

Dedicatoria: A mis padres

## EL RANGO HIPOTECARIO EN EL DERECHO ROMANO CLASICO \*

SUMARIO \*: 1. INTRODUCCIÓN.—CAPÍTULO I: CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA SEGUNDA HIPOTECA. 2. Los negocios hipotecarios antes de Juliano. 3. Condicionalidad de la segunda hipoteca. D. 20, 4, 9, 3.—4. Significado de la cláusula de afección del *superfluum*. D. 20, 1, 15, 2. 5. La acción hipotecaria del segundo acreedor. D. 44, 2, 19.—6. El problema del *ius distrahendi* del segundo acreedor. 7. Los límites objetivos de la autonomía de la voluntad.—CAPÍTULO II: FIJACIÓN DEL RANGO. 8. El principio *prior tempore potior iure*. 9. El privilegio del fisco. 10. El privilegio de la *versio in rem*.—CAPÍTULO III: MODIFICACIÓN DEL RANGO HIPOTECARIO. A) Casos de sucesión hipotecaria. 11. *La successio in locum*. 12. Negocio de subrogación hipotecaria. 13. *Ius offerendi* del segundo acreedor hipotecario. 14. Novación. 15. Sucesión del comprador. B) Casos en los que no hay una sucesión hipotecaria. 16. Modificaciones del rango por sentencia judicial. 17. Renuncia al rango. 18. CONCLUSIONES.

---

\* Citamos abreviadamente las siguientes obras:

ALBERTARIO = Emilio Albertario, *Studi di diritto romano*, 6 vol., Milán, 1933-53.

AHDE = *Anuario de historia del derecho español*. Madrid.

ARANGIO = Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 13 ed., Nápoles, 1957.

ATTI ROMA = *Atti del Congresso internazionale di diritto romano in Roma*, 2 vol., Pavía, 1934-35.

ATTI VERONA = *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia di diritto*, 4 vol., Verona, 1948.

B = *Basilicorum libri LX*, edd. C. E. Heimbach, Leipzig, 1833.

BESLER = Gerhard von Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 5 vol., Tübingen, 1910, 20, Leipzig, 1931.

BISCARDI = Arnaldo Biscardi, *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano*. Città del Castello, 1935.

BOLLA = Sibylle von Bolla-Kotek, *Die Entwicklung des Fiskus zum Privatrechtssubjekt*. Praga, 1938.

BULL = *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*. Roma; desde 1940, Milán.

- BURDESE = Alberto Burdese, *Lex commisoria e ius vendendi nella fiducia e nell pignus*. Turín, 1949.
- C. = *Codex Iustinianus (Corpus iuris civilis, vol. II, ed. Paul Krüger, 16 ed. Berlín, 1954)*.
- DERNBURG = Heinrich Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*. Leipzig, 1860-64.
- D. = *Digesta (Corpus iuris civilis, vol. I, ed. Mommsen-Krüger, 16 ed. Berlín, 1954)*.
- D'ORS = Alvaro D'Ors Pérez-Peix, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*. Salamanca, 1943.
- EBRARD = Friedrich Ebrard, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam*. Leipzig, 1917.
- FEHR = Martin Fehr, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht*. Upsala, 1910.
- FERRINI = Contardo Ferrini, *Opera*, 5 vols. Milán, 1929-30.
- HERZEN = N. Herzen, *Le concours du plusieurs hypothèques*, en Mel, Gerardin. París, 1909.
- HEUMANN-SECKEL = *Heumann's Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht*, 9, ed. refundida por Emil Seckel. Jena, 1926.
- INDEX = *Index interpolationum quae Iustiniani digestis inesse dicuntur*, 3 vol. Weimar, 1929-35.
- KASER = Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, Munich, 1955.
- KNIEP = Ferdinand Kniep, *Societas publicanorum*, I, Jena, 1896.
- KOSCHAKER = Paul Koschaker, fr. 9, 3, D. 20. 4. *Ein Beitrag zur Lehre vom Nachpfandrecht und bedingten Rechtgeschäft*, en *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*. Milán, 1948.
- KUNKEL = Wolfgang Kunkel, *Römisches Privatrecht auf Grund des Werkes von Paul Jörs*, 3 ed. Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1949.
- LENEL EP = Otto Lenel, *Das Edictum perpetuum*, 3 ed. Leipzig, 1927
- LENEL Paling. = Otto Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 2 tomos. Leipzig, 1889.
- LEVY = Ernst Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*. Weimar, 1956.
- MANIGK = Alfred Manigk, *Pfandrehtliche Untersuchungen. I. Zur Geschichte der römischen Hypothek*. Breslau, 1904
- MITTEIS = Ludwig Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, I. Leipzig, 1908.
- PETERS = Hans Peters, *Die Oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*. Leipzig, 1913.
- PRINGSHEIM = Fritz Pringsheim, *Kauf mit fremdem Geld*. Leipzig, 1916.
- RABEL = Ernst Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrecht*, 2 ed. Darmstadt, 1955.
- RE = *Pauly's Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, nueva refundición a cargo de Georg Wissowa. Stuttgart.

- REGELSBERGER = Ferdinand Regelsberger, *Zur Lehre vom Altersvortrag der Pfandrechte*. Erlangen, 1858.
- SZ = *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, römianistische Abteilung*. Weimar.
- SCHULZ = Fritz Schulz. *Classical roman Law*. Oxford, 1951.
- SCHULZ, History = Fritz Schulz, *History of the roman legal Science*. Oxford, 1946.
- SDHI = *Studia et documenta historiae et iuris*. Roma.
- St. = *Studi*.
- VOLTERRA = Edoardo Volterra, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano*. Roma, 1930.
- WEISS = Egon Weiss, *Institutionen des römischen Privatrechts*, 3 ed. Basilea, 1955.
- WIEACKER = Franz Wieacker, *Protopraxie und ius pignoris im klassischen Fiskalrecht*, en *Festschrift Paul Koschaker I*. Weimar, 1939
- WINSCHIED-KIPP = Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 ed. refundida por Theodor Kipp, 3 tomos. Frankfurt/Main, 1906.

INTRODUCCIÓN <sup>1</sup>

§ 1. El punto de partida de nuestras consideraciones será situar la segunda hipoteca <sup>2</sup> en el cuadro total de los medios de reforzar una obligación, con el fin de destacar el modesto papel que le correspondió en Roma.

El acreedor puede reforzar su crédito mediante garantía personal o mediante garantía real. Ambas instituciones persiguen la misma finalidad: procurar la seguridad de que el cré-

1. Bibliografía: a) Sobre la distinción entre garantías personales y reales en Roma: PERNICE. SZ, 19 (1898), págs. 120 y sigs.; SCHULZ, 402; KASER, 383. b) Sobre garantías reales: KUNKEL, 152, KASER, 383 y autores allí citados. c) Origen de la hipoteca: MANIGK: RE, 9, págs. 346 y sigs.; ARIAS RAMOS: *Revista de Derecho Privado*, 27 (1943), págs. 213 y sigs.; KRELLER: SZ, 64 (1944) pág. 334; D'Ors: AHDE, 13 (1936-41) y 14 (1942), pág. 638, y sobre esto, KRELLER: SZ, 63 (1943), pág. 501. d) Sobre la palabra *hypotheca*: FEHR, ERMAN: *Mél. Girard* (1912), 1, 4, págs. 19 y sigs.; EBRARD, KUNKEL, 150; SCHULZ: *History*, 202; KASER, 389; LEVY, 181. Para una amplia exposición del problema con abundante bibliografía, MANIGK: RE, 9, 364 y sigs., y RE, 20, págs. 1243 y sigs.

2. En el texto hablamos, normalmente, de segunda hipoteca por ser este el caso que más frecuentemente aparece en las fuentes. Lo que decimos de la segunda hipoteca es, naturalmente, aplicable a la hipoteca de rango inferior.

dito será satisfecho ; en la garantía real mediante la afección de una cosa al cumplimiento de la obligación, en la personal mediante la designación de una persona contra la que el acreedor puede dirigirse en el caso de no ser satisfecha su deuda por el deudor. Los romanos prefirieron siempre la garantía personal. Esta preferencia se manifiesta de diversos modos. Así, las *cautiones* exigidas por el pretor eran dadas mediante una *stipulatio* y garantizadas con fiadores, no con garantía real<sup>3</sup>. La *lex Malacitana* (Cap. LX) requería garantías reales tan sólo en el caso en que las personales fuesen insuficientes<sup>4</sup>. En la fórmula Serviana, con la cláusula *neque eo nomine satisfactum esse*, se presuponía que también la dación de fiadores extinguía la hipoteca<sup>5</sup>. En la época de los Severos un significativo texto de Escévola dice: Δανεισάμενος παρά σοῦ δηνάρια πεντακόσια παρεκάλεσά σε μὴ βεβαιωτήν, ἀλλ' ὑποθήκην παρ' ἐμοῦ λαβεῖν. (D. 20, 1, 34, 1), donde parece darse por supuesto que la forma normal de garantizar una obligación sea la fianza. Todo ello son muestras de la preponderancia de la garantía personal y explica el escaso desarrollo del Derecho hipotecario romano. No obstante, dice Kaser<sup>6</sup>, se acostumbra a exagerar esta deficiencia.

Respecto a las garantías reales hemos de mencionar tan sólo las tres fundamentales: fiducia, prenda e hipoteca.

A las tres debía hacer referencia el conocido texto de Ulpiano (28. Ed.).

D. 13, 7, 9, 2: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio < nec proprietas > ad creditorem*<sup>7</sup>.

La supresión de las palabras *nec proprietas* ha venido siendo reconocida desde Wissenbach<sup>8</sup>. En la *fiducia* se constitu-

3. SCHULZ, 402 ; KASER, 383.

4. SCHULZ, 402 ; KASER, 383.

5. D. 13, 79, 3 ; sobre la fórmula Serviana vide LENEL : EP, 474.

6. KASER, 384.

7. Sobre el texto, FEHR, 70, cuya reconstrucción no aceptamos por ser demasiado forzada.

8. WISSENBACH : *Emblemata Triboniani* (1642), 40. Vide también MANIGK : RE, 9, 343, y LENEL : SZ, (1881), 106, ambos de acuerdo con WISSENBACH.

ye la garantía con transmisión de la propiedad, en la prenda con transmisión de la posesión y en la hipoteca sin la transmisión ni de la propiedad ni de la posesión.

Muy interesante para nuestro objeto es destacar el hecho de que los romanos concibieron prenda e hipoteca como una institución unitaria englobando ambas con el nombre de *pignus*<sup>9</sup>. Ello se debe al modo como aparece la hipoteca en Roma. Partiendo de la prenda, en que era necesaria la transmisión de la posesión, se admitió, no obstante, que, en ciertos casos, en los que el pignorante necesitaba la cosa, por razones de tipo económico, bastara un simple contrato sin entrega de la posesión. Con ello quiere decirse que la hipoteca no sólo no nace en Roma como una institución autónoma, sino que la distinción entre transmisión o no transmisión de la posesión no se considera que sea tan esencial como para caracterizar instituciones distintas. Por eso en las fuentes se habla, la mayoría de las veces, de *pignus*, tanto en los casos en que hay transmisión de la posesión como en los que no la hay.

El origen de la hipoteca lo encontramos en un caso muy concreto: en los arrendamientos rústicos era frecuente la costumbre de que el arrendador conviniera con el arrendatario que los *invecta et illata*, de éste garantizaran el pago de la renta. En los formularios catonianos encontramos ya tal convención.

Cap. 146, 5: *Donicum solutum erit aut ita satisdatum erit, quae in fundo inlata erunt, pignerii sunt; nequid eorum de fundo deportato; si quid deportaverit, domini esto*<sup>10</sup>.

Como advierte D'Ors si bien este es el punto de arranque de la hipoteca, no hay aquí un verdadero derecho real de hipoteca. Con razón señala este autor el hecho de que el interdicto Salviano, concedido al arrendador, sólo en época posterior se estima de adquirir la posesión: originariamente, añade, era de retener la posesión, puesto que el hecho de introducir los aperos en el fundo equivalía, en cierto modo, a una *traditio*. De ahí que no se tratase de una verdadera prenda sin

9. KUNKEL, 156; KASER, 488.

10. Vide también cap. 149, 7, 8.

posesión<sup>11</sup>. Muy discutida es la fecha de aparición de la acción Serviana. Nosotros creemos todavía con Kübler<sup>12</sup> que la cuestión debe de quedar, por ahora, sin decidir por falta de fuentes, porque si bien es cierto que puede referirse el nombre de la acción al jurista Servio Sulpicio, tal como opina Kreller<sup>13</sup> (aduciendo que en la literatura jurídica romana suele referirse tal nombre al famoso amigo de Cicerón), nada obsta a que como cree Schulz<sup>14</sup>, la acción haya sido creada por un pretor desconocido llamado Servio. En un principio se restringía a los *invecta et illata* y se extendió posteriormente a todos los casos en que existía una *conventio pignoris*. En todo caso hay que admitir con Schulz<sup>15</sup> que con toda seguridad esta acción es anterior a Juliano y tener cuidado, por otro lado, con argumentos *ex silentio* extraídos de las fuentes. De otra parte, es de relevancia también el destacar, como lo hace D'Ors<sup>16</sup>, que en la época de Labeón la hipoteca aparece aún restringida al caso de los *invecta et illata*.

Muy importante es la determinación de cuándo y cómo se operó la recepción de la palabra *hypotheca* en las fuentes. No se trata aquí de una recepción de instituciones jurídicas griegas. Porque hubo un tiempo<sup>17</sup> en que partiendo de la base de que en nuestro terreno nos encontramos con un número de acostumbrado de expresiones griegas (*hypotheca, hyperocha, antichresis*), se pensó en tal recepción ya en la época clásica y quizá aún antes. Hoy día este punto de vista está totalmente desacreditado<sup>18</sup>, porque la crítica moderna ha determinado que la hipoteca griega parte de la pura responsabilidad real<sup>19</sup>

11. D'ORS : AHDE, 14 (1942), pág. 638.

12. KÜBLER, cit. ; KRELLER : SZ, 64 (1944), pág. 334.

13. KRELLER, vide nota anterior.

14. SCHULZ, 408.

15. SCHULZ, 408.

16. D'ORS : AHDE, 14 (1942), 638.

17. DERNBERG, 1, 67. KUNTZTE, *Zur Geschichte des römischen Pfandrechts* (1893), I, 4.

18. Ya MANIGK, 3, hizo una crítica certera de esta doctrina. Vide también las consideraciones del mismo autor en RE, 9, pág. 346; KUNKEL, 156; SCHULZ, 409; KASER, 389.

