del crédito destinado a obtener un puesto en la *militia*. Frezza nos recuerda lo hereditario de la función pública como una de las características del ordenamiento jurídico bizantino<sup>28</sup>. La *militia* al ser una función hereditaria pero negociable admitía la posibilidad de pactos destinados a conseguir para el particular interesado un empleo en la función pública bien civil, bien militar<sup>29</sup>.

Se trata evidentemente de un supuesto particular del privilegio de la *versio in rem* donde el dinero prestado para la obtención de un empleo de este tipo goza de preferencia y tal y como vimos podría llegar a la constitución de una garantía hipotecaria a favor de quien prestó dinero para la obtención de un empleo en la *militia*. Pero en Nov. 96.4 la causa del crédito protegido es otra:

*si quis revera militiae causa vel ut filius fiat statutus vel ob alias eiusmodi causas pecuniam dederit*<sup>30</sup>.

Esto significa que la causa del crédito protegido se atribuye tanto en favor de quien ha prestado dinero para obtener un empleo de soldado, o como a quien lo hizo para obtener la inscripción en la lista de *milites* como funcionario civil. Según Frezza, la cláusula *vel ob alias eiusmodi causas pecuniam dederit*, está redactada para proteger el crédito recibido y destinado a la obtención del puesto de empleado público bajo la calificación genérica de *militia*<sup>31</sup>.

Es posible que estos préstamos pronto dieran ocasión de abusos para permitir la obtención de tales empleos en favor de familiares o parientes de modo que las propias constituciones imperiales dictaron una serie de disposiciones para impedir el acceso a tales cargos. En este sentido en C.12.35.1:

---

<sup>27</sup>Véase, Cap. III.- RELACIONES DEL PRIVILEGIO DE LA *VERSIO IN REM* CON OTROS PRIVILEGIOS. 3.3.- El privilegio de la *versio in rem* en relación con el crédito *militiae causa*.

<sup>28</sup>FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni...*, p. 272, n. 2.

<sup>29</sup>Sin embargo, DÍAZ BAUTISTA sobre la base de C.8.13 (14).27 (constitución de Justiniano del año 528) parece considerar estos empleos como exclusivamente militares. DÍAZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE...*, op. cit., p. 94.

<sup>30</sup>Según la transcripción de WEIDMANN, cit. por FREZZA, no obstante utilizamos también otra versión de Nov. 96.4, *Imp. IUSTINIANI* ann. 539: *Quia vero et huiusmodi quaedam aditiones nobis factae sunt, eo quod quidam aliorum militant pecuniis, et oportet eos, qui in has crediderunt causas, praeponi, sancimus, si quis vere dederit aurum occasione militae, sive statutum fieri...* [pero como también se nos hicieron algunas representaciones de esta naturaleza, porque algunos obtienen por dinero de otros alguna milicia, y es conveniente que los que prestaron para este objeto sean, preferimos, mandamos, que si alguno hubiere dado verdaderamente dinero con ocasión den un cargo en la milicia, o por algunas otras de tales causas...]

<sup>31</sup>FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, op. cit., p. 273.

*eos qui vel in hac alma urbe vel in provinciis cuidam ergasterio praesunt, militare de caetero prohibemus, exceptis argenti distractoribus, qui in hac alma urbe negotiantur*<sup>32</sup>.

Aquí, el propio Justiniano prohíbe que ingresen en la *militia* los artesanos o quienes tuviesen un taller exceptuando expresamente a los *argenti distractoribus*. pasado esplendor imperial<sup>33</sup>. Por otra parte la expresión *argenti distractores* hace referencia a una posible vinculación entre el negocio bancario y el tráfico de metales preciosos u objetos de joyería<sup>34</sup>.

Pero en C.12.35.1 se añade algo mas:

*hos enim, utpote utiles omnium contractibus, armata quidem militia penitus abstinere sancimus aliam vero quamcunque sine metu praesentis sanctionis posse sibi acquirere. Si qui vero negotiatores, quos omni militia prohibimus, iam militarunt, eis licentiam damus negotiationem quidem relinquere, militiam vero retinere, scientibus, quod si postea negotiantes appareant, militia privabuntur. Quod et in argenti distractoribus huius almae urbis, si armatam militiam iam sortiti sunt, tenere volumus, ut relicta negotiatione liceat eis in eadem militia durare*<sup>35</sup>.

Con lo cual se trata de impedir que accedan a la milicia armada en base a la utilidad que representan para la vida comercial a tales *argenti*, aunque sin vedárselo a otra cualquiera. Ahora bien, si algunos comerciantes que a pesar de la prohibición accedieron a la milicia, se les permite dejar su negocio y continuar en ella, pero siendo en cambio privados de su empleo si después volvieron a aparecer como negociantes; disposición ésta que hace extensiva a los *argenti distractoribus*.

Tanto en esta constitución de C.12.35.1 como en otra del año 528 se dictan especiales disposiciones en relación con los cargos públicos. Incluso se llega a establecer una presunción un tanto restrictiva en C.8.14.27:

*super hypothecis, quas argenti distractores vel metaxarii vel alii quarumcunque specierum negotiatores pecunias sibi creditibus dare solent, hoc*

<sup>32</sup>Imp. IUSTINIANUS, sine die: "prohibimos que en lo sucesivo ingresen en la milicia los que en el alma de la ciudad o en las provincias estén al frente de cualquier taller, exceptuando los vendedores de plata, que ejercen su negocio en el alma de esta ciudad".

<sup>33</sup>HERRERO CHICO, "ARGENTARII...", op. cit., op. cit. p. 320.

<sup>34</sup>Según DÍAZ BAUTISTA, ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA ..., op. cit., p. 102.

<sup>35</sup>Imp. IUSTINIANUS: "... Mas si algunos negociantes, a quienes les prohibimos toda milicia, ingresaron ya en la milicia, les damos licencia para dejar su negocio y para retener la milicia, sabiendo que si después aparecieran como negociantes serán privados de su milicia. Lo que queremos que valga también respecto a los vendedores de plata del alma de la ciudad, si ya ingresaron en la milicia armada, a fin de que abandonando el negocio les sea lícito permanecer en la misma milicia. Porque los negociantes serán privados de tal milicia después de esta disposición; no habiéndolo de prohibir en manera alguna a los que hubieran aplicado su profesión a la fabricación de armas que ingresen en la milicia competente a su profesión, y que no obstante conserven semejante negocio".

*specialiter super amputanda omni machinatione sancimus, ut si post huiusmodi contractum liberis suis vel alio modo cognatis quamcunque militiam iidem negotiatores adquisierint, eam tamen, quae vendi vel ad heredes sub certa definitione transmitti potest, liceat creditoribus eorum, etiam non probantibus, ex pecuniis eorundem negotiatorum liberos eorum vel cognatos militasse (dum tamen contrarium non probetur, alios ex suo patrimonio dedisse pecunias), creditum ab his, qui militarint exigere, vel tantum eos efflagitare, quanti vendi eadem militia possit*<sup>36</sup>.

Aquí se establece la presunción de que si los *argenti distractores* u otros negociantes en general que utilizan caudales ajenos adquiriesen estos cargos para ellos, sus hijos u otros parientes, se considerará que tales cargos habían sido obtenidos con fondos procedentes de sus clientes, salvo que probasen lo contrario.

Pero además, añade:

*quod ita obtinere sancimus, et si extraneis quibusdam iidem negotiatores de suis pecuniis huiusmodi militiam adquisisse probentur, ut quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus talem militiam, quae vendi vel ad heredes transmitti potest, permissum est, ut liceat creditoribus, et adhuc viventium debitorum iure hypothecae vindicare militias, nisi sibi satisfiat, et post mortem eorum exigere, quod pro iisdem militiis pro tenore communis militantium placiti vel divinae sanctionis, tale praestantis beneficia, dar solee, hoc in negotiatorum personis, licet ipsi militantes minime debito obnoxii sint, integrum creditoribus eorum servetur*<sup>37</sup>.

Con lo cual permite que si la adquisición se efectuase con su propio dinero podría reclamar por derecho de hipoteca<sup>38</sup> (*iure hypothecae vindicare*). Esto supone la creación de

<sup>36</sup>Imp. IUSTINIANUS, ann. 528: “En cuanto a las hipotecas que los vendedores de plata o los fabricantes de seda u otros negociantes en cualquier especie suelen dar a los que les prestan caudales, para extirpar todo ardid mandamos especialmente esto, que si después de un contrato de tal naturaleza hubieran adquirido los mismos negociantes para sus hijos, o para cognados de otro modo un cargo cualquiera, pero que puede ser vendido o bajo cierta condición transmitido a los herederos, les sea lícito a sus acreedores, aunque no prueben que por virtud del dinero de los mismos negociantes tuvieron el cargo sus hijos o sus cognados (con tal sin embargo que no se pruebe lo contrario, que los otros dieron de su patrimonio el dinero) exigir de los que ejercieron el cargo el crédito o reclamar la cantidad en que pueda ser vendido el mismo cargo”.