19. KUNKEL, 156; KASER, 389.

Por el contrario, lo que aquí se trata de fijar es cuándo penetra el término *hypotheca* en el lenguaje jurídico romano. Desde que Fehr publicó en 1910 su fundamental tesis doctoral<sup>20</sup>, defendiendo la interpolación de la palabra por los compiladores, la cuestión ha sido muy debatida, habiéndose logrado llegar a algunos resultados seguros<sup>21</sup>. En contra de Fehr se pronunciaron decididamente, Erman<sup>22</sup>, Manigk<sup>23</sup>, Rabel<sup>24</sup>, y otros<sup>25</sup>. En favor, Mitteis<sup>26</sup>. Tanto Fehr como sus detractores partían de la falsa ecuación no justiniano=clásico, esto es, consideraban que las únicas interpolaciones que había en el Digesto eran las de Justiniano. Así recondujo Fehr todas las interpolaciones a los compiladores, y sobre esta base se montaba también toda la argumentación contraria. Se decía por ejemplo, que los *emblemata Triboniani* tenían siempre el carácter de constituir verdaderas modificaciones jurídicas (*Deo auctore*, 2 y 7) y que, por tanto, hubiera ido contra el sentido de la reforma justiniana el haber realizado el cambio<sup>27</sup>. Se alegaba también que hubiera sido absurdo que los compiladores cambiaran el título *ad formulam hypothecariam*, sustituyendo *Serviana(m)* por *hypotecaria(m)* y dejando en cambio *formula(m)* que se refería a un sistema procesal desaparecido<sup>28</sup>; esto iba, además, contra la tendencia de Justiniano a conservar el título de las obras clásicas<sup>29</sup>. Beseler<sup>30</sup> y Schulz<sup>31</sup>, siguiendo en parte una intuición de Ebrard<sup>32</sup>, afirmaron que el cambio se verificó en la época postclásica, toda

20. Vide abreviaturas.

21. Compárese KUNKEL, 156, n. 3 y KASER, 309, con SCHULZ: *History*, 203.

22. ERMAN: *Mél. Girard* (1912), I, 419.

23. MANIGK: RE, 9, pág. 364.

24. RABEL, 161, n. 1.

25. ARANGIO, 263 n.; KUNKEL, 156.

26. MITTEIS: SZ, 31 (1911), pág. 489.

27. MANIGK: RE, 9, pág. 388.

28. WLASSAK, cit.; KUNKEL, 156, que se adhiere a su opinión, así como antes Jörs.

29. MANIGK, Loc. cit.

30. BESELER, 3, 48.

31. SCHULZ, *History*, 203.

32. EBRARD, 122 sigs.

vez que el título *ad formulam hypothecariam* aparece ya en los Escolios Sinaíticos <sup>33</sup>. No obstante lo acertado de esta apreciación, esta crítica fué demasiado radical por cuanto que consideró que la palabra *hypotheca* es siempre espuria en los escritos de los clásicos. Schulz <sup>34</sup>, con evidente optimismo, dice que el problema puede considerarse hoy día completamente resuelto y que los ataques a Fehr deben de considerarse en la actualidad pasados de moda. Nosotros, por el contrario, estimamos con Kaser <sup>35</sup> que la cuestión de cuándo penetró la palabra en el lenguaje jurídico romano sigue siendo, por ahora, un dilema insoluble. La conclusión que nosotros creemos poder sacar es que si bien la palabra *hypotheca* fué empleada por los juristas clásicos lo fué muy raramente. Es decir, la palabra fué poco más o menos que extraña al lenguaje jurídico clásico. De ahí que pueda decirse que casi siempre está interpolada en el Digesto y que la mayoría de estas modificaciones sean debidas a la época postclásica y precisamente a Oriente por cuanto que no aparece ni una sola vez en las fuentes jurídicas occidentales <sup>36</sup>.

Tras esta breve introducción que nos ha servido tan sólo para tomar posición ante algunos problemas que se nos presentaban y que no pretendíamos ni podíamos ayudar a esclarecer, pasamos a exponer lo que propiamente constituye el tema de nuestro trabajo.

## CAPÍTULO I

### CONSTRUCCION JURIDICA DE LA SEGUNDA HIPOTECA

El propietario puede constituir varias hipotecas sobre una misma cosa <sup>37</sup>. Esta constitución puede hacerse simultánea o

33. Esc. Sin.

34. SCHULZ, *History*, 203.

35. KASER, 389.

36. LEVY, 181.

37. Distinto es el caso de la subhipoteca, donde el que hipoteca es el acreedor hipotecario, donde, naturalmente, recaen las hipotecas sobre objetos distintos. D. 44, 3, 14, 3 (Scaev. quest. pup. trac.) D. 20, 1, 13, 2 (Marcian. form. hyp.) y C. 8, 23, 1 pr.

sucesivamente<sup>38</sup> Este segundo supuesto plantea el problema de cuál de las hipotecas tendrá preferencia sobre las demás y será el objeto de nuestro estudio. Comenzaremos por estudiar cómo y cuándo aparece la segunda hipoteca.

§ 2. La aparición de la segunda hipoteca<sup>39</sup> debe ser constatada empíricamente, desde las fuentes. Por eso, para juzgarlas sin prejuicio, evitaremos, por lo pronto, toda consideración apriorística sobre el concepto de segunda hipoteca. Los textos más antiguos en los que se ha querido encontrar una segunda hipoteca son los siguientes:

D. 20, 4, 13 (Paul. 5 Ad Plaut.): 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 sufficient, ius omnium pignorum primum ad me pertinere, quia nihil aperte dictum esset, an comuniter 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<sup>40</sup>.

D. 20, 4, 14 (Paul. 14 Ad Plaut.): Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.

El caso contemplado en el primero de estos textos es el siguiente: V. vende a C., y ambos convienen que la pensión

38. Sobre el problema de las hipotecas simultáneamente constituidas sobre una misma cosa, vide *Dernburg*, II, págs. 406 y sigs. En este caso cada hipoteca se encuentra en la misma situación que las demás. Cada acreedor puede reivindicar la cosa de los terceros, en tanto que entre los acreedores hipotecarios decide la posesión. Las fuentes no nos dicen nada sobre *ius distrahendi* de los acreedores hipotecarios. Es posible que este derecho sólo lo tuviera el que poseía la cosa, teniendo los demás una acción contra el que vendió para reclamar su parte del precio de venta. También es muy posible que exista aquí un *ius offerendi*. En las fuentes hay unos pocos textos que nos hablan de esta cuestión: D. 13, 7, 20, 1 (Paul. 29 ed.); D. 20, 1, 10 (Ulp. 73 ed.); D. 20, 1, 16, 8 (Marcian. Form. hyp.); D. 46, 3, 96, 3 (Pap. II res.).

39. Bibliografía: *DERNBURG*, II, págs. 479 y sigs.; *MANIGK*, 46, 112; y también en *RE*, 9, págs. 302 y sigs. y *RE*, 20, págs. 1279 y sigs.; *HERZEN*, 301 y sigs.; *KOSCHAKER*, 231 y sigs.

40. Según *RICCOBONO*: *Bull.*, 6 (1894) 167 [quia-servetur] itp.

del primer año será para V. y la de los siguientes para C., debiendo de corresponder a ambos el derecho de las cosas hipotecadas <sup>41</sup> por el inquilino. Según Nerva y Proculo el reparto en cuanto a las cosas hipotecadas se hará del siguiente modo: Primero se satisfará V. y luego, si *algo sobrase*, C., dando como fundamento que no se ha dicho claramente que las cosas hipotecadas se repartan a prórrata entre ambos. Paulo aclara en su nota que se trata de una cuestión de hecho, pero lo lógico es que, dado semejante pacto, las cosas hipotecadas correspondan a la primera pensión.

El otro fragmento nos ofrece el siguiente supuesto del hecho: Un no propietario pignora <sup>42</sup> dos veces sucesivamente una cosa. En este caso da el jurista la preferencia al primero de los acreedores, añadiendo que en el caso de que se pignorase una cosa a dos personas distintas por dos no propietarios tiene preferencia el poseedor.

Según Manigk <sup>43</sup>, de acuerdo con el primero de los textos en cuestión, Nerva y Próculo conocían ya la fórmula *si quid superesse*, y la gradación de acreedores hipotecarios en una misma cosa. No considera que en este texto se encuentre una verdadera segunda hipoteca, sino que acentúa el valor de la expresión *si quid superesset* en la historia de las sucesivas hipotecas, porque de acuerdo con la opinión dominante <sup>44</sup> cree que la segunda hipoteca nace recayendo sobre el *superfluum*. Del modo de hablar del texto, en conexión con que Plaucio, según D. 20,4 14, conoce ya la segunda hipoteca, concluye Manigk que ya era conocida, también, por Nerva y Próculo. Por otra parte, teniendo en cuenta los escasos fragmentos del tiempo de la república llegados hasta nosotros, habría que suponer que la segunda hipoteca apareció realmente antes de lo que parecen indicar los fragmentos contenidos en el Digesto.

Hasta aquí Manigk. No obstante, creemos que ni del D. 20,

41. MANIGK, 40. Sobre la ecuación *ius pignorum = pignoris causa*, D'ORS: *St. Albertadio*, 2, 289.

42. Se trata aquí de una hipoteca y de una prenda.

43. MANIGK: RE, 9, pág. 302, aclarando su postura ya expuesta en 1904 (MANIGK, 41).

44. Vid. infra, § 4.

4, 13, ni del D. 20, 4, 14, puede inferirse la existencia de una segunda hipoteca para el siglo I de nuestra era.

Respecto al primero de los textos en cuestión ya es sintomático que Manigk<sup>45</sup>, aclarando su postura, tenga que reconocer que no nos encontramos aquí ante *una verdadera segunda hipoteca*. Como muy bien dice Herzen, no hay en nuestro texto más que un pacto entre dos acreedores hipotecarios en el que el deudor no toma parte. No aparece aquí un deudor que hipoteque una cosa dos veces; y es evidente que una hipoteca puede constituirse por el deudor o por un tercer hipotecante, en todo caso no por el acreedor hipotecario<sup>46</sup>. Por otra parte, la solución dada por Nerva y Próculo es bien lógica: es natural que vencida la primera pensión pueda el vendedor reclamarla y no obteniendo satisfacción cobrarse con cargo a las cosas hipotecadas y es natural que el vencimiento de la segunda pensión en nada altere la situación jurídica de ambos. Por todas estas razones Manigk concentra sus argumentos en el *si quid superesset* y trata de encontrar un paralelismo con la fórmula de la segunda hipoteca en que se cita expresamente como objeto de la misma el *superfluum*<sup>47</sup>, afirmando que en nuestro caso adopta la forma de una condición. Pero, como dice Herzen, el modo como los juristas abordan la cuestión indica claramente que la frase *si quid superesset* no ha sido pronunciada por las partes; de otro modo no habría necesidad de recurrir al argumento puramente negativo de que un reparto proporcional no habría sido estipulado expresamente<sup>48</sup>. De este fragmento, por tanto, no puede concluirse nada.

El segundo de los textos aducidos por Manigk pertenece también a la obra de Paulo *Ad Plautium*. Se trata de un comentario de Paulo a la obra del conocido jurista del siglo I de nuestra era, Plaucio, obra que tuvo epitomadores y comentaristas numerosos<sup>49</sup>. Pero si del fragmento examinado anteriormente es posi-

45. MANIGK: RE, 9, pág. 302.

46. HERZEN, 308.

47. MANIGK: Loc. cit., cita el paralelo con D. 22, 2, 6 (Paul. 25 quaes.). Sobre este texto vide infra, págs. 43 y sigs.

48. HERZEN 308.

49. Sobre este punto, FERRINI, II, págs. 205 y sigs.; BERGER: RE, 10, pág. 710; SCHULZ: *History*, 215.

ble discernir con claridad lo que pertenece a Plaucio y lo que pertenece a Paulo, no sucede lo mismo con éste, por no existir ningún indicio que nos permita establecer la separación. Tanto Lenel<sup>50</sup>, como Ferrini<sup>51</sup>, han logrado separar en algunos textos del comentario lo que pertenece a Plaucio de lo que es de Paulo<sup>52</sup>. En nuestro texto resulta imposible, evidentemente, emplear cualquiera de los criterios que estos autores señalan. Por eso, el texto no puede servir para probar que Plaucio conociera ya la segunda hipoteca. Por otra parte, la clasicidad del fragmento no está tampoco fuera de dudas. El supuesto de hecho es, por lo pronto, incompleto, por faltar la mención de que el hipotecante ha adquirido, cuanto menos, la propiedad bonitaria de la cosa en cuestión. Según Lenel<sup>53</sup>, Paulo trató en el libro 14 *Ad Plautium* de las excepciones y en nuestro texto concretamente sobre la *exceptio rei venditae et traditae*. Koschaker<sup>54</sup> ha mostrado el paralelismo que nuestro texto ofrece con la decisión de Ulpiano-Juliano, contenida en el D. 6, 2, 9, 4, sobre la procedencia de la *actio publiciana* y recuerda incluso al D. 20, 1, 18, donde se dice que el pretor protege en la pignoración hecha por un propietario publiciano al acreedor, del mismo modo que al propio pignorante. El texto contiene probablemente, profundas interpolaciones que impiden conocer de qué trató<sup>55</sup>. En todo caso es imposible concluir que lo que en el estado actual se lee fuera de Plaucio o de Paulo e inferir, por tanto, que el primero de estos juristas conociera la segunda hipoteca. Ninguno de ambos textos de Paulo pueden servir, por tanto, en apoyo de la tesis de Manigk.

Pasemos ahora a examinar el

D. 20, 3, 3, Paulus 3 Quaes.: Aristo Neratio Prisco scripsit:  
[etiam]si ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur [non  
aliter] <alter> in ius pignoris succedet [nisi] convenerit ut

50. LENEL: *Paling.*, 1194, núm. 8.

51. FERRINI: *Loc. cit.*

52. Vide también SCHULZ: *Loc. cit.*

53. LENEL: *Loc. cit.*

54. KOSCHAKER, 238.

55. Según SCHULZ: *History*, 215, la copia usada por los compiladores contenía profundas interpolaciones y tergiversaciones del original.

sibi eadem res esset obligata: [neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur.] denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit [non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere,] videamus, an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat: quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.

La oscuridad del supuesto de hecho ha dado lugar a una viva discusión en la doctrina y también se ha querido ver aquí una segunda hipoteca. Ahora procuraremos enfocar el texto desde un punto de vista diferente. Comenzaremos con un análisis filológico del mismo. Por lo pronto destacaremos el hecho de que *succedet* carezca de sujeto. Ferrini<sup>56</sup> añade *posterior* detrás de *aliter* y Mommsen<sup>57</sup> *alter*, probablemente por suponer su caída por error del copista, al ver seguido *aliter alter*. Anotemos también que la frase *neque enim de pignore*, repetición y generalización de la anterior presenta todas las trazas de una glosa<sup>58</sup>, en cuyo caso caería también la frase siguiente *quo casu-efficietur*, por estar ambas en conexión inmediata. Por otra parte, siguiendo el curso del texto, vemos el pensamiento central de la primera parte del mismo es: el segundo acreedor no sucede en el derecho del primero; en cambio, en la segunda parte, desde *denique*, se parte implícitamente del hecho de que el segundo ha sucedido en el derecho del primero, puesto que plantearse el problema de si el segundo tiene el *ius distrahendi*, presupone que ha adquirido la cualidad de acreedor hipotecario. La consecuencia es que el fragmento de la falsa impresión de tratar dos casos distintos. La hipótesis que proponemos con nuestra reconstrucción tiene la ventaja de explicar todas estas anomalías<sup>59</sup>. No pretende ser

56. FERRINI: *Digesta*, ed. ital. Milano.

57. MOMMSEN: *Digesta*, ed. crít.

58. MANIGK, 30, destacó la tautología que la frase supone. No obstante, la atribuía a Paulo, colmándole de reproches.

59. El motivo de la alteración sería, de este modo, dar en el texto a los glosa [*neque-efficietur*]. Sobre la manera cómo penetra una glosa en el texto, vide la interesante observación de KASER: SZ, 69 (1952), pág. 71, n. 30.

una reconstrucción exacta del texto clásico <sup>60</sup>, sino enunciar simplemente una de las posibilidades de explicación de que el texto se encuentre en tan lamentable estado. Con más claridad aparece la interpolación de la frase *non per oblivionem-vendere*. El absurdo fué señalado por Dernburg <sup>61</sup>. Como dice Burdese <sup>62</sup>, la cuestión de si al ocupar el segundo lugar del primero pasa a él el *ius distrahendi*, está planteada sobre la base de la necesidad del *pactum de vendendo* y por otro lado aparece clara la superposición de una idea distinta en el inciso *non per oblivionem vendere*. Si en tiempos de Paulo <sup>63</sup> el *ius distrahendi* no era institucional y en una época posterior, en cambio, sí, era necesaria la interpolación para que el supuesto del hecho siguiera siendo el mismo.

Ahora ya podemos pasar a ver el caso de que trata el fragmento. La primera cuestión que se plantea es ver si el fragmento trata un solo caso o dos distintos. Ya hemos visto como el hecho que ha dado lugar a dudas ha sido la contradicción interna entre las dos partes del fragmento. Se ha considerado que la primera parte del texto trataría de un pacto entre un tercero y el deudor, pacto por el que el tercero adelantaría dinero al deudor para que éste pagara al acreedor hipotecario. Por eso se exigiría la constitución de una nueva hipoteca, en tanto que en la segunda parte del fragmento, desde *denique* estaríamos ante

---

60. Una censura contra el intento de reconstruir exactamente los textos en vez de limitarse a una búsqueda del Derecho clásico puede verse en SCHULZ: *History*, 144.

61. DERNBURG, II, 510. Contra esta apreciación, HERZEN, 301, cuyos argumentos, no obstante, no nos sirven por estar montados sobre la base de que las únicas alteraciones que se encuentran en el Digesto son las justinianeas.

62. BURDESE, 145.

63. Muy discutida ha sido la cuestión de dónde termina de hablar Aristo y dónde empieza Paulo. LENEL: *Paling.*, fr. 26, adscribe el fragmento hasta *officietur* a Aristo, en tanto que MANIGK, 43, cree que el *admitten dum existimo* presupone que hasta entonces Paulo ha tenido ante sí una opinión ajena. El tenor del texto parece dar la razón a LENEL. También aquí se aprecia la tendencia de MANIGK a datar las instituciones hipotecarias lo más pronto posible.

un caso de ejercicio del *ius offerendi* <sup>64</sup>. Ambos casos son totalmente diferentes: en el primero paga el deudor con el dinero de un tercero; en el segundo caso, paga el acreedor inferior en rango con su propio dinero. En el primer caso se requiere la voluntad del deudor, en el segundo no se necesita para nada. Teniendo en cuenta eso, ¿es razonable que el fragmento trate de dos casos distintos?. Tanto Herzen <sup>65</sup>, como Manigk <sup>66</sup>, contestan a la pregunta de modo negativo. Y con razón: como dice Manigk, sería anormal el confundir dos casos tan esencialmente distintos, que se encuentran en conexión inmediata, en tanto que una lectura sin prejuicios muestra que en la segunda parte se continúa el caso propuesto.

Una vez determinado que el fragmento trata de un caso único, vamos a ver cuál es éste.

Schmidt <sup>67</sup> vió en el fragmento un caso de ejercicio del *ius offerendi* por un acreedor inferior en rango. Esta opinión totalmente aislada, no sólo no encuentra ningún apoyo en el texto, sino que además está expresamente contradicha por el tenor literal del mismo. ¿Qué sentido tendría el exigir, como requisito para la sucesión, como se hace en la primera parte del fragmento, la constitución de una hipoteca a un acreedor hipotecario? Esta opinión debe quedar, por tanto, totalmente descartada.

Manigk <sup>68</sup> afirma que nuestro texto trata de un préstamo, hecho al deudor por un acreedor hipotecario inferior en rango, para así pagar al primer acreedor. No se trata, por tanto, de un ejercicio del *ius offerendi*. El que la frase *ita contractum sit* se refiera a un contrato del deudor con un acreedor inferior en rango, le parece a Manigk indudable, dadas las expresiones *antece-*  
*dens: in ius primi succedere* y *transire ad eum ius prioris*. Pero, en realidad, estas expresiones no prueban nada, se refieren, sencillamente, al acreedor precedente en el tiempo y no al precedente en el rango, es decir, no implican necesariamente una coexis-

64. DERNBURG-SOKOLOWSKY: *System des römischen Rechts* (1911), I, pág. 521, n. 2.

65. HERZEN: *Loc. cit.*

66. MANIGK, 45.

67. SCHMIDT: *Grundlehren der Cession* (1866), I, pág. 319.

68. MANIGK, 46.

tencia de acreedores hipotecarios sobre una misma cosa. Por otra parte, la única vez que aparece la expresión *creditor antecedens*, es en el D. 24, 3, 49, 1, texto que se refería originariamente a la fiducia, como muestra el cotejo con los frag. Vat. 94<sup>69</sup>. Por tanto, el término *antecedens* no puede tener el significado que Manigk le otorga<sup>70</sup>. Por otra parte, tampoco aparece claro para qué necesitaría un acreedor hipotecario hacerse constituir una hipoteca, tal como lo exigen las palabras *[ni]si convenerit, ut sibi eadem res esset obligata*. Manigk fuerza increíblemente el tenor literal del fragmento para demostrar que en la época de Aristo ya era conocida la segunda hipoteca.

La opinión dominante desde la Glosa y Cuyacio<sup>71</sup> ha visto en nuestro fragmento un cambio de acreedores hipotecarios. Lo que hay aquí es un acreedor hipotecario que es satisfecho, extinguiéndose como consecuencia su hipoteca, y otro que ocupa su lugar, haciéndose constituir una nueva hipoteca. Una hipoteca que se extingue y otra que nace. Se trata, por tanto, de una subrogación hipotecaria de un tercero en el puesto de un acreedor hipotecario único<sup>72</sup>. En todo caso, no hay dos hipotecas gravando simultáneamente una misma cosa.

De gran interés, para nuestro objeto, es el examinar lo que este texto significa en la historia de las sucesivas hipotecas. La autonomía de la voluntad tiene, como veremos, un gran valor en el campo del derecho hipotecario romano. Aquí hemos de ver primeramente las formas que adopta y luego los límites objetivos a que se sujeta. El caso contemplado en nuestro fragmento no fué un caso aislado, sino que por el contrario, debió de ser muy frecuente en la práctica negocial. Buena muestra de ello son los textos que se nos han conservado en el Digesto y en el Codex.

69. HERZEN, 314, y FEHR, 132, n. 24.

70. HERZEN: Loc. cit.

71. GLOSA y CUYACIO, ad h. 1. Vid, Además HERZEN: Loc. cit.; BURDESE, 145, y autores allí citados en n. 1.

72. HERZEN: Loc. cit.

D. 13, 7, 2 (Pomp. 6 Sab.)<sup>73</sup>: Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit tuque ei nummos 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.

C. 8, 18 (19), 1, pr. (Severus et Antonius, 209): Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. hoc enim tunc observatur, cum is, qui pecuniam dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum eius succedat.

D. 16, 1, 17, 1 (Afr. 4 Quaes.)<sup>74</sup>.

D. 20, 4, 12, 8 (Marc. Ad. form. hyp.).

En la lex 2 vemos cómo el deudor había vendido y entregado la cosa, pagando posteriormente al acreedor hipotecario, con dinero acreditado y extinguiendo, por tanto, la hipoteca de éste. El mutuante se había hecho constituir una hipoteca, pero por no estar la cosa ya en el patrimonio del deudor, recibió en hipoteca cosa ajena. Por la misma razón el comprador comenzó a tener la cosa sin ningún gravamen. El mismo caso lo encontramos en la constitución arriba citada: igual que en texto de Aristo se exige la constitución de hipoteca. Oscuro aparece, como tantas otras veces, el supuesto del hecho en el texto de Africano. De todos modos, es posible determinar con seguridad que nos encontramos ante un caso parecido. El acreedor procura que se pague a la mujer el dinero de la dote para que se le dé en prenda la cosa que a ésta ha sido hipotecada<sup>75</sup>.

Textos todos ellos que nos hablan, en diferentes épocas, de que la autonomía de la voluntad ha revestido una forma determinada. Este negocio hipotecario aparece, por tanto, frecuentemente, en la práctica. Lo encontramos ya en la época de Aristo y a partir de entonces, con regularidad, en las fuentes. Hay aquí un acreedor que quiere una garantía, y para ello paga

73. Sobre el texto DERNBURG, II, 499.

74. Sobre D. 16, 1, 17, 1 infra, § 17 y sobre D. 20, 4, 12, 8 infra, § 5.

75. *Qui-acciperet*, oración final

al acreedor hipotecario, haciéndose constituir una hipoteca sobre la cosa que antes estuvo hipotecada a éste, al dejar de estarlo. Las finalidades que persigue este negocio hipotecario pueden ser distintas: el deudor tiene oportunidad de buscar a alguien que le preste dinero con garantía, en el caso de que el acreedor hipotecario amenace con la venta de la cosa. Pero su mayor importancia estriba en haber sido el punto de arranque de la segunda hipoteca. Recordemos que también el origen de la primera hipoteca lo encontramos en un caso muy concreto. Aquí ha sucedido lo mismo: la autonomía de la voluntad ha creado la segunda hipoteca. El pretor y los juristas ayudan, como veremos, a este alumbramiento. Pero el punto de partido es, como decimos, el caso que examinamos. Aquí se encuentra ya la segunda hipoteca en germen. En el momento en que se reconozca que no es necesario que el segundo pague al primero sino que es posible que la cosa le sea hipotecada, con la condición de que sea liberada del primer acreedor, bien sea el segundo acreedor el que pague al primero o el propio deudor, habrá nacido la segunda hipoteca <sup>76</sup>. Por fortuna las fuentes nos han conservado textos en los que podemos seguir muy de cerca esta evolución. D. 20, 4, 4, nos permite determinar que Pomponio ya conoció la segunda hipoteca y la frase *antequam a priore creditore pignus liberasset* nos indica que estamos sobre la verdadera pista de la segunda hipoteca. Ahora bien: ¿cuándo se verificó esta transición de un estadio a otro? Ello nos lleva a la consideración del célebre texto de Africano, D. 20, 4, 9, 3. De su examen resultará que fué Juliano el inventor, por así decirlo, de la segunda hipoteca. La peculiar configuración jurídica que reviste quedará plenamente explicada por la línea de desarrollo que acabamos de exponer.

§ 3. D. 20, 4, 9, 3 (Afr. 8 Quaes.): Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem [aestimatum] dedit. si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus,

76. Sobre el problema de la suerte que corre el dinero pagado al primer acreedor, infra págs. 166 y sigs.

cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem [maritus emptoris loco est: atque ideo], quia neque tunc cum Maevio obligaretur neque cum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. [haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est si ignoravit Maevio obligatum esse].

Evidentemente el fragmento, en su estado actual, no puede proceder de Juliano-Africano. Esto es, además, *communis opinio* <sup>77</sup>. Ahora bien, hay que discernir lo que a ciencia cierta puede ser atribuído a Juliano-Africano, de lo que procede de la época postclásica o de los compiladores.

Rabel <sup>78</sup> señala la glosa *haec tamen-fin* y con razón, por introducir un elemento subjetivo en la solución del caso. El que el marido sepa o no sepa que la cosa estaba hipotecada a Maevio no tiene nada que ver con la convalidación de la hipoteca de éste.