<sup>37</sup>Imp. IUSTINIANUS, ann. 528: “Lo que mandamos que así este vigente, también si se probara que para algunos extraños adquirieron los mismos negociantes con su propio dinero tal cargo, de suerte que lo que en general se permitió respecto a los mismos deudores que ejerciesen tal cargo, que puede venderse o transmitirse a los herederos, para que les sea lícito a los acreedores reivindicar por derecho de hipoteca los cargos de los deudores que aun viven si no se les satisficiera, y después de la muerte de aquellos exigir lo que por los mismos cargos se suele dar, a tenor del convenio común de los que ejercen los cargos o de la divina sanción que concede tal beneficio, esto mismo se conserve íntegro a favor de sus acreedores respecto a las personas de los negociantes, aunque los mismos que ejercen los cargos no estén de ningún modo obligados a la deuda”.

<sup>38</sup>En realidad, como ya había sido anteriormente apuntado, la adquisición de una cosa con dinero prestado producía en la mentalidad jurídica griega un derecho real sobre la misma cosa (PRINGSHEIM, *Der Kauf...*, op, cit. p. 162).



una figura un tanto *sui generis* de hipoteca<sup>39</sup> ya que lo que reclama no es el dinero, ni siquiera las cosas de los deudores, sino los cargos de los deudores (*debitorum ...militias*) y eso si viven, ya que en caso de fallecimiento sería lo que se suele dar comúnmente por dichos cargos o lo que permita dar la disposición que conceda tal beneficio.

La presunción anterior afectaba por igual a banqueros y a deudores, lo cual implicaba que si los cargos hubieran sido obtenidos por los banqueros, sus hijos, o parientes podría dar lugar a replicar contra los propios *argentarii* en aras de la reciprocidad de la presunción.

Pero bien pronto se harían patentes las protestas de los banqueros, pues en la Nov. 136.2:

*secundum vero illorum caput erat de altera illa exceptione, quam nuper fecimus, quando argentariae mensae praepositus militat, vel filios suos militare facit, quod militantes illorum filii datis frui nequeant, quasi non ex paterna vel aliunde illis quaesita pecunia, sed mutuo dantium militaverint*<sup>40</sup>.

Donde se hace eco de tales protestas contra la anterior presunción de que, salvo prueba en contrario, los cargos públicos habían sido adquiridos no con dinero procedente de sus padres u obtenido por los propios interesados, sino de sus clientes que lo habían entregado en mutuo. Y añade:

*atque rogarunt et ipsi, ut aut neque in se talis praesumptio locum haberet, aut ipsis quoque eadem competerent, ut, si quis mutuo ab ipsis accepto militet, vel etiam liberi eius, neque aliunde debitum solvere possit, etiam ex venditione militae illius vel liberorum ipsis satisfiat*<sup>41</sup>.

La petición de los banqueros consiste en que, o bien no se tenga en cuenta tal presunción o bien que también a ellos se les aplique la posibilidad de que si alguien obtuviera cargo por dinero entregado por los banqueros en mutuo y no pagara la deuda, se pueda proceder a la venta del cargo para satisfacerla. Ante ello, Justiniano da una respuesta un tanto singular pues:

<sup>39</sup>En la tradición griega se considera la procedencia del dinero como fundamento para la constitución de un *pignus* sobre las cosas adquiridas con dinero procedente de otro... Lo singular es que atribuye un derecho de preferencia hipotecaria y no una verdadera propiedad (DÍAZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA* ..., op. cit, p. 97).

<sup>40</sup>NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541, Nov.136.2: “así el segundo punto de ellos se refería a aquella otra excepción, que hace poco hicimos, cuando el que está al frente de un establecimiento de banco está en la milicia, o hacen que militen sus hijos, para que no puedan los hijos de ellos que militan disfrutar de los cargos dados, como si ejerciesen la milicia no por virtud del dinero de sus padres o de otro modo adquirido para ellos, sino de los que lo dan en mutuo”.

<sup>41</sup>NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541, Nov.136.2: “... Y rogaron también ellos que o no tuviera lugar contra ellos tal presunción, o les compitiesen a ellos también las mismas cosas, a fin de que si alguien ejerciera cargo en la milicia por dinero recibido de ellos en mutuo, o también si lo ejercieran los hijos de aquel, y no pudiera pagar de otro modo la deuda, se les satisficiera a los mismos con la venta del cargo de aquel o de sus hijos en la milicia”.

*Nos igitur neque simpliciter legem tulimus, sed cum decente observatione, neque patimur, ut illa facile subvertatur, sed sancimus, obtinente sacra constitutione, nec illa praesumptione, quae secundum sacram constitutione contra illos est, sublata, quoniam multi contrahentes non videntur ex pecuniis suis omnia facere, habere et ipsos idem privilegium, ut, si quis militet vel liberi eius, militia quidem eius omnino obligata sit, siquidem ex earum numero sit, quae venduntur, similiter vero et militia liberorum, nisi ab ipsis manifestissime ostendatur, militiam vel ex materna liberorum substantia, vel ex imperiali liberalitate sibi obtigisse<sup>42</sup>.*

Con lo cual mantiene la presunción anterior contra el gremio de la banca, pero al mismo tiempo les concede el privilegio contra quien ejerciese cargo o sus hijos, si tal cargo fuese del tipo de los que admite enajenación pues en tal caso, quedaría obligado dicho cargo. Salvo que se probase que lo hubiese obtenido por bienes maternos o por liberalidad imperial.

Esto es aplicable al gremio de la banca, en razón a que como ya se apunta en otros lugares, es debido a la común utilidad del gremio de la banca que prestan a la contratación y a los riesgos a que están expuestos<sup>43</sup>:

*qui ex dicto collegio sunt, hoc largimur propter communem eorum utilitatem, quam contractibus praestant, dum multis periculis se immiscent, ut aliorum necessitatibus subveniant<sup>44</sup>.*

### 1.2.- El *privilegium argentarii* en el Derecho Justiniano.

Todo lo anterior va a desembocar paso a paso en el reconocimiento de un privilegio en favor de los banqueros. Sin embargo, hasta ahora nos hemos movido en el terreno un tanto difuso de los *privilegia exigendi* pero sin abocar en una garantía real claramente perfilada. Ahora nos vamos a ocupar de aquellas relaciones en las cuales los banqueros a

<sup>42</sup>NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541, Nov.136.2: “...Así pues, como Nos no establecimos a la ligera la ley, sino con la conveniente observación, tampoco consentimos que sea ella fácilmente infringida, pero mandamos, subsistiendo en vigor la sagrada constitución, y no siendo suprimida la presunción que hay contra ellos con arreglo a la sacra constitución, como quiera que muchos contratantes no parece que lo hacen todo con su propio dinero, que tengan también ellos el mismo privilegio, para que, si alguien o los hijos de este, ejerciera cargo en la milicia, quede ciertamente obligada en todo caso su milicia, si verdaderamente fuera del número de aquellas que se venden, y de igual manera también la milicia de los hijos, a no ser que evidentesimamente se probara por los mismos, que obtuvieron la milicia o con bienes maternos de los hijos o por liberalidad imperial”.

<sup>43</sup>DÍAZ BAUTISTA, ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA ..., op.cit., pp. 95-97.

<sup>44</sup>NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541, Nov.136.2: “... Y así también nosotros,... les concedemos esto solamente a los que son de dicho colegio [gremio], a causa de la común utilidad que presta en los contratos, exponiéndose a muchos riesgos para subvenir a las necesidades de los demás”.

través de su actividad financiera prestan cantidades a sus clientes, donde la banca va a reclamar la necesidad de acciones, privilegios o garantías que la ponga a cubierto de la posible insolvencia de los deudores y que la protejan de la situación de descubierto del pasivo de éstos.

Confirmando lo ya establecido otras constituciones<sup>45</sup> el *Praefatio*<sup>46</sup> de la *Nov. 136* se mantiene en la línea de favorecer a los banqueros:

*qui in corpore sunt argentariorum felicitis huius urbis potentiae nostrae supplicantes de multis capitibus nos rogarunt, potiri cupientes auxilio, quum et ipsi multis se utiles praebeant, unde constituta et mutua subeant omnis periculi plena; nam quum sacra nostra constitutio exstet, quae velit ut ex actiones secundum ordinem fiant, et primun quidem principales rei eorumque res, deinde vero fideiussores et mandatores et constitutae pecuniae rei excutiantur, ab hac lege collegium ipsorum eximi, omniumque gravissima pati, si ipsi quidem constitutionis auxilio uti nequeant, sed statim exigantur, si vero ab aliis constituta accipiant, illi qui pecuniam constituerunt, vel horum mandatores aut fideiussores ipsis non satisfaciant, et conveniens et sibi esse, ut aut ipsi communium legum participes sint, aut neque ipsis constitutio nostra adversetur*<sup>47</sup>

En este *Praefatio* de nuevo subraya Justiniano la utilidad que suponen los banqueros para la comunidad al asumir riesgos, aceptar consignaciones y mutuos exponiéndose a muchos peligros y siendo útiles no a un número reducido de personas sino a toda la comunidad. En realidad ello no es sino la respuesta a las protestas del gremio de la banca a la exclusión que había supuesto la *Nov. 4* del año 535 que dejaba fuera del beneficio de excusión en la ejecución de las deudas a dicho gremio<sup>48</sup>. Esto explica la

<sup>45</sup>Probablemente entre ellas se puede citar a C.12.35.1 (*Imp. IUSTINIANUS*) o a C.8.14.27 (*Imp. IUSTINIANUS*, ann. 528), de las cuales después nos ocuparemos.

<sup>46</sup>No obstante DÍAZ BAUTISTA la sitúa entre los años 535-542. DÍAZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE ...*, op. cit., p. 160.