Beseler <sup>79</sup> hizo una crítica radical del fragmento que no podemos pasar por alto. La pignoración de cosa ajena, dice este autor, se convalida por la adquisición posterior de la propiedad por el pignorante, tan sólo en el caso de que éste tuviera en el momento de la pignoración una expectativa de adquirir la cosa. Referente a la palabra *domina* no depende de que Ticia haya devenido propietaria civil sino que basta que sea bonitaria. Señala que *pignoris* se encuentra en vez de *predii*. *Aestimatum* e *in proposito*, de acuerdo con Albertario <sup>80</sup>, proceden de Justiniano toda vez que según el Derecho justiniano pertenece a la mujer la *res non aestimata in dotem data*. *Placebat* no concuerda con *soluta sit*. *Cum res* en vez de *si res*. *Obligaretur, solveretur, fuerit*, carecen de un sujeto expreso, sigue Beseler, y en cambio tienen distintos sujetos elípticos. En la frase *quia-possit* se toma como punto de referencia para la convalidación *cum Maevio obligaretur*. Sobre el resto del fragmento se remite Beseler a la observación de Rabel ya expuesta. Por todas estas

77. Abundante bibliografía sobre el texto en KOCHAKER, 231 y sigs.

78. RABEL, 161.

79. BESELER: SZ, 45 (1925), pág. 440.

80. ALBERTARIO, I, 402.

razones concluye Beseler que el fragmento se referiría originalmente a la fiducia.

La crítica de Beseler nos muestra, una vez más, que el método filológico corre el peligro al ser empleado por juristas de convertirse en un instrumento extremadamente abstracto y absoluto <sup>81</sup>. Por eso peca la crítica de Beseler de ser demasiado radical. El que la pignoración de cosa ajena sólo se convalide por la adquisición posterior de la propiedad por el pignorante en el caso de que éste tuviera en el momento de la pignoración una expectativa de adquisición es muy discutible. Aun admitiéndolo para la época de Papiniano <sup>82</sup>, no hay por qué concluir que en la época de Juliano fuera así también. Por otra parte, la mención inmediata de la adquisición de la propiedad por Ticia explicaría la anomalía que supone el hablar de cosa ajena <sup>83</sup>. Respecto a *domina*, aunque baste que Ticia sea propietaria bonitaria, nada se opone a que, precisamente en nuestro caso, haya devenido propietaria civil. Nada de extraño tiene el que se emplee *pignoris* en vez de *predii*, puesto que en las fuentes *pignus* aparece en muchas ocasiones para designar el objeto pignorado o hipotecado <sup>84</sup>. Respecto a la observación de que *placebat* y *soluta sit* no siguen la *consecutio temporum* diremos que carece de valor. En las *Quaestiones* de Africano es frecuente la enálage, por tratarse de una obra que ha sufrido varias refundiciones en la época postclásica <sup>85</sup>. Por eso, mostraba Lenel su escepticismo, precisamente en un trabajo palingénico sobre las *Quaestiones* de Africano, frente al criterio de la *consecutio temporum* como medio para descubrir la existencia de interpolaciones. Respecto a *aestimatum* es muy probable que esté interpolado. En el Derecho clásico la propiedad de

81. NIEDEMAYER: *Atti Roma*, I, pág. 359.

82. Sobre este problema, KOSCHAKER, en *Iura*, 4 (1953), págs. 52 y sigs.

83. En este sentido, VOLTERRA, 32.

84. HEUMANN-SECKEL, voz *pignus*. Ejemplos de metonimia *efficientis pro effecto* pueden verse en la obra de KALB: *Wegweiser in die römische Rechtsprache* (1912), pág. 18.

85. Sobre las alteraciones en las *Quaestiones*, de Africano, vid. SCHULZ: *History*, pág. 231.

la dote pertenece al marido y como en el derecho justiniano pertenece a la mujer, era necesaria la interpolación para que el supuesto de hecho siguiera siendo el mismo. Esta es, además, la opinión dominante<sup>86</sup>. En este punto tan sólo disentiríamos de ella en la apreciación de la época en que se realizó la alteración. Sabido es que ya en la época postclásica comenzó a considerarse la dote como propiedad de la mujer<sup>87</sup>. Por eso, ya de antemano, parece posible que en nuestro texto haya sucedido esto también. Aunque hoy día es de sobra conocido que las alteraciones de los textos no sólo fueron debidas a los compiladores, no obstante, sigue la crítica aplicando muchas veces los mismos módulos para el descubrimiento de alteraciones postclásicas que para las justinianas<sup>88</sup>. En nuestro texto es concebible que los compiladores añadieran *aestimatum*, pero con ello hubiera terminado su labor. La equiparación del marido al comprador se encuentra colocada, interrumpiendo un razonamiento, de un modo tan absurdo que dudo que proceda de los compiladores. Da la impresión de una glosa marginal que ha penetrado posteriormente en el texto. Por todo ello, me inclino a creer que la alteración se realizó ya en la época postclásica. En cuanto a la observación de que *obligaretur, solveretur y fuerit* carecen de sujeto y en cambio tienen distintos sujetos elípticos, nosotros diríamos, tratando de precisar, que es extraño el que *fuerit* carezca de sujeto porque *obligaretur y solveretur* no lo necesitan por estar expresados en forma impersonal<sup>89</sup>. Pero con la reconstrucción del texto de Lenel<sup>90</sup> que no hemos dudado en aceptar, queda explicado la falta de sujeto de *fuerit*. Al suprimir la frase *maritus-ideo* el sujeto de *fuerit* pasa a ser *res*.

86. ALBERTARIO: Loc. cit.; BESELER: Loc. cit.; KOSCHAKER: Loc. cit.

87. GUARINO: SDHI, 5 (1939), págs. 282 y sigs.

88. WIEACKER: SZ, 67 (1950), pág. 363.

89. *Obligaretur = obligatio obligaretur, solveretur = solutio solve-*  
*tur*; vid. KÜHNER-STEGMANN: *Ausführliche Grammatik der lateinischen*  
*Sprache*, (1955), I, pág. 5.

90. LENEL: SZ, 51 (1931), 39, aceptada por ERBE: *Die Fiducia im*  
*römischen Rechts* (1940), 16, nota 4, KRELLER: SZ, 64 (1944), 341.

Con todo esto ya podemos pasar a estudiar el supuesto del hecho que el texto plantea. La mujer había hipotecado una cosa ajena, sucesivamente, a dos acreedores distintos. Luego después de haber adquirido la propiedad de la misma la dió a su marido en dote. Finalmente tuvo lugar el pago al primer acreedor. Extraña resulta para nuestra mentalidad jurídica, en la solución dada por el jurista, el que no se convalide la hipoteca de Maevio <sup>91</sup>, basándose en el hecho de no estar la cosa en el patrimonio de la mujer, ni cuando se obligó la cosa a Maevio, ni cuando se pagó a Titio. Aquí se toman dos puntos para la convalidación: a) Cuando se obligó a Maevio. b) Cuando se pagó a Titio. Es evidente que ambos no pueden ser tomados cumulativamente, porque ello iría contra el supuesto del hecho, sino alternativamente <sup>92</sup>. Hay un momento en que la cosa está *in bonis* de la mujer. Ese momento es una vez adquirida la propiedad antes de darle la cosa al marido en dote. A primera vista parece como si el jurista tuviera que tomar en consideración ese momento. Señalemos también como notable la ecuación, *convalescere-confirmare*, puesto que *convalescere possit* se refiere también al punto *tunc cum Maevio obligaretur*.

Para los autores que no tengan en cuenta la naturaleza condicionada de la segunda hipoteca, el fundamento de la decisión del jurisconsulto debe ser por fuerza incomprensible <sup>93</sup>. Esto ha sucedido con Volterra <sup>94</sup>. Este autor parte de la imposibilidad de hipotecar el fundo dotal, según la lex Julia, sin el consentimiento expreso de la mujer. En nuestro caso no podía ser admitida la convalidación de la hipoteca de Maevio, ni el consentimiento de la mujer, anterior a la constitución dotal, podía hacer surgir la hipoteca del segundo acreedor, ya que este con-

---

91. KOSCHAKER, 233, observa exactamente que el jurista no se plantea la cuestión de la convalidación de la hipoteca de Titio, evidentemente, porque la da por supuesta.

92. KOSCHAKER: Loc. cit.

93. Una exposición y crítica de la doctrina de CARCATERRA: *Il pegno delle cose future*, en «Anali Bari», N. S. 3 (1940), págs. 69 y sigs; puede verse en KOSCHAKER, 233.

94. VOLTERRA, 31 y sigs.

sentimiento no tiene eficacia para superar la prohibición. Desde este punto de vista puede comprenderse la solución dada por Africano. En cambio, los compiladores, preocupados por el hecho de que la *dos aestimata venditionis causa* no perteneciera a la mujer, habrían querido resaltar esta cualidad, de la dote, y, en consecuencia, declarar que el marido está en lugar del comprador, haciendo así depender toda la cuestión del hecho de que la mujer en el momento del pago al primer acreedor, no tuviera la cosa *in bonis*; sin reparar en que con ello implicaban una afirmación que contrasta con cuanto al principio se dijo: *praedium alienum pigori dedit*. Hasta aquí la doctrina de Volterra.

Koschaker<sup>95</sup>, ha destacado el error que supone la invocación, en nuestro caso, de la lex Julia de fundo dotali, puesto que esta lex prohíbe tan sólo la pignoración por el marido, y en cambio, aquí pignora la mujer e incluso, al parecer, antes de la celebración del matrimonio.

La Glosa<sup>96</sup> parte del supuesto de que se trata de una hipoteca sometida a la condición expresa *si Titio desierit esse obligatum*. La doctrina viene aceptando desde antiguo que la segunda hipoteca es siempre condicionada a la extinción de la primera. Bastaría citar aquí a este respecto a Gesterding<sup>97</sup>, Müller<sup>98</sup>, Löhr<sup>99</sup>, Trosche<sup>100</sup> y Dernburg<sup>101</sup>. Entre los autores modernos que participan de la misma opinión citaremos a Biscardi<sup>102</sup> y a Koschaker<sup>103</sup>. Este último publicó hace diez años un trabajo sobre nuestro texto, precisando fundamentalmente en el análisis de los conceptos de convalidación y negocio condicionado. Merece la pena exponer aquí sus resultados.

95. KOSCHAKER, 234.

96. GLOSSA, ad h. l.

97. GESTERDING: *Pfandrecht*, Greifswald (1831), pág. 104.

98. MÜLLER: *Archiv für die civil. Praxis*, 11 (1828), 408 cit DERNBURG, I, 264.

99. LÖHR: *Archiv für die civil. Praxis*, 14 (1831), pág. 169.

100. TROSCHÉ: *Linde's Zeitschrift*, 18, 89, cit. DERNBURG, I, 264.

101. DERNBURG, I, 264.

102. BISCARDI, 67 y sigs.

103. KOSCHAKER, 233. y sigs.

Koschaker, que conoce y cita el magnífico trabajo de Apelt <sup>104</sup> sobre el tema de la nulidad, destaca que las fuentes evitan la palabra *nullus*. En cambio, dicen, refiriéndose a la hipoteca de cosa ajena, que *pignori obligari non posse* <sup>105</sup>, *iure pignoris non teneri* <sup>106</sup>, *obligationem pignoris non consistere* <sup>107</sup> y que el propietario *nexum rei non facere* <sup>108</sup>, *nihil agere* <sup>109</sup>. Las fuentes no emplean el término nulidad, lo cual tampoco es de extrañar, pues el derecho clásico no está aún completamente desenvuelto. Precizando aún más, aconseja Koschaker que se evite el término nulidad referido a un derecho, porque más bien se refiere al negocio jurídico, que persigue el nacimiento de ese derecho. Ahora bien, si, ciñéndonos a la hipoteca de cosa ajena hablamos de nulidad no se ve claro cómo puede ser esto compatible con la convalidación, porque la nulidad es radical e insubsanable. Por eso propone Koschaker el término ineficacia en vez de nulidad. En cuanto a la naturaleza jurídica del negocio condicionado en el Derecho clásico se refiere Koschaker a las fundamentales investigaciones de Mitteis <sup>110</sup> y Vasalli <sup>111</sup>. Según han demostrado estos autores, la tendencia del derecho clásico es, en general, el no conceder al estado de pendencia la virtualidad de producir efectos antes de la entrada de la condición, al revés de lo que sucede en Derecho justinianeo y en el Derecho moderno. Por tanto, tendremos que tener en cuenta esto y partir de la base de que el favorecido con la condición en principio, no adquiere nada, ni siquiera una expectativa <sup>112</sup>. Por eso no debe extrañar que el jurista afirme la no convalidación de la hipoteca de Maevio. Por otra parte, la condición necesita, para cumplirse eficazmente, de un presupuesto y es que la cosa esté *in bonis* de la deudora, lo que en nuestro

104. APELT: *Urteilsnichtigkeit im römischen Recht*. (1935).

105. C. 8, 15, 2, 3, 4, 7; D. 20, 2, 5, 2.

106. D. 14, 6, 7, 2; C. 8, 15, 6.

107. D. C. 8, 16, 6.

108. C. 8, 15, 8.

109. D. 7, 13, 2.

110. MITTEIS, 172 y sigs.

111. VASALLI: *Bull.*, 27 (1914), págs. 192 y sigs.

112. KOSCHAKER, 248.

caso no sucede. Tanto Koschaker como Dernburg<sup>113</sup> se plantean el problema desde el punto de vista del negocio condicionado y llegan a la cuestión de la retroactividad de la condición. Dernburg cree poder afirmarla sin forzar la solución dada por el jurista: la hipoteca de Maevio no puede convalidarse porque, aunque los efectos se retrotraigan al tiempo de hacerse la segunda hipoteca, en ese momento la cosa no perteneció a Titio. Pero lo cierto es, dice Koschaker<sup>114</sup>, que si al tiempo de hacerse la segunda hipoteca no existían todos los presupuestos, pero éstos se han dado después, también a éstos debe alcanzar el efecto retroactivo. Por tanto, niega Koschaker la retroactividad de la condición. Consecuente con su postura afirma este autor la interpolación de la frase *et ideo=possit*, considerándola como una glosa. Es natural que este autor no admitiera como clásica esta frase, porque toma como punto para la convalidación de Maevio *tunc cum Maevio obligaretur*; lo que iría, naturalmente, contra la no retroactividad de la condición. Koschaker coincide con Beseler en su crítica al fragmento, pero se basa más en motivos jurídicos que en razones filológicas para impugnar su clasicidad. Autor de la alteración fue, según Koschaker, un glosador de la época postclásica que creía ya en la eficacia retroactiva de la condición. Si los compiladores respetaron el fragmento, concluye el ilustre romanista, ello se debe a que consideraron que con esta glosa estaba ya bastante de acuerdo con las nuevas condiciones jurídicas. Puede verse quizá aquí también una muestra del respeto con que los compiladores trataron los textos o de la precipitación con que trabajaron.