<sup>47</sup>*NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS*, ann. 541: “Elevando suplicas a nuestro poder los que son de la corporación de banqueros de esta feliz ciudad nos rogaron sobre muchos particulares, deseando ser auxiliados, puesto que también ellos son útiles a muchos aceptando consignaciones y mutuos, llenos de toda suerte de peligro; pues como existe una sacra constitución nuestra, que quiere que las exacciones se hagan por su orden y que en primer lugar se haga ciertamente excusión a los deudores principales y de sus bienes y después a los fiadores y a los mandantes y a los deudores de las cantidades constituidas, el colegio de los mismos está excluido de esta ley y sufriría los mas graves perjuicios, si ellos mismos no pudieran ciertamente utilizar el beneficio de la constitución, sino que desde luego se les exigiera a ellos, pero que si recibiesen de otros cantidades constituidas no les satisficieran a ellos los que constituyeron el dinero, o sus mandantes o sus fiadores, y es conveniente también para ellos que o los mismos sean participes de las leyes comunes o que no se les opongan a ellos nuestra constitución”.

<sup>48</sup>En la *Nov. 4.3.1* se establecía una disposición que exigía que las reclamaciones se hicieran por su orden, pero excluyendo del beneficio de excusión a la corporación de los banqueros: *Et absolute creditorem ponimus, antiquas sequentes leges, omnem, qui actionem habere contra aliquem potest, licet non sit mutuum gestum, sed alter quidam contractus consistat, argentariorum quippe sponsionibus propter utilitatem contrahentium in ordine moderno durantibus.*

petición del gremio de los banqueros de quedar excluidos del sistema de la Nov. 4 dado que se les exigiría a ellos -desde el punto de vista pasivo- directamente el pago de las deudas<sup>49</sup> sin acreditar la insolvencia de quienes avalaron, y por otra parte -desde el punto de vista activo- tener que demandar al deudor sin poder hacerlo con el fiador, a menos que hubiera un pacto que les autorice a ello.

La respuesta justiniana viene recogida en la Nov. 136.1 de forma que se mantienen en líneas generales el sistema de la Nov. 4, pero permitiendo un pacto especial que facilitase a los banqueros demandar tanto al deudor como a los fiadores de éste sin tener en cuenta el orden de la Nov. 4<sup>50</sup>. En cualquier forma, este pacto tenía que ser formulado por escrito. La necesidad de ello posiblemente estriba tanto en contar con un medio de prueba, como en la costumbre de muchas personas de la nobleza de no realizar documentos notariales para no dar pábulo a sus asuntos económicos, de ahí que en Ed. 7 pr. se alude al hábito de manejar oro o plata en las relaciones de los *argentarii* con sus clientes sin reflejo documental lo que se justifica por "*el celo o seriedad de los banqueros*"<sup>51</sup>.

### 1.2.1.- HIPOTECA TÁCITA.

Los privilegios anteriores también va a resultar insuficientes, pues en el fondo y aunque de una forma no demasiado explícita los que prestaron dinero para la adquisición de algún bien se consideran según la mentalidad oriental bizantina como si fueran co-adquirentes de las cosas compradas junto con los que recibieron el dinero. El proceso podemos seguirlo a través de la Nov. 136 y el Ed. 7 del año 542.

En la Nov. 136.3:

*atque illud profecto non alienum a ratione dicere visi sunt, si cuidam ad res quasdam mobiles vel immobiles emendas pecuniam credant vel antea crediderint, et certam pecuniam dederint, et ex nummis creditis res acquisita sit; omnium se in ipsa re praecipua habere iura neque debere ullum pati damnum, sed si plane probent, pecuniis suis rem comparatam esse, neque illis debitores pecunia*

---

Esto significa que se excluía a los *argentarii* de la posibilidad de detentar este beneficio. De esta forma si habían garantizado la deuda de un deudor podían ser demandados antes incluso de que se declarase la insolvencia del deudor principal (HERRERO CHICO, "ARGENTARII...", op. cit., p. 320).

<sup>49</sup>En el fondo lo que posiblemente preferirían es la vertiente activa del beneficio, esto es, el poder demandar a los garantes sin necesidad de acudir antes contra los deudores principales por entender que estos garantes ofrecerían una mayor solvencia económica. Para DÍAZ BAUTISTA esto es lo que hace necesario el pacto de renuncia al beneficio de excusión por parte de los que admitieran la garantía (DÍAZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA* ..., p.157, n. 20).

<sup>50</sup>HERRERO CHICO, "ARGENTARII...", op. cit., p. 321.

<sup>51</sup>DÍAZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA* ..., op. Cit, pp. 157, 158, 159, 160 y 165, n. 31.

*satisfacere possint, ipsa res pecunia eorum empta eis addicatur, quasi revera ab illis empta, sola vero emptoris appellatio interposita esset*<sup>52</sup>.

Los banqueros prestan dinero para comprar bienes muebles o inmuebles; dinero que efectivamente se destina a la adquisición de éstos. Y solicitan tener un derecho de preferencia sobre tales bienes cuando se pruebe que fueron comprados con su dinero y los deudores no les habían reintegrado las cantidades invertidas. En realidad, no se pretende una preferencia frente a otros posibles acreedores, sino un privilegio preferente sobre la cosa como si realmente hubiese sido comprada por los propios banqueros, y el comprador real solo fuera una persona interpuesta.

Justiniano les concede dicho derecho preferente sobre las mismas cosas compradas siempre que se pruebe que fueron adquiridas con dinero de los banqueros:

*nam si hoc observaverint, omne id consequentur, quod nos rogarunt, immo vero plus quam petierunt, siquidem potiora ipsis iura prae omnibus damus in iis rebus, quae ex eorum pecunia emptae probantur*<sup>53</sup>.

No es que los banqueros persigan efectos similares a una hipoteca tácita sobre los bienes, pues el mecanismo de ejecución hipotecaria no llevaría necesariamente a la sustitución de la cosa por el precio, sino el reconocimiento de un derecho preferente y excluyente frente a cualquier otro acreedor que supera en mucho al de una hipoteca privilegiada. De hecho se refuerza este derecho cuando se añade:

*sin tamen contractus sine scripto factus est vel fiat, et ipsi pecuniam dent, vel species quasdam, (quod maxime in praepositis mensae argentariae fieri consuevit, ornatu saepe vel argento in haec dato aut etiam venditio) nec pretium acceperint, tunc eas tanquam suas vindicare illis liceat, licet hypothecas non habeant*<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup>NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541: “Y ciertamente no parece que dijeron sin razón, que si a alguien le prestaron o antes le hubieran prestado dinero para comprar algunos bienes muebles o inmuebles, y le hubieran dado cantidad cierta, y con el dinero prestado le hubiera sido adquirida la cosa, deberían tener ellos contra todos, derechos preferentes sobre la misma cosa, y no sufrir perjuicio alguno, pero si claramente probaran que la cosa fue comprada con dinero de ellos, y que los deudores no podían satisfacerles el dinero, se les adjudicara la misma cosa comprada con el dinero de ellos, como si en realidad la cosa hubiera sido comprada por ellos y se hubiera interpuesto solamente el nombre del comprador”.

<sup>53</sup>NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541: “Pues si hubieran observado esto, conseguirán todo lo que nos rogaron y aun mas de lo que nos pidieron, puesto que les damos derechos preferentes a todos sobre las cosas que se pruebe que fueron compradas con dinero de ellos”.

<sup>54</sup>NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541: “pero si en el contrato se hizo o se hiciera sin escritura, y ellos dieran dinero o algunas especies (cosa que muy frecuentemente se acostumbró a hacer tratándose de encargados de establecimientos de banco, dándose con este fin o aun vendiéndose muchas veces objetos de adorno o de plata) y no hubieran recibido el precio, en este caso sean les lícito reivindicar como suyas estas cosas, aunque no tengan hipotecas”.

Con lo cual estamos presenciando la entrada por vía especialísima de un privilegio real, donde a pesar de no recogerse por escrito (*sine scripto factus est*) le es lícito reivindicar como propias las cosas y ello aunque no se hayan pactado expresamente garantía hipotecaria alguna sobre ellas (*hypothecas non habeant*) o sin haber pactado especialmente que el impago del precio actuase como condición resolutoria explícita en favor del que adelantó el dinero sobre la cosa<sup>55</sup>.

Por ello el alegato final:

*neque enim illi aliena possidebunt, si aurum quidem non solvant, quae vero ipsis ab aliis data sunt frustra detineant, sed sive heredes reliquant, illorum heredes vel pro illis, vel ipsa data reddent, sive etiam heredes non relinquant, licebit ipsis ea vindicare, nec ulla hypotheca in illorum rebus ab aliis quaesitis contra eos obtineat*<sup>56</sup>.

Donde se deduce que los que no pagaran con el dinero no tienen derecho a poseer las cosas ajenas, aunque si dejaran herederos, éstos han de pagar por ellos o devolver las mismas cosas. Y si no los dejaran se les permite reivindicar y hacer frente incluso a otras hipotecas sobre los propios bienes.

Esto sería insólito e inexplicable en la mentalidad jurídica clásica<sup>57</sup>, esto es, que el impago del precio produjera el efecto de impedir la posesión de la cosa comprada, considerada aquí como ajena de tal manera que se obliga bien a pagar, bien a devolverla a los mismos deudores o a sus herederos<sup>58</sup>; y a la falta de dichas actuaciones se autoriza a los banqueros a reivindicarlas, siendo preferentes incluso a las hipotecas que sobre los bienes pudieran tener otros acreedores.