A nuestro juicio, el error, tanto de Dernburg como de Koschaker, está en haber enfocado el problema desde el punto de vista de la teoría general de las condiciones. Es cierto que la segunda hipoteca está subordinada a la extinción de la primera, pero no lo es menos que los romanos no le aplicaron la teoría general de las condiciones<sup>115</sup>. «La mentalidad dogmáti-

113. DERNBURG, I, 265.

114. KOSCHAKER, 248.

115. Sobre D. 20, 4, 12, 8, vid infra § 5 y sigs.

zante de los modernos—escribe D'Ors <sup>116</sup>—, tiende a considerar como *condición* todo hecho futuro e incierto que de algún modo afecte a la efectividad del negocio jurídico. Los romanos, sin embargo, no llegaron a tal construcción unitaria y abstracta, sino que para ellos existían ciertas hipótesis que consideraban como condiciones, concretamente, sin estimar que todo hecho futuro e incierto hubiese de ser considerado como condición». Por tanto, para no incurrir en tergiversaciones fáciles será mejor partir del tenor del texto y en lo posible no salirse de él.

Si seguimos la línea de desarrollo que venimos exponiendo, estaremos en condiciones de comprender la solución del jurista. En el negocio de subrogación hipotecaria en el puesto de un acreedor hipotecario único, se exigían como requisitos: a) Satisfacción del *creditor antecedens* (D. 20, 2, 3). b) Constitución de una hipoteca en favor del otro acreedor (D. 20, 3, 3). c) Que la cosa estuviera *in bonis del deudor* (D. 13, 7, 2). Aquí puede decirse que el pago al primer acreedor y la constitución de la hipoteca en favor del segundo coinciden en el tiempo, puesto que ambos forman parte de un mismo negocio hipotecario. Por tanto, el requisito de que la cosa esté *in bonis* del deudor queda referido a un punto de tiempo concreto. Ahora bien, avanzando un paso más, el segundo acreedor no tiene por qué pagar al primero inmediatamente; puede, por el contrario, hacerse constituir una hipoteca y esperar a que el deudor haga el pago al primer acreedor o bien hacerlo él mismo en el momento que más convenga. En este estadio de la evolución ya no coinciden el instante de hacer el pago y el de la constitución de la hipoteca. Con lo cual aparece un nuevo problema: ¿cuál de estos dos momentos debe ser tomado en consideración al exigir que la cosa esté *in bonis* del deudor? Y este es precisamente el problema que se plantean Juliano-Africano, respondiendo que basta que la cosa esté *in bonis* en cualquiera de ellos, bien al constituirse la hipoteca o bien al hacerse el pago. Como, por otra parte, no es necesario que el derecho de hipoteca despliegue su eficacia inmediatamente, y el segundo

---

116. D'ORS: AHDE, 16 (1945), pág. 203.

acreedor puede en todo momento, satisfaciendo al primero, *actualizar* su derecho, queda también explicado que los juristas romanos consideran esta figura jurídica, para nosotros tan extraña, como una verdadera segunda hipoteca. Por eso pueden decir Juliano-Africano *Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio* (D. 20, 4, 9, 3), al igual que Pomponio: *Si debitor, antequam a priore creditore pignus liberaret, idem illud ob pecuniam creditam alii pignori dedisset* (D. 20, 4, 4), precisamente porque consideran que ahí se encuentra una verdadera segunda hipoteca. Por otra parte, Juliano, con su decisión, admite que en el caso de haber estado la cosa *in bonis* de la deudora, al tiempo de constituirse la segunda hipoteca, se confirme ésta, aunque el pago se realice estando ya la cosa fuera del patrimonio del deudor, precisamente por adquirir cualquier tercero la cosa *cum sua causa*. Con lo que encontramos otra contradicción más de Koschaker<sup>117</sup>: desde el momento en que consideraba interpolada toda la frase *et ideo-possit* ya no tenía derecho a hablar de una segunda hipoteca como tal.

En definitiva, Juliano, al plantearse la cuestión de cuándo debe de estar la cosa *in bonis* de la deudora, está enfocando el problema desde el punto de vista de la acción. No podía ser de otro modo: En vez de partir de una teoría abstracta de las condiciones, que los romanos nunca tuvieron, el jurista está pensando en si concurren los presupuestos necesarios para poder otorgar una acción a Maevio<sup>118</sup>.

Al poner en relación el texto con la época histórica a que pertenece hemos podido comprender el fundamento de la decisión del jurisconsulto. La segunda hipoteca nace, por otra parte, reducida a unos límites muy modestos. Juliano fué su creador partiendo del supuesto de subrogación en el puesto de un acreedor hipotecario único. Luego, la evolución se va orientando en el sentido de ir concediendo cada vez más derechos al segundo acreedor en tanto en cuanto los del primero no su-

---

117. KOSCHAKER: Loc. cit.

118. En la época de Juliano el segundo acreedor no tiene la acción hipotecaria hasta que el primero no ha sido satisfecho, infra, 95.

Iran menoscabo <sup>119</sup>. Hemos procurado acomodar nuestra exposición, en lo posible, a este proceso histórico <sup>120</sup>.

§ 4. Si la segunda hipoteca arranca, no de la afección del *superfluum*, como creen Dernburg <sup>121</sup>, Manigk <sup>122</sup> y otros <sup>123</sup>, sino del negocio hipotecario de subrogación, tal como hemos expuesto, es lógico que se nos plantee el problema del papel que desempeña el *superfluum* <sup>124</sup> en la historia de las sucesivas hipotecas. Ello nos lleva a la consideración del siguiente texto de Gayo:

D. 20, 1, 15, 2 (Gaius. de form. hyp.): 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 <in> solidum, cum 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, cum a primo creditore fuerit liberata [an adhuc pars?. sed illud magis est, quod prius diximus].

Gayo nos ofrece aquí la fórmula de constitución de la segunda hipoteca. El primer problema que se presenta es el determinar si ésta la forman tan sólo las palabras *rem alii nulli obligatam esse quam forte Lucio Titio*, o, por el contrario la fórmula termina con las palabras *liberata res fuerit*. Lo seguro es esto último porque, de lo contrario, no tendría sentido el plantearse, tal como lo hace el jurista el problema de si, una vez satisfecho el primer acreedor, ha de quedar afecto al se-

119. DERNBURG, II, 479.

120. Distinta es la exposición que DERNBURG, II, 479 y sigs. presenta sobre la que se ha basado la opinión dominante.

121. DERNBURG, II, 480.

122. MANIGK: RE, 9, págs. 302 y sigs., y RE, 20, págs. 1279 y sigs.

123. WEISS, 255; VAN OVEN: *Leerboek van Romeinsch Privatrecht*. Leiden, 1948, pág. 181.

124. Compárese la exposición de DERNBURG, II, 479 y sigs y la de MANIGK: RE, 9 págs. 302 y sigs.

gundo el total de la cosa o simplemente una parte de la misma <sup>125</sup>. El texto de las *Basílicas* confirma, como veremos, nuestra interpretación.

Por otra parte, el texto ha llegado hasta nosotros en un lamentable estado y por eso, ha sido frecuentemente mal interpretado <sup>126</sup>. Intentaremos separar lo que verdaderamente procede de Gayo de lo que es obra de escoliastas o glosadores posteriores. Ello nos va a permitir, conocer, tanto el pensamiento de Gayo, como el modo como se trabajó sobre el texto.

Al hacer el análisis del fragmento salta inmediatamente a la vista la glosa *ut sit pluris est*. Señalada ya por Haloandro <sup>127</sup>, aparece en la edición del *Digesto* de Mommsen reconocida por Krüger y ha sido admitida unánimemente <sup>128</sup>. Por eso será el punto de partida de nuestra investigación. En un principio parece que esta glosa carece de importancia y así lo destaca Dernburg <sup>129</sup>. Pero esto es erróneo. Más aún, esta glosa ha roto de tal modo el sentido del texto que ha impedido su recta inteligencia. Por lo pronto, al suprimir la frase *ut sit pluris est*, como glosa, hemos de añadir un «in» delante de *solidum*, porque *solidum* ya no puede ser el sujeto de la frase suprimida <sup>130</sup>. Llega el momento de plantearse el motivo de la alteración, es decir, de ver si tiene la misión de aclarar simplemente algo o, por el contrario, busca alterar el sentido del texto. En realidad, aunque esta frase cambia el sentido del texto, su autor no lo pretendió, sino que intentó tan sólo explicar algo que por otra parte no entendía. Por eso, hemos empleado la palabra glosa y no la de interpolación <sup>131</sup>. El texto fué objeto de deforma-

125. DERNBURG, II, 481.

126. MANIGK: RE, 20, pág. 1279, y FEHR, 77, que añade *non* delante de *solida res*.

127. Edición de HALOANDRO. Nuremberg, 1529.

128. DERNBURG, II, 481; FEHR, 77.

129. DERNBURG, II, 481, no nos explica el porqué de que la cláusula del *superfluum* se haya convertido en cláusula de estilo. Partiendo de su exposición, el problema que se plantea Gayo, en la segunda parte del fragmento, debía de haberse referido no a la condicionalidad de la segunda hipoteca, sino, precisamente, al *superfluum*.

130. Vid. FEHR, 77.

131. NIEDERMAYER: *Atti Roma*, I, pág. 355.

ción por un escoliasta que dudó largamente sobre el mismo y lo que creyó comprender lo entendió mal. Huellas de estas vacilaciones las encontramos en las interrogaciones que recorren el texto <sup>132</sup> y sobre todo en esa absurda coletilla final *an adhuc diximus*.

La frase *sed prius diximus* nos da una idea clara de la categoría del escoliasta con quien tenemos que habérmolas: de su nula categoría y de su poca habilidad para el rétoque de los textos. No puede comprender, porque Gayo considera que, en el caso en que se convenga que tan sólo el *superfluum* quede afecto, al ser liberada la cosa del primer acreedor haya de quedar obligado el total de la misma. Entonces exterioriza su duda *an adhuc pars?* y comprende que cuando Gayo lo dice alguna razón debe de haber. Por eso añade *sed magis est quod prius diximus*. Quedan aún muchos cabos sueltos y muchas afirmaciones insuficientemente probadas. Por otra parte, es necesario que concretemos más y contestemos a las interrogantes que se nos van abriendo sobre la personalidad y concepciones jurídicas de nuestro escoliasta.

Comencemos explicando el texto. Hemos visto cómo la fórmula completa de la segunda hipoteca la formaban las palabras: *rem aliam nulli liberata res fuerit*. Relacionando todo esto con lo dicho anteriormente (§ 3) en las consideraciones expuestas a propósito del texto de Juliano-Africano resulta que no es que en nuestro texto haya dos fórmulas para la constitución de la segunda hipoteca, según una de las cuales se hipoteque el *superfluum* y según la otra la cosa condicionalmente; sino que condicionalidad de la segunda hipoteca y afección del *superfluum* pertenecen a la misma fórmula. Se trata, sencillamente, de ofrecer garantía al segundo acreedor en las dos coyunturas posibles, es decir, tanto si el primer acreedor es satisfecho, como si no lo es. La hipoteca con la condición de que el primero sea satisfecho, debía de plantear, necesariamente, el problema de qué sucedería en el caso de que éste no fuera satisfecho. En este caso, el primer acreedor venderá la cosa y se cobrará con cargo al precio que obtenga de ella. Como existe la posibilidad

132. Compárense las distintas ediciones del Digesto de MOMMSEN.

de que exista *superfluum*, (posibilidad que el segundo acreedor puede calcular de antemano) nada obsta a que se hipoteque también ese *superfluum*. Es decir, que es totalmente inexacto el afirmar, como hace la doctrina dominante <sup>133</sup>, que la segunda hipoteca surge recayendo sobre el *superfluum*.

La segunda hipoteca, por el contrario, surge condicionando el derecho del segundo a la extinción del derecho del primero. Por eso, vemos cómo este pacto en Gayo se ha convertido en una cláusula de estilo: no es necesario que las partes lo expresen en la fórmula porque ya se sobreentiende. Nuestro escoliasta no lo entendió así. Creyó que unas veces se hipotecaba el *superfluum* y otras la cosa con la condición de que fuera liberada. Por eso, intercaló esa glosa *uti sit-est* para romper las dos partes de la fórmula y aclararnos de este modo el texto. Tampoco es casualidad que luego no entendiera la segunda parte del texto: si consideraba que unas veces se hipotecaba el *superfluum* y otras la cosa con la condición de que fuera liberada del primer acreedor, era lógico que no entendiera el porqué en el caso de que se refiriera la hipoteca al *superfluum* había de quedar el total de la cosa afecto una vez satisfecho el primer acreedor. Hablando en terminología moderna, para él debía de haber ahí algo así como una hipoteca de propietario. Para nuestro escoliasta era absurdo que el hecho de que el primero fuera satisfecho pudiera repercutir en la hipoteca del segundo sin haberse hecho mención expresa a ello. En realidad, él pensaba que cada hipoteca, la del primero y la del segundo, recaía sobre objetos distintos <sup>134</sup> y por eso debíale de resultar el texto, necesariamente, ininteligible. De la veracidad de nuestras observaciones terminará de convencer el cotejo con las Basílicas.

B. 25, 2, 15, 2: Ὁ τὸ ἤδη ὑποκείμενον ὑποτιθέμενος ἑτέρῳ τὸν ἐνταῦθεν ἐκφεύγει κίνδυνον προλέγων, ὡς ὑπόκειται τὸ πρᾶγμα τῷδε, καὶ ὅτι τὸ πλεόν ὄν ἐν τῷ πράγματι μετὰ τὸ πρότερον Χρέος νῦν ὑποτίθεται, ἢ τὸ πᾶν μετὰ τὸ πληρωθῆναι τὸν πρῶτον. εἰ δὲ καὶ ῥητῶς συμφωνήσῃ τὸ περιττὸν ὑποκείσθαι, ὅμως ἐὰν τοῦ πρώτου ἐλευθερωθῇ, εἰς ὁλόκληρον ὑπόκειται τῷ δευτέρῳ.

<sup>133</sup>. Vid., por ejemplo, DERNBURG, II, 480; MANIGK: RE, 9, págs. 302 y sigs. y RE, 20, págs. 1279 y sigs.; VAN OVEN: Loc. cit.; WEISS, 255.

<sup>134</sup>. MANIGK: RE, 20, pág. 1280, cree lo contrario.

El texto procede de la cadena de escolios del Anónimo <sup>135</sup>, que Peters <sup>136</sup> data entre los años 570 y 612. La divergencia entre el texto del Digesto y la versión del Anónimo nos lleva, forzosamente, a una toma de posición ante la problemática que plantea la utilización de las Basílicas en la reconstrucción del Derecho clásico. Hace ya medio siglo Riccobono <sup>137</sup>, observando que el texto del Anónimo contenía muchas veces elementos del Derecho clásico, que no aparecían en la Florentina, explicaba estas divergencias reconduciéndolas a una utilización de escritos jurídicos prejustinianos, afirmando con ello el valor de las Basílicas para la crítica interpolacionista. Esta impresionante tesis encontró una acogida unánime y sigue hoy día en pie. Peters <sup>138</sup> intentó desmentirla pensando que las divergencias había que explicarlas con la utilización de un ejemplar del Digesto por el Anónimo divergente, en parte, con el de la Florentina. Esta conjetura, desprovista de fundamento, en tanto que multitud de detalles parecen darle la razón a Riccobono, fué unánimemente rechazada <sup>139</sup>. Ya Mitteis <sup>140</sup> había señalado, en su recensión al libro de Peters, la extraña casualidad que supondría el que el texto del Digesto utilizado por el Anónimo errase por doquier, coincidiendo con las interpolaciones tan exactamente. Otro ataque mucho más fuerte a Riccobono fué debido a J. M. Sontis <sup>141</sup>. Este autor intentó demostrar una tendencia epitomadora e interpretativa del Derecho justiniano. Debido a la tendencia a resumir del Anónimo se explicaría que muchas veces no aparecieran en sus textos las interpolaciones de los compiladores. La crítica de Sontis a la doctrina de Riccobono no hizo sino afianzar más a la opinión dominante en la tesis del sabio italiano. Nuevos descubrimientos vinieron a con-

135. PETERS, 28.

136. PETERS, 24.

137. RICCOBONO: *Mel. Fitting* (1908), II, págs. 465 y sigs.

138. PETERS, 20.

139. MITTEIS: *SZ*, 34 (1913), pág. 406.

140. MITTEIS: *Loc. cit.*

141. SONTIS: *Die Digestensumme des Annoymos. I. Zum Dotalrecht. Ein Beitrag zur Frage der Entstehung des Basiliken textes.* Heidelberg (1937).

firmarla cada vez más <sup>142</sup>. Hoy día puede decirse que ha sido generalmente aceptada. Este debe ser, por tanto, nuestro punto de partida.

A simple vista se advierte la claridad del texto del Anónimo, que contrasta con la oscuridad del Digesto. En el texto del Anónimo se ve claramente que lo que dicen los que hipotecan sus cosas por segunda vez es, tanto que la cosa está hipotecada ya a otro, como que ahora queda hipotecado bien el *superfluum* o bien la cosa cuando sea liberada del primer acreedor. Esto permite ver la unidad de la fórmula, favorecida también por la supresión de la glosa *ut sit-est* que inducía a separar ambas partes <sup>143</sup> y a considerarlas como dos fórmulas distintas. Como respuesta a esa vacilante glosa *an adhuc — diximus*, indica ὅπως una exacta comprensión del texto por el Anónimo.

Llega el momento de resolver toda una problemática que se nos plantea. Todas las consideraciones que se han hecho sobre el valor de las Basílicas para el descubrimiento de interpolaciones, se refieren a interpolaciones justinianeas. Ahora bien, en nuestro texto parece que los compiladores nada tuvieron que ver con estas glosas. Guarino <sup>144</sup> demostró con el cotejo entre D. 37, 6, 4, y B. 41, 7, 4, que en las Basílicas aparecía a continuación del texto una glosa que, en cambio, estaba incorporada al texto del Digesto. En nuestro caso parece evidente que la labor de los compiladores se redujo a transcribir el texto tal como se encontraba en el ejemplar de Gayo que poseían, porque de no ser así tendríamos que aplicar a los compiladores todo cuanto sobre la incomprensión del texto por el escoliasta dijimos. Tampoco parece probable que el Anónimo tuviera a la vista en este punto alguna traducción griega del texto de Gayo en una versión mejor que la que tuvieron los compiladores <sup>145</sup>.

142. Vid. D'ORS, 141; GUARINO: SDHI, 5 (1939), págs. 282 y sigs.

143. El modo como se suele puntuar el texto confirma esta idea. Vid. MOMMEN y *Digesto Milano*. Por otra parte, la simetría *in ... in* tiende a favorecer la unidad.

144. GUARINO: Loc. cit.

145. Un ejemplo de cómo utilizaron los propios compiladores distintos ejemplares de una misma obra puede verse en WIEACKER: *Festschr. Schulz*, II (1951), 101.

Creo, por tanto, que lo más razonable es suponer que el Anónimo, conocedor (como discípulo de Estéfano) del Derecho anterior a la compilación, interpretó el texto rectamente en el sentido del Derecho clásico.

Confirmada, con el cotejo de las Basílicas nuestra interpretación, queremos entrar aún a estudiar la mentalidad jurídica de nuestro escoliasta. Para ello es necesario observar que el fragmento de que tratamos procede de la obra de Gayo de *fórmula hypothecaria*, obra de la que sabemos que fué editada en Oriente en la época postclásica con alteraciones<sup>146</sup>. Importante es el empleo de la palabra *hypotheca* por nuestro escoliasta. Como esta palabra sólo aparece en las fuentes jurídicas orientales podemos concluir de un modo seguro que la persona que realizó la alteración, el escoliasta de quien tanto hemos hablado, perteneció al Imperio de Oriente<sup>147</sup>. La época tardía de la alteración lo hacía ya sospechar. Por otra parte, la concepción de un rango de puestos fijos que el escoliasta posee, nos lleva a acercarnos al círculo jurídico griego. En Derecho griego existe la hipoteca del *superfluum* al segundo acreedor<sup>148</sup>. En la ley de Efeso se habla de *δανείζεσθαι ἐπὶ τοῖς ὑπερέχουσι* (§ 10). La hiperoja venía generalmente determinada mediante la venta de la cosa, pero según Hitzig<sup>149</sup> es también posible pensar en una estimación. Fuente muy interesante es la ley de Efeso. Aquí aparece que, después que al primer acreedor se le ha asignado la parte correspondiente de un fundo, recibe el segundo la parte correspondiente a su crédito, siempre que quede aún algo. Por eso, queda al segundo hipotecada tan sólo la hiperoja<sup>150</sup>. Refiriéndose al derecho hipotecario griego escribe Hitzig<sup>151</sup> juiciosamente: «Allí donde al segundo desde un principio le es hipotecada la hiperoja y no el total de la cosa la sucesión en caso de satisfacción del primer acreedor, no está,

146. EBRARD, 75 y sigs.

147. Sobre el empleo de la palabra *hypotheca*, LEVY, 181.

148. HITZIG: *Das griechische Pfandrecht* (1895).

149. Op. cit., 125.

150. HITZIG: Op. cit., 127.

151. HITZIG: Op. cit., 127.

«cuando menos, sobrentendida.» He aquí la razón bien clara de que nuestro escoliasta no pudiera comprender el texto. El paralelismo es demasiado grande como para que deje lugar a dudas <sup>152</sup>. Podemos concluir que nos hallamos ante un escoliasta griego.

La separación entre lo dicho por Gayo y lo dicho por el escoliasta nos ha ayudado a ver el modo cómo se trabajó en los textos. Quedan aún por enjuiciar las concepciones jurídicas de Gayo en este punto. Vaya por delante que en Gayo nos encontramos con un prepostclásico <sup>153</sup>. Gayo aparece como un precursor de la obra de simplificación que se acomete en el Derecho postclásico. Esto hay que tenerlo en cuenta al examinar nuestro texto. Aparece aquí previsto claramente tanto el caso en que el primer acreedor es satisfecho, como en el caso en que no lo es. Reconózcase que esta vez Gayo ha sido más afortunado que en otras ocasiones en su labor de simplificación y sistematización del Derecho clásico. Obsérvese, por otra parte, que no se trata un caso concreto sino que enuncia directrices generales para la constitución de la segunda hipoteca. Hasta que punto puedan reducirse las formas de constitución de ésta al esquema que él presenta es cosa que veremos en las páginas siguientes. En líneas generales es cierto que la autonomía de la voluntad cristaliza del modo como dice Gayo.

Ahora debemos pasar a examinar los textos que tratan del *superfluum* con respecto a la segunda hipoteca. Muchos de ellos son de autenticidad muy dudosa. Esto sucede con el siguiente fragmento de Papiniano (II Res.):

D. 46, 3, 96, 3: ... quod si temporibus discretis [superfluum pignorum] <eadem pignora> obligari placuit, prius debitum pretio pignorum iure solvetur, secundum superfluo compensabitur.

152. No advertimos, en cambio, el paralelismo que BISCARDI, 85, trata de presentar entre el texto en cuestión y la inscripción contenida en DITTENBERGER: *Sylloge inscriptionum graecarum* (1915), núm. 364, I, pág. 15.

153. Así le ha llamado D'ORS en varias ocasiones. Ultimamente en SZ, 74 (1957), pág. 74, y sus trabajos citados en nota 4.

La frase *superfluum obligari placuit* ha sido reconocida, desde Mommsen, como interpolada. A lo dicho por los autores <sup>154</sup> añadiremos tan sólo que puesta en relación con la frase *temporibus discretis* resalta aún más el absurdo, porque el *superfluum* se ha hipotecado tan sólo una vez y precisamente al segundo acreedor. Por eso hemos sustituido *superfluum* por *eadem pignora*. Respecto al resto del fragmento hemos de decir tan sólo que Papiniano trata aquí del modo cómo se libera el deudor una vez que ha vendido la cosa hipotecada <sup>155</sup>.

Interesante por la problemática que plantea es un texto de Trifonino que ha sido objeto de viva discusión:

D. 20, 4, 20 (Tryph. 8 Disp.): Quaerebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitore Seius credidisset quinquaginta et hyperocham huius rei, quae tibi pignori da esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta: quod plus est in pretio rei quam primo credidisti utrum Seio ob quinquaginta an tibi in quadraginta cederet pignoris hiperocha, 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.

Se trata del único texto en el Digesto en que aparece la palabra *hyperocha*, siendo muy posible que la segunda vez se trate de un glosema. Esta es la opinión de Mommsen <sup>156</sup> y Beseler <sup>157</sup>. El que las palabras *pignori hyperocha* se encuentren al final de la frase después que toda idea está ya perfectamente expresada, las hace aparecer como superfluas, pues el sujeto está ya en la frase *quod plus=credidisti*. En cambio, para Manigk <sup>158</sup> ambas palabras no tienen por qué ser un glosema: basta añadir detrás de *forte quadraginta* una coma para que el sentido quede claro. De este modo viene a ser la frase *quod plus...*

<sup>154</sup>. SIBER: SZ, 45 (1925), pág. 181; BESELER, 4, 138 y SZ, 51 (1931), pág. 62.

<sup>155</sup>. Compárese el texto en cuestión con todas las *lex* 96.

<sup>156</sup>. *Digesto*.

<sup>157</sup>. BESELER, 4, 138.

<sup>158</sup>. MANIGK: RE, 9, pág. 293.

apuesto de *forte quadraginta* y *pignoris hyperocha* aparece, necesariamente, como el sujeto de *cederet*. De este modo, sigue Manigk, se da además la circunstancia favorable de que el valor de la hipoteca que sobrepasa a la primera deuda hipotecaria cubre la segunda hipoteca del *tu* en cuarenta, pero no la de Seyo en cincuenta. Nosotros queremos aquí tan sólo llamar la atención sobre lo peligroso que resulta querer sacar consecuencias del hecho de que éste sea el único texto del Digesto en que se encuentra la palabra *hyperocha*; entre otras razones porque nada sabemos sobre el lenguaje de Trifonino <sup>159</sup>. Por eso, hemos enfocado el problema desde otro punto de vista. Veamos, por lo pronto, el supuesto de hecho. El deudor después de haber hipotecado ya la cosa, la volvió a hipotecar a Seyo por cincuenta, luego recibió del primer acreedor otra vez cuarenta. Se trata aquí de determinar si la hiperocha corresponde al primer acreedor por los cuarenta o a Seyo por los cincuenta. Entra ahora en escena un nuevo elemento: el ejercicio del *ius offerendi* hecho por Seyo para satisfacer al primer acreedor. Dado este ejercicio del *ius offerendi*, concede el jurista la preferencia a Seyo. Aparecen aquí superpuestos dos problemas: el problema de la hiperocha y el problema del *ius offerendi*. Beseler <sup>160</sup> destacó, certeramente, que una vez ejercitado el *ius offerendi* desaparece todo problema. Por otra parte, resulta algo extraño el empleo de la palabra *cederet*, desde el momento en que el segundo acreedor no tiene acción contra el primero para reclamar el *superfluum*, tal como veremos. Todo ello induce a pensar en profundas modificaciones llevadas a cabo por los compiladores.

En las Basílicas aparece el mismo texto en una versión totalmente diferente: B. 25, 5, 18. Ἐὰν πρὸ σοῦ καὶ μετὰ σὲ τὸ αὐτὸ ὑποτεθῆ μοι εἰς μόνον τὸ πρῶτον ποσὸν προτιμῶμαι σοῦ, καὶ ἄδειαν ἔχεις προσφέρειν μοι αὐτὸ μετὰ τῶν τόκων αὐτοῦ.

Aunque aquí no se diga una palabra de la hiperocha, no se pueden sacar consecuencias por la tendencia epitomadora del Anónimo.