---

<sup>55</sup>Esta es la solución que en la actualidad recoge el art. 11 del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1946, y el art. 59 del Reglamento Hipotecario de 14 de Febrero de 1947, si bien la falta de pago con carácter de condición resolutoria explícita lo es para salvaguardar los derechos del vendedor frente a las pretensiones de terceros hipotecarios.

<sup>56</sup>NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541: "...Porque si algunos no pagaran ciertamente el dinero, no poseerán ciertamente las cosas ajenas y retendrán en vano las que a ellos mismos les fueron dadas por otros, sino que si dejaran herederos, sus herederos pagaran por ellos o devolverán las mismas cosas dadas, y aun si no dejaran herederos le será lícito a aquellos reivindicarlas y no valdrán contra ellos ninguna hipoteca sobre los bienes de ellos adquiridos por otros".

<sup>57</sup>Esto según DÍAZ BAUTISTA no es sino fruto del "vulgarismo post-clásico que enfoca los problemas desde una perspectiva económica sin importarle demasiado el respeto por las categorías jurídicas... Se parte de la idea que el dinero utilizado "es" de los banqueros y en consecuencia debe de considerarse la cosa como comprada por ellos...". DÍAZ BAUTISTA, ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA ..., op. cit. pp. 60-62.

<sup>58</sup>DÍAZ BAUTISTA interpreta que se podría dar una posible subrogación real en las cosas que hubieran sustituido a las ya adquiridas con fondos de los banqueros. Quizás esta interpretación es llevar muy lejos el privilegio. En realidad creemos interpretar que si los deudores dejaran herederos, tales herederos deberán de pagar por ellos o devolver las mismas cosas; y si no dejaran herederos es cuando les sería lícito a los argentarii reivindicarlas. DÍAZ BAUTISTA, ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA ..., op. cit., p. 103.

Queda por dilucidar la cuestión de como podría ser la intervención de terceros poseedores sobre la propia cosa.

Si Justiniano hubiera concedido una hipoteca sobre la cosa, se deberían de respetar los derechos de estos terceros poseedores sobre la cosa, pero el hecho de que les sea lícito "*reivindicar las cosas como suyas*" hace patente el carácter de estar ante un privilegio *erga omnes*<sup>59</sup>.

El privilegio en realidad excede en mucho al deseo de una hipoteca tácita y privilegiada, que era la petición de los banqueros de Nov. 136.5:

*neque enim facile hypothecam illis dabimus, qui id pacti non sunt nisi plane in litteris bonorum mentionem factam esse probatum fuerit, vel ipsi sua obligarint, vel hoc simpliciter adiecerint "periculo bonorum suorum" vel omnino aliquid tale dixerint aut scripserint, quod ad hypothecae significationem ducat*<sup>60</sup>.

Donde niega la concesión de una hipoteca a quienes no la pactaron expresamente salvo que en el escrito se hubiera hecho mención clara de los bienes o hubiera obligado sus propios bienes "*a riesgo de sus propios bienes*", o hubiera dicho o puesto por escrito algo que induzca a pensar que existe una hipoteca.

En tanto que una figura hipotecaria de tal clase, les obligaría a seguir las reglas de la ejecución hipotecaria con las consiguientes notificaciones y posibilidad de concurrencia con terceros acreedores que podría resultar preferentes por privilegiados.

El efecto que se produce con este privilegio es favorecer indudablemente el tráfico económico y financiero, pues si de *prima facie* la disposición imperial facilita al gremio de los banqueros actuar contra las cosas compradas con su dinero, esta misma facilidad repercutiría en favor de los solicitantes de los préstamos -generalmente la nobleza bizantina- que podría así obtener una mayor disponibilidad económica para sus necesidades financieras.

En el Ed. 7.3 es donde con mas propiedad se puede pensar en una hipoteca tácita concedida a la corporación bancaria por Justiniano, a pesar de haber sido negada en la Nov. 136.

Las razones de tal proceder debieron de tener un poderoso motivo que hizo reflexionar a Justiniano sobre la oportunidad de acceder a las reiteradas peticiones de los

---

<sup>59</sup>PRINGSHEIM, op. cit., p. 159, cit. por DÍAZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA* ..., op. cit., p.99.

<sup>60</sup>NOVELLA CXXXVI, DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 541: "Porque no les daremos con facilidad hipoteca a los que no la pactaron, a menos que se hubiese probado que en el escrito se hizo claramente mención de los bienes, o ellos mismos hubieran obligado los suyos, o simplemente hubieran añadido esto "A riesgo de sus propios bienes" o en todo caso hubieran dicho o escrito alguna cosa tal, que induzca a la significación de una hipoteca".

banqueros. Dicho motivo bien pudiera ser la peste<sup>61</sup> del 542 que asoló al reino bizantino y de la que veladamente se alude en el *praefatio*:

*mortis enim periculum per omnia loca propagatum non necessarium reddit illud audire quod quisque sustinuit...*<sup>62</sup>

El peligro de la muerte que se había propagado por todos los rincones, exime a Justiniano de tener que oír las calamidades que cada cual ha soportado. De ahí la queja de los *argentarii* que se acentúa porque, por una parte, ciertos deudores habían recibido oro o plata sin documentos que lo acreditaran y por tanto sus herederos no podían ser condenados sin prueba documental que lo demuestre; por otra, tampoco habían sobrevivido los que recibieron tales efectos.

Por ello, en Ed. 7.1 ordena:

*...sancimus, ut qui ad hunc modum in iudicium vocati sunt, prae omnibus ad rectam conscientiam spectantes, indubitanter confiteantur data ab argentariis illis, in quorum iura successerunt, atque id ipsum etiam si qui superstites sunt circa collegium, quod contra eos est faciant*<sup>63</sup>.

Con lo cual, tanto los llamados a juicio por lo que recibieron de los banqueros como los sobrevivientes, deben confesar según su recta conciencia<sup>64</sup>. Esto significa que la concesión de una hipoteca tácita<sup>65</sup> en favor de los banqueros, supone remover previamente

<sup>61</sup>DIEZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA* ..., op. cit., p. 46, n. 68.

<sup>62</sup>EDICTUM VII FORMA PRAGMATICA DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 542: "porque el peligro de muerte propagado a todos los lugares, no hace necesario oír lo que cada cual ha soportado..."

<sup>63</sup>EDICTUM VII FORMA PRAGMATICA DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 542: "mandamos que los que de este modo son llamados a juicio confiesen indudablemente, atendiendo ante todo a su recta conciencia, lo que por los banqueros se les dió a aquellos en cuyos derechos sucedieron, y hagan esto mismo los que sobreviven respecto del gremio que va contra ellos".

<sup>64</sup>En la orden del emperador veladamente se alude en Ed. 7.2 que esto es así para que los banqueros no se vean obligados a probar tales deudas utilizando instrumentos públicos dado que los destinatarios de los prestamos son los nobles a los cuales no les agrada que se publique el estado de sus negocios. Por ello a las cartas autógrafas privadas les lleva a aceptarlas con el mismo valor que los instrumentos públicos.

<sup>65</sup>Se podría diferenciar entre las llamadas hipotecas legales "tacitas" y las hipotecas legales "presuntas". Según PUIG BRUTAU, (PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona 1953), se podría considerar como *hipoteca legal tácita* aquella que, a partir de que se produce el hecho en base al cual la ley autoriza para que pueda exigirse su constitución, puede quedar constituida. Incluso en nuestra propia historia hipotecaria hubo un momento en que se utilizó un régimen similar al sistema romano. Así en la legislación anterior a la Ley Hipotecaria de 1861 se partía de la existencia de un hecho que motivaba el nacimiento de las hipotecas legales, hecho que estaba previsto por la ley; surgido ese hecho, según ROCA SASTRE (ROCA SASTRE, "Transcendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861", *RCDI* (1962), nacía la hipoteca sin necesidad de acto constitutivo alguno, y sin intervenir la voluntad del propietario, la hipoteca quedaba perfectamente constituida *ope legis* por simple ministerio de la ley. Era una hipoteca legal "tácita": Producido el hecho, "la hipoteca echaba a andar sola". (CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Madrid 1989, pp. 1791-1793).



el obstáculo de la *exceptio non numeratae pecuniae* mediante la cual el deudor con su simple alegación obligaba al acreedor a tener que probar que había entregado el dinero que reclamaba<sup>66</sup>, cosa que se solucionaría en la Nov. 136.6 con una argucia retórica:

*nam qui sua manu scripsit vel etiam rationes dedit, qui oportebat ita dissolutus esse et qui putemus scripsisse eum, quae data non sunt?*.

Esto es, *el que por su mano escribe las cuentas, ¿Va a ser tan descuidado que reconozca por escrito lo que no recibió?*.

La hipoteca tácita resulta de Ed. 7.3:

*eadem ipsis servabuntur etiam in bonis eorum qui in vita sunt contrahentium, et debitorum ut liceat ipsis, sive actores, sive etiam rei sint, si velint, etsi in instrumentis hypothecae nulla mentio insist, hypothecarias tamen actiones movere, quasi eae naturaliter argentariorum et cum ipsis contrahentium, contractus sequantur, et habere quoad posteriores tempore creditores praerogativam*<sup>67</sup>.

Donde se ordena observar en cuanto a los bienes de los contratantes a los banqueros, tanto si intervienen como demandantes como si son demandados, la facultad de promover acciones hipotecarias, aunque en los instrumentos no se haga mención alguna de hipoteca. Y ello por vía de convertir la garantía hipotecaria en elemento natural del negocio bancario.

---

Incluso en nuestro derecho positivo podemos encontrar la diferencia entre *Hipotecas legales* expresamente admitidas en nuestra legislación hipotecaria, cuya enumeración recoge el art. 168 de la LH., TR/ de 1944-46, (si bien el RD. de 12 de noviembre de 1982 dejó sin efecto los art. 249 a 271 RH, lo que era tanto como dejar sin desarrollo los dedicados a la materia por la Ley, excepción hecha de la normativa de las regiones forales; no obstante el RD de 10 de Octubre de 1984 dejó sin efecto tal derogación), y las *hipotecas legales tácitas* de las cuales como ejemplo se puede citar la hipoteca especial para garantizar el capital, intereses, premios y primas de las cédulas hipotecarias de la ley de 25 de Marzo de 1981 y el RD. de 17 de Marzo de 1982 (Reglamento del Mercado Hipotecario).

En cambio podríamos hablar de *Hipoteca legal presunta* cuando su existencia se permite deducir no solo porque la ley la reconoce como tal, sino porque además las partes manifiestan indicios o actuaciones que revelan la voluntad de constituir la hipoteca. Este es el caso que, por vía de interpretación extensiva de los actos de las partes, se puede entender constituida, entre otros ejemplo en la Nov. 136.5 cuando admite que existe hipoteca cuando se pruebe que en los escritos se hizo claramente mención de los bienes.

<sup>66</sup>Nov. 136.5. VOLTERRA, *Instituzioni...*, op. cit., pp. 475; 484; y 488. DÍAZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA* ..., op. cit., p. 108.

<sup>67</sup>*EDICTUM VII FORMA PRAGMATICA DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS*, ann. 542: “ Y lo mismo se observará respecto a ellos también en cuanto a los bienes de los contratantes, que viven y son deudores, de suerte que les sea lícito a los mismos, ya sean actores, ya también demandados, promover si quieren, aunque en los instrumentos no se hagan mención alguna de hipoteca, las acciones hipotecarias, como si estas siguieran naturalmente a los contratos de los banqueros y de los que con los mismos contratan, y tener prerrogativas sobre acreedores posteriores en tiempo”.

El privilegio no significa una alteración en la prioridad puesto que reconoce que la prerrogativa solo actúa sobre acreedores posteriores en el tiempo, pero va más allá del concedido en la Nov. 136.3 en cuanto que si bien allí había permitido un *ius persecuendi* sobre los mismos bienes adquiridos con dinero de los banqueros, aquí claramente se va a la conversión del privilegio en una hipoteca general<sup>68</sup> sobre todos los bienes del deudor.

Al ser una hipoteca general recaería sobre todos los bienes del deudor dada la alusión que se hace a los bienes de los contratantes: *eadem ipsis servabuntur etiam in bonis eorum...*<sup>69</sup>

Esto haría descartar la necesidad de la adscripción de bienes concretos a la garantía hipotecaria que sería por lo demás lógico en la constitución de una hipoteca convencional<sup>70</sup>.

En cuanto a las acciones hipotecarias a las que alude el texto de Ed. 7.3 lo cierto es que no es muy explícito sobre si se podrían ejercitar sobre todos los bienes del deudor o si afectan específicamente a unos bienes concretos; pero dado el fenómeno de la vulgarización que afecta al derecho bizantino de la época en que se promulga el edicto, se podría pensar que la hipoteca que se concedía los banqueros es extensiva a todos los bienes del deudor, pero que estas acciones hipotecarias incluidas como elementos naturales en los negocios jurídicos bancarios deberían de afectar, en primer lugar, a los propios bienes que

<sup>68</sup>Sobre la cuestión de si se trata de una hipoteca tácita y legal, el hecho que conceptualmente se pueda pensar en que el origen de las hipotecas tácitas surja de inducir que determinados actos de las partes aun sin determinar de modo expreso suponen la constitución de una hipoteca, no tienen porque ir en contra de la idea de una hipoteca legal; entendiéndose por tal, aquella que la ley establece o que se concede a las partes en virtud de una disposición legal. Así mismo se puede pensar en que son hipotecas legales aquellas cuya constitución da derecho a exigir la ley en determinados casos y en garantía de ciertos intereses necesitados de una protección especial.

En cuanto a su enumeración, FREZZA reconoce como tales:

- 1) El crédito *ob restitutionem aedificiorum* (D.42.5.24.1; D.42.3.1; D.12.1.25; D.20.1.20; D.20.2.1).
- 2) Crédito del pupilo contra el tutor por las cosa compradas (D.27.9.3 pr; C.7.8.6).
- 3) Créditos en favor del fisco ((C.8.14(15).1; C.8.14(15).2; D.49.14.46.3 C.7.73.2, 3,y 4 D.20.4.21 pr; D.49.14.28).
- 4) Hipoteca legal que ha tomado el puesto de la *missio in possessionem legatum, servadorum causa* (C.6.43.1 pr, 2; Nov. 108.2).
- 5) Hipoteca legal sobre los bienes del tutor o curador a favor del menor en garantía de la administración tutelar (5.37.20; C. Theod. 3.30.1); o en favor del furioso o del pródigo (C.5.70.7. 5a, 6a).
- 6) Hipoteca legal sobre los bienes del padre o de la madre que ha contraído segundas nupcias (C.5.9.8.3).
- 7) Hipoteca legal sobre los bienes del padre que ha pasado a segundas nupcias como administrador de los bienes del hijo del primer matrimonio (C.5.9.8.4).
- 8) Hipoteca legal concedida a la mujer en garantía de la restitución de la dote (C.5.13.1.1b; C.5.14.11.2).
- 9) Hipoteca legal concedida al marido para obtener la entrega de la dote (C.5.13.1.1b).
- 10) Hipoteca legal sobre los bienes del cónyuge superstite (Nov. 22.44. 2-5). FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni...*, op. cit. pp. 119-125.

<sup>69</sup>FORMA PRAGMATICA DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS, ann. 542: “Y lo mismo se observará respecto a ellos también en cuanto a los bienes de los contratantes...”.

<sup>70</sup>La doctrina clásica admitía ya desde antiguo la posibilidad de establecer convencionalmente una hipoteca general convencional. Así WAGNER, *Voraussetzungen, Vorstufen und anfänge der römischen Generalverpfändung*, Marburg 1968; y entre la hispana MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el derecho romano clásico*, Bilbao 1986, especialmente cap. 6 sobre la prenda general, pp. 279 ss.

aún quedaran en poder del deudor y que hubieran sido adquiridos por vía del crédito argentario (como se reconocía en la Nov. 136), pero que por otra, podría operar sobre el resto de los bienes del deudor incluso aunque sobre los mismos bienes pudieran alegar otros derechos acreedores posteriores a las fechas de los contratos concertados con los banqueros<sup>71</sup>.

### 1.2..2.- HIPOTECA PRESUNTA

En la Nov. 136.5 se recoge un catalogo de las principales quejas de los banqueros y de su remedio vía creación de una garantía hipotecaria y de la asignación de un interés legal<sup>72</sup> del 8%, y ello aunque no hubiera sido especialmente pactado:

*hoc etiam nos docuerunt, quosdam qui cum illis contrahunt, instrumenta et rationes conficere, et alia quidem in foro facere, alia vero sua manu conscribere, quibusdam vero ab aliis conscriptis subscribere, petieruntque ut si illi, qui cum ipsis contrahunt, instrumenta et rationes conficere, et alia quidem in foro facere, alia vero sua manu conscribere, quibusdam vero ab aliis conscriptis subscribere, petieruntque ut, si illi qui cum ipsis contrahunt, tale quid scripserint, teneantur, qui ipsis pro datis satisfaciant nec eo abutantur et dicant, se contractus quidem, vel confessiones vel rationes omnes manu sua scripsisse, vel aliis scribentibus illis subscripsisse, pecuniam vero, quae illis contineatur, ipsis datam non esse, ut hypothecas exinde habeant, et besses usuras licet scriptae non sint, accipiant<sup>73</sup>.*

El motivo de la queja es el abuso de quienes formalizan documentos y cuentas abiertamente en el foro, bien de su propia mano, bien escritos por mano ajena y suscritas por los deudores pero que mediante la alegación de no haber recibido el dinero tratan de zafarse de la responsabilidad de sus deudas.

La alusión indirecta a la *exceptio non numeratae pecuniae* está clara<sup>74</sup>. La respuesta matizada del emperador es conceder a quienes hubieran intervenido en tales contratos bien

<sup>71</sup>DÍAZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA* ..., op. cit. pp. 138-141.

<sup>72</sup>Rompe con ello, la tradición clásica de no considerar incluidos los intereses a menos que hubieran sido expresamente pactados. Al contrario, para los prestamos recogidos por escrito y sin determinar el interés se presume un interés *ope legis* del 8% y ello aunque no se haga mención expresa de interés alguno. Se trata pues de una presunción *iuris et de iure*. La razón como indica en Ed. 9.2 pr estaría en la onerosidad inherente a los contratos bancarios.