159. KUNKEL: *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (1952), 232, n. 464.

160. BESELER, 4, 138.

Otro texto en que aparece también clara la mano de los compiladores es:

D. 20, 4, 12, 5 (Marcian. Ad Form. hyp.): 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, posee priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam qua postea creditit [et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat].

Las palabras *et quod-restituat* han sido unánimemente reconocidas como interpoladas<sup>161</sup>. El enfoque del problema desde el punto de vista del Derecho material delata a una mentalidad ajena al Derecho clásico<sup>162</sup>. La opinión dominante<sup>163</sup> reconoce que el segundo acreedor no tiene acción contra el primero para reclamar el *superfluum*.

Pasemos ahora a estudiar D. 22, 2, 6 de Paulo,

Paul. 25 Quaes.: Faenerator pecuniam usuris maritimis mutuum dando quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum propriisque faeneratoribus obligatorum si quid superfuisset, pignori accepit. quaesitum est [nave propria perempta, ex qua totum solvi potuit, an id damnum ad creditorem pertineat], intra praestitutos dies amissa nave, an ad ceterarum navium superfluum admitti possit. respondi: alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris, non etiam ad creditoris pertinet: sed cum traiecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, ipsius crediti obligatio non existente condiciones defecisse videtur, et ideo pignorum quoque persecutio perempta est etiam eorum, quae non sunt amissa. [si navis intra praestitutos dies perisset, et condicionem stipulationis defecisse videri, ideoque sine causa de

161. BESELER, 4, 138; KRELLER: SZ, 62 (1942), pág. 174; KASER: *Quanti ea res est* (1935), n. 8; SCHULZ, 424. Los tres primeros autores señalan la interpolación ya desde *sed si*. Como fundamento alega BESELER que *expensam ferre* no viene a cuento. Pero, en realidad, esta frase se refiere a la imputación de pagos, que tuvo su origen en la *expensilatio*. Sobre *expensam ferre* en este sentido, HEUMANN-SECKEL, s. v. *expendere*.

162. Sobre el problema, D'ORS, 58.

163. Vid. n. 161.

pignorum persecutiones, quae in aliis navibus fuerunt, quaeri. quando ergo ad illorum pignorum persecutionem creditor admitti potuerit? scilicet tunc cum condicio exstiterit obligationis et alio casu pignus amissum fuerit vel vilius distractum vel si navis postea perierit, quam dies praefinitus periculo exactus fuerit].

Nos encontramos ante un texto que sustancialmente reproduce Derecho clásico, si bien está recorrido de arriba abajo por una porción de glosas aclaratorias. Para la crítica del texto nos remitimos a Schulz<sup>164</sup>. Aquí ya no encaja tan bien el esquema expuesto por Gayo. Este texto ha sido utilizado por la doctrina para demostrar que la segunda hipoteca nace mediante la afección del *superfluum*<sup>165</sup>. Pero es necesario tener en cuenta la época a que el texto pertenece. Por otra parte, es muy interesante el observar que se trata de un contrato de los que se solían celebrar según la *lex Rodia de iactu*, contrato de transporte marítimo de cierta influencia griega<sup>166</sup>, por lo que no es extraño que a la recepción del contrato fundamental por el Derecho romano se añadiera la de las cláusulas usuales. En este sentido debe ser entendida la obligación del *superfluum*.

Llega el momento de sacar conclusiones de todo lo dicho hasta aquí. Claramente quedó demostrado que la segunda hipoteca no surge a través del *superfluum*, sino por el expediente de condicionar la hipoteca del segundo acreedor a la extinción del Derecho del primero; por otra parte, que la cláusula de afección del *superfluum* reviste un valor simplemente accesorio. Sólo en esta forma es genuinamente romana. También hemos visto una tendencia de los compiladores, en consonancia con las exigencias de la vida práctica, a ampliar el ámbito de aplicación de la cláusula de afección del *superfluum*. La dificultad de recoger todas las formas que revistió la autonomía de la voluntad quedó también de manifiesto. Con la sola excepción del texto de Gayo, en que el malentendido llevó a

164. SCHULZ: *Einführung in das Studium der Digesten* (1916), 31.

165. MANIGK: RE, 9, pág. 301.

166. KASER, 477, con bibliografía.

una vulgarización<sup>167</sup>, las demás modificaciones llevan un sello unitario. El cotejo con la cadena de escolios del Anónimo nos ha servido para asegurar nuestros resultados y para convencernos de la labor de los compiladores en la segunda hipoteca: un intento de recoger todas las formas en que cristalizaba la autonomía de la voluntad en la época de la compilación. El reproche de ser demasiado liberal en materia hipotecaria vuelve a alcanzar en este punto a Justiniano.

§ 5. En los textos de Juliano-Africano (D. 20, 4, 9, 3), Gayo (D. 20, 1, 15, 2) y Pomponio (D. 20, 4, 4), ya examinados, no se decía nada de una acción hipotecaria del segundo acreedor. Respecto al texto de Juliano-Africano mostramos incluso la incompatibilidad de una acción hipotecaria en favor del segundo acreedor con la solución dada por el jurista. Más claro todavía se nos muestra Gayo en el siguiente texto:

D. 20, 4, 11, 4 (Gayus de form. hyp.): Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere, et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur.

Sólo en el caso de que el primer acreedor no quiera aceptar el pago de la deuda hecho por el segundo, concede el jurista la acción hipotecaria a éste. Por tanto, la acción hipotecaria del segundo acreedor aparece condicionada al ejercicio del *ius offerendi*. Marcelo, en cambio, conoce ya la acción hipotecaria del segundo acreedor. Fundamental, a este respecto, es el siguiente texto:

D. 44, 2, 19 (Marcel. 19 Diges.): Duobus diversis temporibus eandem rem pignori dedit: egit posterior cum priore pignoratitia et obtinuit: mox ille agere simili actione instituit: quaesitum est, an exceptio rei iudicatae obstaret. si opposuerat exceptionem rei sibi ante pignoratitiae et nihil aliud novum et validum adiecerit, sine dubio obstabit: eandem enim quaestionem revocat in iudicium.

El deudor había pignorado una misma cosa a dos acreedores distintos. Luego acciona el segundo contra el primero que

<sup>167</sup>. Sobre el tema de vulgarización, LEVY, 1-16.

le opondrá la *exceptio rei sibi ante pignoratæ*, que no prospera. Ahora es el primero el que acciona contra el segundo. A la pregunta de si podrá el segundo oponer al primero la excepción de cosa juzgada, contesta el jurista afirmativamente en caso de que el primero no aduzca nada nuevo. A tenor de este texto podemos, pues, afirmar que Marcelo es el primer jurista que concede al segundo acreedor la acción hipotecaria<sup>168</sup>. Herzen<sup>169</sup> afirma como consecuencia que éste es el primer texto donde se encuentra una segunda hipoteca digna de tal nombre. Pero ya hemos demostrado que tanto Juliano-Africano, como Pomponio, como Gayo, hablan de una segunda hipoteca y señalamos también su carácter de derecho real.

Después de Marcelo sigue apareciendo la acción hipotecaria en las fuentes. Así en el siguiente texto de Marciano:

D. 20, 4, 12, pr. (Marcian. Ad form. hyp.): Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est si non mihi ante pignori hypothecave 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 aget et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.

Aquí se distingue si el segundo reclama contra el primero o contra cualquier otro poseedor. Sólo en el segundo caso será eficaz su acción hipotecaria. El primero puede, por su parte, defenderse de la acción hipotecaria del segundo con la excepción de que antes le fué hipotecada la cosa.

La concesión de la acción hipotecaria al segundo acreedor, debía, necesariamente, conducir a la conclusión de que su derecho era ya un derecho actual y no condicional. Así, insensiblemente, se pasó a la idea de que el derecho del segundo era un derecho que no dependía de la extinción del derecho del primero. No obstante, la autonomía de la voluntad siguió por sus cauces y la práctica se siguió sirviendo durante largo

168. HERZEN, 307.

169. HERZEN: Loc. cit.

tiempo de los mismos moldes contractuales <sup>170</sup>. De este modo coexistieron ambos sistemas. Es interesante el comparar los dos textos de Marciano:

D. 20, 4, 12, 8 (Marcian. Ad form. hyp.): A Titio mutuatus pactus est cum illo, ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset: deinde mutuatus est pecuniam a Maevio et pactus est cum eo, ut, si Titio desierit praedium teneri, ei teneatur tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres, et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit et locum eius subeat: num hic medius tertio potior est, qui pactus est, ut Titio soluta pecunia impleatur condicio, et tertius de sua negligentia queri debeat? sed tamen et hic tertius creditor secundo praefendus est. eod. 7.: Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit praeter priorem creditorem et qui ab eo emit.

El deudor había hipotecado la cosa a Ticio. Luego, con la condición expresa *si Titio desierit praedium teneri*, la volvió a hipotecar a Maevio. Finalmente, un tercero prestó dinero al deudor para que pagara a Ticio, haciéndose constituir una hipoteca, con el fin de ocupar el lugar de aquél. Al problema planteado de si debe ser preferido a Maevio o el tercero, contesta el jurista certeramente <sup>171</sup> que el tercero debe de tener la preferencia frente a Maevio. El fundamento de la decisión hay que verlo en que Ticio fué pagado con el dinero del tercero <sup>172</sup>.

En el fragmento inmediatamente anterior, en cambio, vemos cómo se conviene *simpliciter* sobre la segunda hipoteca y cómo el segundo acreedor tiene acción contra cualquier poseedor excepto contra el primer acreedor y el que de éste compra.

La contraposición entre ambos textos es de importancia, en cuanto que nos ayuda a ver el cambio operado entre los dos estadios de evolución de la segunda hipoteca que hemos descrito. En el párrafo octavo vemos condicionado el derecho del segundo acreedor a la extinción del derecho del primero, pero para ello ha sido necesario conyenirlo expresamente. He aquí una

<sup>170</sup>. RABEL, 164.

<sup>171</sup>. La solución del jurista evita los inconvenientes que puede tener un sistema de rango elástico.

<sup>172</sup>. DERNBURG, II, 495.

diferencia muy importante que explica tanto que no pueda ser equiparado este caso a los que hemos descrito al hablar del origen de la segunda hipoteca, como se emplee en el texto la palabra *condicio*. Por lo demás ofrece el caso un ejemplo de sucesión hipotecaria que hemos de volver a examinar <sup>173</sup>.

§ 6. Ya hemos dicho que la evolución de la segunda hipoteca se orienta en el sentido de ir concediendo cada vez más derechos al segundo acreedor en tanto en cuanto los derechos del primero no sufran con ello menoscabo. Ahora bien, un derecho que el segundo acreedor no llegó a tener nunca en Roma fué el *ius distrahendi* <sup>174</sup>. En 1897 se podía aún escribir una tesis doctoral con el título *Hat der nachstehende Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs der Pfandsache?* <sup>175</sup>. Hoy día la pregunta no tendría ningún sentido, pues no hay ni un solo autor que afirme que el segundo acreedor tuvo el *ius distrahendi* <sup>176</sup>. «Hubiera sido posible, dice Schulz <sup>177</sup>, otorgar al segundo acreedor el derecho de vender la cosa (naturalmente, gravada con la primera hipoteca), pero los juristas romanos no tuvieron en cuenta tal posibilidad». En este punto las fuentes son muy claras y no dejan lugar a dudas. Algunos textos del Digesto y del Codex tratan del problema:

D. 20, 5, 1 (Pap. 26 Quaes.): Creditor qui praedia pignori accepit et post alium creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum honorum [ob alium aut eundem contractum] interposuit, ante secundum creditorem dimissum nullo iure cetera bona [titulo pignoris] vendidit, sed ob eam rem in personam actio contra eum creditori, qui pignora sua requirit, non competit nec utilis danda est: nec furti [rerum mobilium gratia] recte convenietur, quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur, prae-

173. Infra 159 y sigs. y supra 29 y sigs.

174. Entendemos por *ius distrahendi* la facultad de vender la cosa hipotecada con efectos reales.

175. Aún en la época en que MANIGK escribió su tesis podía considerarse opinión de BOPP (cit. MANIGK: Ob. cit., págs. 6, 11, 11, 14 y sigs., 29, 39 y sigs.), según la que el segundo acreedor hipotecario tuvo en Roma el *ius distrahendi* como totalmente aislada.

176. Compárese: KUNKEL, 160; SCHULZ, 403; WEIS, 256; KASER, 383; RABEL, 164.

177. SCHULZ, 423.

sertim cum alter creditor furto possessionem, quae non fuit apud eum, non amiserit. ad exhibendum quoque frustra litem excipiet, quia neque possidet neque dolo fecit, ut desineret possidere. sequitur, ut secundus creditor possessores interpellare debeat.

C. 8, 17, 8 (Diocletianus, 293): Diversis temporibus eadem re duobus iure pignoris obligata eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorum haberi certi ac manifesti iuris est, nec alias secundum distrahendi potestatem huius pignoris consequi, nisi superiori creditori debita fuerit soluta quantitas. a. 293.

D. 20, 5, 5 (Marcian. Ad form. hyp.): Cum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius succederit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.

D. 20, 4, 12, 9 (Marcian. Ad form. hyp.): Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori succedat, succedendum eum Papinianus libro undecimo responsorum scripsit. et [omnino] secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat.

El caso planteado en el primero de estos textos es el siguiente: Un deudor hipoteca unos predios, después a otro acreedor todo su patrimonio y, finalmente, al primero, por segunda vez, su patrimonio. El acreedor a quien primero se hipotecó vende, no sólo los predios que le fueron hipotecados en primer lugar, sino también, llevado por un error sobre el rango, otros. Se plantea el problema de la acción que al segundo compete. Niega el jurista que proceda cualquiera de estas acciones: una *actio in personam*, la *actio furti* o la *actio ad exhibendum*. Respecto a la *actio in personam* porque no se puede otorgar al acreedor que pide las cosas hipotecadas; respecto a la *actio furti* porque existió un error sobre el rango y porque, además, el otro acreedor no perdió la posesión que nunca tuvo, por un hurto; y respecto a la *actio ad exhibendum* porque ni poseyó ni dejó de poseer dolosamente. Por todo ello, concluye Papiniano, que el segundo acreedor debe dirigirse contra los poseedores. Para nuestro objeto interesan tan sólo las palabras *ante secundum creditorem dimissum nullo iure cetera bona titulo pignoris vendidit*, donde se ve claramente que el segundo no tiene el *ius distrahendi*. La misma idea se encuentra expresada en la lex 8 del Codex; el

segundo no tiene más remedio que satisfacer al primero si quiere vender <sup>178</sup>.