<sup>73</sup>NOVELLA CXXXVI, IMP. IUSTINIANUS, ann. 541: “También nos manifestaron que algunos que con ellos contratan formalizan instrumentos y cuentas y que unas cosas las hacen claramente en el foro, y otras las escriben de su propia mano y en algunas suscriben habiendo sido escritas por otros y pidieron, que si los que con ellos contratan hubieran escrito alguna tal cosa, estén obligados y les satisfagan a ellos por las cosas dadas, y no abusen y digan que ellos escribieron ciertamente con su propia mano los contratos o las confesiones o todas las cuentas, o que las suscribieron habiéndolas escrito otros, pero que no se les dió a ellos el dinero, que en las mismas se contiene, de suerte que tengan por esto hipotecas, y perciban aunque no hayan sido consignados por escrito, los intereses del ocho por ciento”.

<sup>74</sup>Lo curioso es que la *exceptio non numeratae pecuniae* que surge como freno frente a los abusos de los prestamistas (C.4.7.1; C.4.30.3; C.4.30.4) los cuales podrían hacer deudores por el mero apunte de caja,

escritos por mano del deudor, bien por mano ajena y suscritos por éste las acciones personales, no solo contra el propio deudor sino también contra los herederos los cuales quedan así obligados:

*Nos igitur, quoniam illa communia sunt et multa consideratione egent, ad ea, ut decet, respondemus. Nam si quidem aliquis publicum contractum fecerit, totumque manu sua scripserit, vel etiam instrumentis aut rationibus ab aliis scriptis subscripserit, sancimus, ut ille eiusque heredes omnibus modis, personalibus scilicet actionibus teneatur*<sup>75</sup>.

En cuanto a la petición de hipoteca hecha por los banqueros, nos encontramos aquí con la respuesta justiniana de la concesión de una hipoteca presunta:

*neque enim facile hypothecam illis dabimus, qui id pacti non sunt, nisi plane in litteris bonorum mentionem factam esse probatum fuerit, vel ipsi sua obligarint, vel hoc simpliciter adiecerint "periculo bonorum suorum" vel omnino aliquid tale dixerint aut scripserint, quod ad hypothecae significationem ducat. Tunc enim hypothecam quoque illis praebemus, ut neque legum nostrarum naturam in universum turbemus, neque ipsi auxilio in quantum potest, priventur*<sup>76</sup>.

No reconoce el otorgamiento de una hipoteca legal tácita (cosa que si lo va a hacer poco después con Ed. 7.3), pero si que establece un sistema de transición entre el privilegio sobre los bienes y la hipoteca legal general sobre todos los bienes de los deudores atendiendo a las peticiones de los banqueros de lograr así la plena protección de sus créditos.

Se trata de una hipoteca presunta pues su constitución no opera *ope legis*, sino que amplía la voluntad de las partes al considerar que si se prueba que en el escrito se hizo claramente mención de los bienes, o hubiera obligado los suyos o se hubiera incluido la cláusula de estilo "a riesgo de sus propios bienes", o en fin cosa tal que permita inducir la

---

siempre y cuando el banquero lo adverbese bajo juramento POTHIER, *Traité des obligations*, París 1835, p. 445 cit. por DÍAZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA* ..., op. cit., p. 33, n. 44.

<sup>75</sup>NOVELLA CXXXVI, IMP. IUSTINIANUS, ann. 541: "Nosotros pues, como estos extremos son comunes y requieren mucha consideración, respondemos a ellos como son conveniente. Porque si ciertamente alguien hubiera hecho un contrato publico y todo los hubiera escrito de su mano, o si también hubiera suscrito en instrumentos o cuentas escritos por otros, mandamos que él y sus herederos queden de todos modos obligados, por supuesto por acciones personales".

<sup>76</sup>NOVELLA CXXXVI, IMP. IUSTINIANUS, ann. 541: "Porque no les daremos con facilidad hipoteca a los que no la pactaron, a menos que se hubiese probado que en el escrito se hizo claramente mención de los bienes, o ellos mismos hubieran obligado los suyos, o simplemente hubieran añadido esto "A riesgo de sus propios bienes" o en todo caso hubieran dicho o escrito alguna cosa tal, que induzca a la significación de una hipoteca. Porque entonces también a ellos les concedemos hipoteca, de suerte que ni perturbemos por completo la naturaleza de nuestras leyes ni en cuanto es posible, sean ellos privados de auxilio".

existencia de una garantía sobre los bienes, se concede hipoteca<sup>77</sup>. Sin embargo al no establecer ninguna indicación sobre la prioridad respecto a la concurrencia con otras posibles hipotecas sobre los mismo bienes deberíamos de pensar que deberá de respetar el principio de prioridad.

### 1.3.- NOTAS CONCLUSIVAS.

Al tratar de las relaciones entre los banqueros y sus clientes es de distinguir necesariamente dos posibles situaciones. Por una parte, todas aquellas en las cuales los *argentarii* reciben en deposito objetos de valor o cantidades confiadas por sus clientes para su guarda y custodia. Estas relaciones están constituidas sobre la base de la confianza que al cliente le merece la honestidad e integridad de quien se constituye en depositario. Por otra, todas aquellas relaciones en las cuales los banqueros a través del ejercicio de su actividad financiera prestan cantidades a sus clientes. En estas se deja sentir la necesidad de una búsqueda de acciones, privilegios o garantías personales o reales que protejan a la banca del impago de sus deudores.

Si en el primer grupo de relaciones pronto se comprendió que las acciones que protegían el deposito entre particulares mostraron un momento de transformación y quiebra de sus elementos fundamentales<sup>78</sup>, que hacen sentir la necesidad de conceder un *privilegium exigendi* sobre los bienes del banquero (D.16.3.8) concedido en favor de quien resulto defraudado por su actuación. Privilegio que concede preferencia frente a otros acreedores de banquero por las cantidades depositadas incluso aunque se trate de acreedores privilegiados. Esto siempre que los depositantes no hayan percibido intereses, pues en tales casos serían postergados a aquellos no recibiendo distinto trato del resto de los acreedores, concurriendo todos ellos simultáneamente (D.16.3.7.3).

El segundo tipo de relaciones negociales descansan sobre la figura del mutuo, siendo el *argentarii* quien concede el dinero a sus clientes. Dinero que puede emplearse en los mas variados fines, como la obtención de un puesto en la *militia* (Nov. 97.4), o para procurarse los mismos banqueros tales puestos mediante el desembolso de cantidades (C.12.35.1; C.8.14.27). Aparece así una figura un tanto *sui generis* de hipoteca en tanto que se permite a los *argentarii* reclamar *iure hypothecae* los cargos que hubieran sido adquiridos con el empleo por sus clientes de tales cantidades, y por otra parte la reclamación en contra de los banqueros sobre la presunción que si los cargos hubieran sido adquiridos por ellos, lo eran con el dinero de sus clientes.

Las protestas de los banqueros, tenidos en gran estiman por Justiniano ya que reiteradamente alude a la utilidad del gremio de la banca, dieron su fruto. Poco a poco, fueron consiguiendo sucesivamente mas privilegios que al final van a desembocar en el

<sup>77</sup>En realidad excede el marco de las hipotecas legales, ya que en realidad su constitución no opera por ministerio de la ley, sino por voluntad de los contratantes; lo que ocurre es que tal voluntad se induce a partir de ciertas expresiones o cláusulas de afección mas o menos genéricas. DIEZ BAUTISTA, *ESTUDIOS SOBRE LA BANCA BIZANTINA* ..., op. cit., pp. 113-115.

<sup>78</sup>HERRERA BRAVO, *El contrato de deposito en el Derecho Romano*, Granada 1987, p. 32.

reconocimiento de una serie de garantías reales a su favor, y les van a poner a salvo del peligro de insolvencia de sus deudores. Al principio permitiendo a aquellos demandar a los deudores y a sus fiadores prescindiendo del beneficio de excusión; posteriormente concediendo un derecho de preferencia sobre los bienes comprados por los deudores con dinero procedente de los préstamos bancarios (Nov. 136.3), como si fueran co-adquirentes de los bienes. Esto solo se podría explicar mediante la ingerencia y asimilación de las categorías jurídicas griegas y orientales en la legislación imperial, al paso que una paulatina vulgarización tiende a hacer desaparecer la pureza de las instituciones romanísticas. Sin embargo las peticiones de los banqueros se orientan hacia la reclamación de una hipoteca legal, que al principio es rechazada (Nov. 136.5), y finalmente alcanzada con el Ed. 7.3 propiciado por las calamidades de los tiempos que obligan al emperador a ello. En el texto de Ed.7.3 concede la facultad de promover acciones hipotecarias sin que en los instrumentos de préstamo se haga mención alguna al respecto. Esto significa la concesión de una hipoteca general sobre todos los bienes del deudor.

El elenco de las garantías reales concedidas a los banqueros no quedó completo pues a las anteriores hay que añadir además una hipoteca presunta que deducimos de la Nov. 136.5. No es una modalidad de hipoteca tácita legal, pues su constitución no opera exclusivamente *ope legis*, sino por vía instrumental de inducir de la voluntad negocial de las partes tal garantía en cuanto se realice la adscripción cierta y probada de los bienes. Pero también debemos concluir con que no hay indicación que permita suponer que tales garantías reales privilegiadas lo sean también preferentes a las que en apartados anteriores hemos analizado como privilegiadas.

**CAPÍTULO IX.- LA HIPOTECA PRIVILEGIADA RECOGIDA EN DOCUMENTO.**

**1.- INSTRUMENTA Y NOTARIUS**

1.1.- Sus clases y valor probatorio.

**2.- HIPOTECA PRIVILEGIADA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PÚBLICO.**

**3.- HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PRIVADO.**

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

**4.- EL PROBLEMA DE LA CARENCIA DE UNA ADECUADA PUBLICIDAD.**

**5.- CONCLUSIONES.**

**IX.- LA HIPOTECA PRIVILEGIADA RECOGIDA EN DOCUMENTO.**

Un estudio del origen de las distintas clases de *instrumenta*, así como el tratamiento de la desigual eficacia de su fuerza probatoria nos obligaría a distinguir no solo entre las diversas clases de documentos, sino también a diferenciar a los distintos encargados de redactarlos.

**1.- INSTRUMENTA Y NOTARIUS**

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

Dentro de estos notarios o redactores considerados pues como meros taquígrafos, que aunque no son equivalentes exactamente a lo que entendemos hoy por notario, si que parece

---

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ DE BUJAN, 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, aunque cumplían una mera función de taquígrafos ya que se servían de ciertas notas, abreviaturas o signos convencionales para escribir con mayor rapidez, según MARTÍNEZ SARRIÓN, "El notario en la Baja romanidad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXII, I, p. 28 ss.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria ...*, op. cit., p. 85, n. 328.

evidente que terminológicamente los actuales derivan del nombre de aquellos. La función de los *notarios* actuales la cumplían en Roma los llamados tabeliones<sup>4</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>5</sup>. Sin embargo se pueden apreciar ciertas diferencias entre ambos.

En primer lugar, en cuanto a los *tabelliones*, fué en la época imperial hacia el siglo III, cuando se desarrolla un tipo de escriba profesional denominado *tabellio*, dedicado a la escrituración de los negocios jurídicos de particulares, y aunque con un desarrollo separado existieron *tabelliones* tanto en Oriente como en Occidente. Estos *tabelliones* eran profesionales libres que redactaban documentos<sup>6</sup> en los que se reflejaban distintas actuaciones de *iurisdictio voluntaria*<sup>7</sup>. Reconocidos en la Nov. 44 (del año 536), como *scritores* profesionales que tenían su actuación en lugares fijos (*stationes*) para el ejercicio de su cometido, como era la redacción de documentos, contratos y testamentos, así como instancias o declaraciones testificales destinados a los tribunales<sup>8</sup>. Los *tabelliones* podían realizar su actividad mediante dependientes (*scritores*) 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>9</sup>, ni podían impartir la fe pública (*publica fides*). Su labor era de rango jurídico menor participando del *scribere*<sup>10</sup> de los juristas prácticos post-clásicos y asumiendo el carácter de asesores en Derecho. El

---

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria ...*, op. cit., p. 86, n. 331.

<sup>5</sup> BONO, *Historia del Derecho Notarial Español*, I, Madrid 1.979, p.56.

<sup>6</sup> Según GARCIA GARRIDO para que los documentos redactados por los *tabelliones* constituyan una prueba plena han de ser confirmados por éstos bajo juramento. GARCIA GARRIDO, *Derecho Romano Privado. Casos, acciones instituciones*, MADRID 1.997, p. 322, n.2.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, op. cit. p. 84, n. 323. Véase, D'ORS, "Documentos y notarios en el Derecho romano post-clásico", *Centenario de la Ley del Notariado*, I, p. 89.

<sup>8</sup> BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit, p. 46.

<sup>9</sup> El *ius actorum conficiendorum* es 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 *publica fides* teniendo valor probatorio ante cualquier organismo del Estado o tribunales. BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. Cit, p. 53.

<sup>10</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. BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit, p. 51.



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 si el asunto (*per se causam complere*). Eran responsables por su intervención en los negocios prohibidos o contrarios a la ley<sup>11</sup> y en los testamentos en los que no se cumpliera con las prescripciones legales<sup>12</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 consignare*)<sup>13</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>14</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>15</sup>.

### 1.1.- Sus clases 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 practica 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:

-Escrituras suscritas sólo por las partes o con intervención de testigos hechas privadamente (*idiochira graece appellatur o scriptura privata*).

---

11<sup>11</sup> C.12.14.6; C.4.32.2; C.11.54.1 pr.

12<sup>12</sup> BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit, p. 47, n. 7.

13<sup>13</sup> BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit, p. 46, n. 4.

14<sup>14</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.

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.

15<sup>15</sup> BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. Cit, p.56.

-Escrituras que contenían la suscripción de 3 ó mas testigos rogados e idóneos (*scriturae 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*).

Solo la *scritura publice confecta*, *scritura publica* o documento del *tabellio* es la que se puede considerar el antecedente remoto del *instrumentum publicum*<sup>16</sup>.

## 2.- HIPOTECA PRIVILEGIADA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PÚBLICO.

El *instrumentum publicum* o documento del *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 trascendencia de la hipoteca.

Una constitución imperial de Constantino del año 316<sup>17</sup>, 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 *scritura privata*, la cual es equivalente a *secrete confecta*<sup>18</sup>.

El documento redactado por *tabellio* requería de su puesta en limpio (*in mundum*), aparte de la suscripción de tres testigos<sup>19</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 podía ser declarado *completum et absolutum* como formula de perfección (declaración de *complevit et absolvi*)<sup>20</sup>. Y obliga a partir de ese momento al

---

16<sup>16</sup> BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit, p. 48.

17<sup>17</sup> *Fr. Vat. 249*.

18<sup>18</sup> BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit, p. 48, n. 12.

19<sup>19</sup> Según la Nov. 73.5.

20<sup>20</sup> *Completum* 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.

cumplimiento del contrato. En Occidente la entrega del documento al destinatario la efectuaba el propio *tabellio* después de mediar entre las partes la *traditio cartae*<sup>21</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>22</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 del gusto de la nobleza bizantina de la época proclive a rechazar la vía documental, a igual que todo aquello que supusiera sacar a la luz sus negocios y cuitas económicas.

Precisamente esta animadversión hacia la transparencia documental dio pie a que en Ed.7.2 se conceda un especial privilegio a los banqueros en orden al reconocimiento de su propia contabilidad documental sin que tuvieran que recurrir a la publicidad documental.

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 nobilibus 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>23</sup>.

Las razones de esta excepción, permitiéndoles liberarlos de la prueba mediante la aportación de documentos públicos, obedece a su labor de prestar 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.

21<sup>21</sup> BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit, p. 50, n. 23.

22<sup>22</sup> BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit, p. 51.

23<sup>23</sup> *EDICTUM VII FORMA PRAGMATICA DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS*. Iust. 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 cuantos escritos por mano de ellos y puestas después en duda, no se vean obligados a tener que 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 por ellos por su propia mano, según se ha dicho, tengan la misma fuerza que los instrumentos públicos*”.

En cuanto a la hipoteca constituida en documento público, una de las cuestiones que en capítulo anterior quedaba sin responder al hilo del análisis de la Nov. 136.5 era la preferencia que obtendría la hipoteca allí contemplada, puesto que no dejaba al interprete indicio alguno en tal sentido.

Sin embargo, una constitución del emperador León del año 469<sup>24</sup> ya había dispuesto que la hipoteca constituida en documento publico *-instrumenta publicae confecta-* o en documento privado suscrito por tres testigos idóneos *-instrumenta quasi publice confecta-* se anteponía a cualquier otra.

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

*scrituras, quae saepe assolent quibusdam secrete 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>25</sup>.*

<sup>24</sup> Aunque seguimos, como lo hemos venido haciendo a lo largo del presente trabajo, el texto de GARCÍA DEL CORRAL, (*Cuerpo del Derecho Civil Romano*, V, Barcelona 1895, p. 335), que refleja como fecha de esta constitución la del año 469, otros autores como DIAZ 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, ("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-MALAFOSSE, (*Historie 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>25</sup> C.8.17(18).11, *IMP. LEO 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".

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

1) Cuando se trate del ejercicio de una acción personal se reconoce la fuerza de las escrituras, las cuales 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 (*idiochiris*). 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 trata se declaran preferentes aquellas garantías que hubieran sido recogidas en instrumento publico; Ahora bien, si la hipoteca hubiera sido constituida en documento privado firmado por tres testigos de integra 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 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 publico, o en documento privado firmado por tres testigos tabularios, prevalece sobre otras hipotecas ocultas o clandestinas aunque sean anteriores en fecha<sup>26</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>27</sup>, de tal manera que el en el derecho post-clásico se va a inclinar por observar una graduación de la prueba escrita en función de la mayor o menor fuerza probatoria que representa la autenticidad de su confección<sup>28</sup>.

### 3. HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PRIVADO.

Nos encontramos pues, con la equiparación de efectos entre el documento tabelliónico y el privado suscrito con las firmas de tres testigos de integra 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.

---

26<sup>26</sup> OURLIAC y MALAFOSSE, *Historie de Droit Privè ... Op. Cit*, p. 541.

27<sup>27</sup> ARCHI, "La prova nel diritto del Basso-impero", *IVRA*, 12 (1961), p. 22.

28<sup>28</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 adveración, véase BETHMAN-HOLLENEG, *Der römische Civilprozen*, 3, 1866, pp.279-287; SIMON, *Untersuchungen zum iustinianischen Civilprozess*, 1969, p. 271-315, cit. DÍAZ BAUTISTA, op. cit. p. 17, n. 15.

Esta intervención de los testigos es lo que concede garantías de legitimidad al documento<sup>29</sup>, en cuanto que supone un recurso de autenticidad y fuerza probatoria del documento.

En realidad, no es el documento el que actúa aquí como prueba, sino que la necesidad de la presencia de tres testigos lo que le atribuye la fuerza probatoria, en tanto que son éstos lo que le prestan la eficacia que sin la concurrencia de los mismos carecería<sup>30</sup>.

### 3.1.- Asimilación de sus efectos a la hipoteca constituida en documento público.

En C.8.17(18).11 es la intervención de los testigos los que hacen que tales documentos sean admitidos como si hubieran sido redactados en forma pública. Pero 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 de su propia mano implicaban un reconocimiento de deuda por sus clientes y facilitarían a la postre un elemento de prueba para los propios banqueros. Tales documentos según se desprende del texto podían 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 presentar documentos públicos o notariales<sup>31</sup>.

Lo que el texto no impide es que aún tratándose de un documento privado no se dispensa de probar la autenticidad del propio documento, bien mediante la adverbación, reconocimiento o cotejo con otros indubitados del propio banquero o de sus clientes. 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*

<sup>29</sup> Esto se hace patente en la Nov. 73 en donde un documento con serias dudas sobre su autenticidad es validado por la intervención de tres testigos.

<sup>30</sup> Confirmación de ello es una constitución de Justiniano del año 530 (C.4.21.20) donde prohíbe hacer cotejo de letras sobre documentos quirográficos si no tuviesen la firma de tres testigos.

<sup>31</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. Por ello prefieren parecer superiores a los ojos de otros más inferiores. DÍAZ BAUTISTA ve aquí una razón sociológica -"temprana referencia a la figura del aristócrata que lucha por aparentar una posición de la que carece..." (op. cit. p. 40).

*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 supplicantibus inde fiat, quod in scriptis a contrahentibus in eos expositis hypothecae, aut heredum successorumve nomen non inveniatur<sup>32</sup>.*

Justiniano parece querer dar una salida por una vía intermedia al permitir esta posibilidad tanto a los banqueros como a aquellos que promoviesen litigio contra ellos, como vía rápida de resolver las reclamaciones sobre los créditos bancarios.

Hasta ese momento la *exceptio non numeratae pecuniae* alegada por el deudor podría condicionar el desarrollo de la prueba. Por ello, el texto condiciona esta vía de la 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 no pueden alegar la *exceptio non numeratae pecuniae*.

Evidentemente facilita a los propios banqueros el reconocimiento de un 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* 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*

---

<sup>32</sup> *EDICTUM VII FORMA PRAGMATICA DE ARGENTARIORUM CONTRACTIBUS. Iust. ann. 542. Ed. 7.2.1: “Y habiendo pues entrado nosotros en cierta vía intermedia que queremos que utilicen, así los banqueros como los que promovieron litigio sobre tales particulares, como a su vez estos 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 hubieran sido escritas por aquel cuyo nombre llevan al frente, no se pueda oponer la “exceptio non numeratae pecuniae” (excepción de dinero no entregado). Además de esto si el banquero pudiera confirmar con un instrumento publico la escritura de su propia mano o si él ciertamente prescindiera de esto, pero su adversario no pudiera argumentar 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”.*

nacida como medida ralentizadora de las reclamaciones de los prestamistas<sup>33</sup>, los cuales abusando de los *syngrapha* podían llegar a atestiguar negocios inexistentes<sup>34</sup> dado el carácter probatorio de la *stipulatio* concertada<sup>35</sup> aunque no siempre precisamente por ello efectivamente realizada.

La preocupación de los distintos emperadores por la protección de los deudores es evidente dado el previsible abuso de los documentos quirográficos empleados aún sin mediar efectiva entrega de dinero de numerario. De ahí la necesidad de la *exceptio* primero, y la *querella non numeratae pecuniae* después<sup>36</sup> con lo cual el deudor gozaba de un mecanismo de defensa para oponerse a las pretensiones de los prestamistas.

La *exceptio* invertía el orden de la prueba cargando sobre los acreedores la prueba de sus reclamaciones. Con esta 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 confirma por instrumento público sus derechos de crédito recogidos en los documentos antes referidos, como si no pudieran los clientes contradecir tales pruebas mediante la utilización de otros documentos públicos, se añade la de permitir el cotejo mediante documentos autógrafos confirmados con firma de tres testigos<sup>37</sup> 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.

La última ventaja probatoria que concede el texto en favor de los banqueros consiste en que los deudores de éstos, o sus herederos, o sucesores, no pueden alegar la necesidad de que la deuda este garantizada con hipoteca para proceder contra los bienes de los afectados.

---

33<sup>33</sup> Cfr. C.4.7.1; C.4.30.3; C.4.30.4.

34<sup>34</sup> FERRARI, "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.

35<sup>35</sup> CASTRESANA, "El *chirographo* y la *syngrapha*: Significación jurídica desde la república hasta Justiniano, *Estudios D'ORS*, (1987), p.457 ss.

36<sup>36</sup> Al 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). Véase, LEMOSSE, "*Querella non numeratae pecuniae*", *Studi Solazzi* (1948), p.470 ss.

37<sup>37</sup> La necesidad que sean tres testigos resulta de C.8.17(18).11, donde el emperador León para estimular que la garantía hipotecaria conste por documento publico al cual se asimila la suscrita por tres testigos prevalecerá sobre las hipotecas ocultas aun siendo anteriores en fecha.



Ni que en caso de estar los bienes en manos de los herederos o sucesores, el nombre de éstos figure en los documentos para ser demandados por los reclamantes<sup>38</sup>.

### 3.- EL PROBLEMA 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, según las épocas, confiadas en gran medida a las declaraciones de las partes<sup>39</sup>, obligadas bajo la sanción del delito de *stellionatus*<sup>40</sup>, que desde finales de la época clásica persigue criminalmente por la vía *extra ordinem*<sup>41</sup>, la declaración falsa del deudor sobre la libertad de los bienes.

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 en los Registros públicos<sup>42</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 y situándolo poco menos que en la clandestinidad<sup>43</sup>. Muy al contrario: el sistema jurídico romano no ignoró un sistema de publicidad sobre la hipoteca como parece mantener Fernández del Pozo<sup>44</sup>, sino que utilizó diversos sistemas de publicidad fruto en cada momento de las necesidades y de la flexibilidad que demandaban el conocimiento de las garantías.

Así se puede citar<sup>45</sup> el sistema de incorporación a los propios bienes de un hito o estela indicativo de la situación de los bienes -aunque poco utilizado en Occidente<sup>46</sup>-, bien la

38<sup>38</sup> DÍAZ BAUTISTA, *Negocios bancarios en la legislación de...*, op. cit. pp. 47 ss.

39<sup>39</sup> D.20.1.15.2.

40<sup>40</sup> Véase, D.47.20.2; D.47.20.3.1; D.47.20.3.2.

41<sup>41</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO, *Fundamentos de...*, op. cit. p. 405.

42<sup>42</sup> FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria ...*, op. cit., p. 84.

43<sup>43</sup> CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Madrid 1989, p. 40 y p. 1438 ss.

44<sup>44</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el registro de la propiedad en las sociedades antiguas*, Madrid 1993, p. 166.

45<sup>45</sup> OURLIAC y MALAFOSSE, *Historie de Droit Privè ... Op. Cit.*, p. 543.

46<sup>46</sup> GERNET, "Introduction à l'etude du droit grec ancien", *AHDO* 2 (1938), pp. 261-292. GERNET, "Droit et prèdroit en Grece ancienne", *Annè sociol.*, 3 (1948-1949), pp. 21-119.

propia declaración de las partes en el propio acto constitutivo de la garantía<sup>47</sup>, bien mediante la utilización de una hipoteca general aplicable a todos los bienes presentes y futuros, como ocurre en C.8.17(16).9:

*quis in cuiuscunque 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 producatur<sup>48</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>49</sup>.

## 5.- CONCLUSIONES.

Como conclusiones relativas a la cuestión de la hipoteca documental, podemos decir que una de las cuestiones mas relevantes de la prioridad documental es el establecimiento de una preferencia instrumental que es tanto como el reconocimiento de la prioridad en razón de su propia función posibilitadora del conocimiento de la garantía. Sin embargo las 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>47</sup> D.20.1.15.2; D.13.7.36.

<sup>48</sup> C.8.17(16).9, *Imp. IUSTINIANUS*, ann. 528: "Si en el instrumento de cualquier contrato hubiere 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 hubiere 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>49</sup> Dispone el art. 1.281 del CC. "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 aquellas".

Cuando específicamente de hipoteca se trata, la preferencia se concede en tanto y en cuanto es formalizada en documento público, como en documento privado firmado por tres testigos. Con esto se pretende hacer frente a la opinión de quienes aún hoy consideran que Roma ignoró un sistema de publicidad sobre las garantías hipotecarias. 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.

Pero la admisión de la prueba escrita va a estar directamente relacionada con la mayor o menor autenticidad en su confección. De ahí la necesidad de que un documento privado para que pueda reunir los caracteres de autenticidad y de legitimidad requiera el concurso de tres testigos (Nov. 73.5; C.4.2.17).

Este reconocimiento en favor de la prueba escrita cristaliza en una serie de privilegios en favor de los *argentarii* a los cuales se les concede capacidad probatoria al equiparar los documentos escritos por su propia mano y los documentos públicos, si bien ello no les exime de probar la autenticidad del propio documento (Ed.7.2.1).

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 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.