En D. 20, 5, 5, se encuentra expresado lo mismo que en la lex 1 eod., sólo que de modo distinto: en la lex 1 se dice que el segundo, antes de la satisfacción del primero *nullo iure vendidit* y en la lex 5, en cambio, que tras haber satisfecho al primero, el segundo *venditionem recte facit*.

D. 20, 4, 12, 9, plantea el problema de su autenticidad, sobre todo la frase final, que es precisamente la que nos interesa <sup>179</sup>. Se trata de un tercer acreedor que permite que se vendan algunas cosas que le están hipotecadas para que con ese dinero se satisfaga al primer acreedor y ocupar él su lugar. Papiniano dice que este acreedor debe de suceder y Marciano añade que el segundo no tiene otro derecho más que pagar al primer acreedor y ocupar su lugar. La palabra *omnino*, probablemente post-clásica, da una generalidad a la frase de Marciano que la hace caer en la inexactitud. ¿Cómo podría decir Marciano en términos tan generales, que el segundo no tiene más que el *ius offerendi*? Esto está, evidentemente, en contradicción con lo dicho en eod. pr. Manigk <sup>180</sup> dice que nuestro texto excluye que el segundo acreedor tenga, antes de pagar cualquier derecho que no sea el derecho de suceder. El derecho a la hiperoja se torna eficaz, sigue Manigk, tan sólo desde el momento en que la cosa ha sido liberada del primer acreedor <sup>181</sup>. Y en cuanto a la acción hipotecaria sólo le sirve el segundo para adquirir una posesión de la que puede ser privado por el primero por tener una *actio* hipotecaria más fuerte. Pero en realidad este argumento no nos sirve. El que el segundo acreedor tenga una acción hipotecaria que puede ser vencida por la del primero no quiere decir que no tenga ningún derecho sino tan sólo que el derecho del primero es más fuerte.

De todos modos, está fuera de dudas que en Roma el segundo acreedor no tuvo el *ius distrahendi* <sup>182</sup>. Consecuencia de

178. Vid. MANIGK: Op. cit., págs. 3 y sigs.

179. Compárese *Index* a. h. 1.

180. MANIGK: Op. cit., pág. 10.

181. Compárese lo dicho supra, págs. 54 y sigs.

ello es que si vende no lo hace *iure pignoris*. Su venta no produce, por tanto, efectos reales y, además, responde frente al comprador de evicción ya que tanto el propietario con la acción reivindicatoria como el acreedor hipotecario con la hipoteca pueden privar a este de la cosa vendida.

§ 7. Analizadas las formas concretas en que cristaliza la autonomía de la voluntad, corresponde ahora examinar los límites objetivos a que se sujeta.

De sobra conocida es la censura que se hace al Derecho hipotecario romano, tanto clásico como justiniano, por su falta de publicidad<sup>182</sup>. Por otra parte hay que destacar que los presupuestos económicos en que se basaba el Derecho romano eran muy distintos de los de hoy día<sup>184</sup>, por lo que no se llegó a alcanzar, en este punto, más que un escaso desarrollo. La censura, no obstante, alcanza más al Derecho justiniano que al Derecho clásico por la inseguridad que en el tráfico jurídico van introduciendo, en la época postclásica, el número cada vez más creciente de hipotecas generales, legales y tácitas<sup>185</sup>. En la época que estudiamos la situación es mucho mejor. De lo contrario, no se comprendería cómo se pudo vivir hasta la constitución del emperador León del año 469<sup>186</sup>.

Al ver los surrogados de la publicidad hay que examinar, en primer lugar, las fórmulas de que se sirvió la práctica comercial<sup>187</sup>. Frecuente era que el hipotecante declarara, si se trataba de una primera hipoteca, que la cosa no estaba obligada a ningún otro. Así en el D. 20, 1, 34, leemos: οἶδας γὰρ ἀκριβῶς ὅτι καὶ ἡ ταβέρνα καὶ οἱ δούλοι μου οὐδενὶ κατέχονται ἢ σοί, donde el acreedor hipotecario sabe que la cosa no está hipotecada a ningún otro por el hipotecante, por la declaración que éste hace, como se comprende claramente del párrafo siguiente: καὶ ὡς εὐσχήμονι

182. Una excepción de este principio en favor del fisco puede encontrarse en D. 49, 14, 22, 1.

183. SCHULZ, 404; RABEL, 139; RABEL: Seminar., 1 (1943), pág. 47; KASER, 383.

184. PERNICE: SZ, 19 (1898), págs. 120 y sigs.; SCHULZ, 404.

185. KUNKEL, 159.

186. MANIGK: RE, 20, pág. 1278.

187. MANIGK: Loc. cit.

ἀνθρώπων ἐπίστευσας. En D. 20, 6, 9, 1, encontramos también la siguiente declaración: *fundum nulli alii esse obligatum*. En el caso de que la cosa estuviera ya hipotecada a otro, el hipotecante lo hacía notar así. En D. 20, 1, 15, 2, declara el hipotecante que: *rem alii nulli obligatam esse quam forte Lucio Titio*. Los textos aquí citados pertenecen, como se ve, a épocas distintas; Gayo, Escévola y Modestino. La práctica comercial se sirvió de estas fórmulas durante mucho tiempo<sup>188</sup> y fueron siempre frecuentes desde la aparición de la segunda hipoteca<sup>189</sup>.

Ahora bien: ¿Cuál era la consecuencia de la falsedad de tales declaraciones? ¿Qué acciones tenía el acreedor hipotecario en este caso?

La falsedad de la declaración, el hipotecar una cosa ya hipotecada anteriormente es, ciertamente, un caso que puede darse también perfectamente antes de la aparición de la segunda hipoteca. Pero cuando estos casos se hacen más frecuentes es, naturalmente, cuando existe la posibilidad de hipotecar una cosa sucesivamente a varios acreedores. Por ello, incluso de antemano, parece plausible que, en un principio estos casos no fueran tipificados en un delito, sino que estuvieran comprendidos en la acción de dolo. Quien, a sabiendas, hipoteca una cosa ya hipotecada como libre, quebranta la *bona fides*, por ello puede ser perseguido con la acción de dolo. Este parece ser el peligro a que se refiere Gayo en D. 20, 1, 15, 2<sup>190</sup>.

Esta acción se tipifica posteriormente cuando los casos se van haciendo más frecuentes, apareciendo, entonces, la figura del estelionato. Difícil es determinar, según las fuentes, cuándo se verificó este cambio. Casi seguro podemos decir que en la época de los Antoninos el que maliciosamente hipotecaba una cosa que ya estaba gravada con otra hipoteca, respondía con

188. RABEL, 164.

189. Respecto a la fiducia, vid. la llamada tablilla de Popea, línea 3 (*Corpus inscriptionum latinarum*, IV, 3340 CLV; ARANGIO: *Negotia*, 292). Entre los documentos del Egipto romano es muy interesante el papiro B. G. U., III, 741 línea 36 y sigs, donde leemos: *παρέχεσθαι δὲ αὐτὸν τὴν [ὑπ]οθήκην καθαρὰν καὶ ἀνέπαφον καὶ ἀνεπιδά/νειστον. ἀλλ[λ]οῦ δαν[είου] καὶ πάσ[ης] ὀφειλ[ῆς] καὶ / μεδὲνα αὐτῆς ἐμποιοῦμενον τρόπ[ῳ] μη[δ]εν[ί]*

190. Sobre este texto, supra, § 4.

la acción de dolo. Esta parece ser la opinión dominante <sup>191</sup>. Es completamente posible, escribe Schwartz <sup>192</sup>, que, en un principio, en *res aliena* y *res alii obligata* se haya visto casos de la *actio de dolo*. Las primeras consideraciones de la hipoteca de cosa ya hipotecada como libre, como estelionato, las encontramos en la época de los Severos <sup>193</sup>.

Al lado de la acción de dolo aparece en las fuentes la acción contraria. Como la acción de dolo era de carácter subsidiario, aplicándose tan sólo en defecto de otra acción, no se plantean aquí problemas de concurrencia. El problema es de si la acción de dolo y acción contraria tienen distintos campos de aplicación en el Derecho clásico. Textos fundamentales a este respecto son <sup>194</sup>:

D. 13, 7, 16, 1 (Paul. 28 Ed.): *Contrariam pigneraticiam a creditori actionem competere certum est: proinde si rem alienam vel alii pigneratam, vel in publicum obligatam dedit tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro sexto digestorum scribit. sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum, contrarium ei non competit.*

D. 13, 7, 36, 1 (Ulp. 11 Ed.): *Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debet cesare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.*

Respecto al último de estos textos la crítica ha reconocido unánimemente la falsificación desde *plane*. Es posible, como cree Heldrich <sup>195</sup>, que el texto hablara en esta segunda parte

191. SCHWARTZ: SZ, 71 (1954), pág. 140, con bibliografía.

192. SCHWARTZ: Loc. cit.

193. Vid. D. 47, 20.

194. Vid. también D. 46, 1, 54 (Paul. 3 Quas.).

195. HELDRICH: *Das Verschulden beim Vertragsabschluss in klassischen römischen Recht und in der spätere Rechtsentwicklung* (1924), pág. 33.

de la *actio de dolo*. Curioso es notar, como hace, por ejemplo, D'Ors<sup>196</sup>, que aquí la acción contraria no haya sustituido a la acción de dolo sino que se haya añadido a ella. En cuanto a la frase *eodem crimine plectetur*, si bien existen indicios formales contra su autenticidad<sup>197</sup>, es posible, no obstante, que se trate solamente de una forma utilizada por los mismos compiladores de soldar el texto con lo dicho anteriormente, porque no hay indicios de fondo para rechazar la idea que ahí está encerrada<sup>198</sup>. El caso que trata el fragmento no es, por otra parte, una segunda hipoteca propiamente porque el segundo a quien se hipoteca desconoce que hay otro a quien también está hipotecada la cosa<sup>199</sup>.

En cuanto al primero de estos textos poco nos pueden ayudar los corchetes. Por eso, afirma D'Ors<sup>200</sup> que se trata de un texto totalmente interpolado. Voltetra<sup>201</sup> y Schwarz<sup>202</sup>, en cambio, defienden la autenticidad del mismo. Todo esto va ligado a las concepciones que estos autores tienen respecto al campo de aplicación de la acción contraria en el caso del *pignus*. Estos dos últimos autores creen que en el derecho clásico la acción contraria se utilizaba en el caso de que el pignorante actuara de buena fe. En este supuesto, naturalmente, no tendría aplicación la acción de dolo. Con mejor criterio afirma D'Ors la necesidad del dolo para la legitimación pasiva en la acción contraria y como consecuencia su interpolación por los compiladores. Si los compiladores procuraron sustituir la acción del dolo por la acción contraria a favor del acreedor pignoraticio en el supuesto del *crimen stellionatus*, escribe D'Ors<sup>203</sup>, ello

196. D'ORS: SDHI, 19 (1953), 190.

197. Referente a *crimen plecti*. GUARNERI CITATI: *Indice delle parole, frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione* (1927), pág. 24.

198. Compárese lo dicho por SCHWARTZ: *Ob. cit.*, 143, respecto a D. 13, 7, 16, 1.

199. En este sentido, SCHWARTZ: SZ, 71, pág. 139.

200. D'ORS: Op. 19, 2.

201. VOLTERRA, 36.

202. SCHWARTZ: Op. cit., 144.

203. D'ORS: *Loc. cit.*; 192.

se debe a que la responsabilidad del pignorante se consideraba como contractual y, por tanto, regida por los principios generales del sistema de culpa contractual.

## CAPÍTULO II

### FIJACION DEL RANGO

#### A) Según normas generales.

§ 8. Dada la estructura de la hipoteca de rango inferior, que hemos explicado, se comprende fácilmente que se estableciera el orden entre acreedores hipotecarios siguiendo un criterio de prioridad. La hipoteca posterior nace condicionada a la extinción de la anterior, de modo que ahí ya va implícito el principio *prior tempore potior iure* <sup>204</sup>. Luego, cuando la segunda hipoteca, tal como hemos expuesto <sup>205</sup>, deja de estar condicionada a la extinción de la primera y se convierte en un derecho actual, el principio juega un papel más importante <sup>206</sup>.

De relevancia es la fijación del momento que se toma en consideración para la determinación de la prioridad. Advirtamos, por lo pronto, que en este punto de poco nos va a servir la crítica de interpolaciones. Las pocas modificaciones que se encuentran en los textos pueden reconducirse a glosas sin importancia, y responden, por tanto, más a la casualidad y al deseo de explicar los textos que al de alterarlos en una determinada dirección. Bastaría consultar el Índice de interpolaciones, respecto a los textos citados en esta sección, para darnos cuenta de la veracidad de esta afirmación. La explicación del fenómeno es bien sencilla: no se alteraron los textos porque no hubo necesidad. La necesidad de interpolar se produce allí donde el progreso histórico hace que los textos no sólo no sirvan a las necesidades que van surgiendo, sino que estén en contradicción

<sup>204</sup>. Sobre el principio *prior tempore potior iure*, REGELSBERGER; WINSCHIED-KIPP, I, págs. 1129 y sigs.; BISCARDI, 49 y sigs.

<sup>205</sup>. Supra 86.

<sup>206</sup>. Sobre este punto, BISCARDI, 49 y sigs.

con la vida misma <sup>207</sup>. El que recibamos poca ayuda de la crítica interpolacionística tiene la grata contrapartida de que podemos utilizar, aunque siempre con precauciones, la literatura jurídica alemana del siglo XIX, en mayor medida que hasta ahora. La labor de armonización, llevada a cabo por los pandectistas nos va a ser de gran utilidad, en tanto en cuanto sepamos separarnos de lo que tengan sus construcciones de artificiosas y acercarnos a la mentalidad romana.

La opinión dominante <sup>208</sup> consideraba que la prioridad se fijaba en el momento en que nacía el derecho de hipoteca. Para que naciera el derecho de hipoteca se exigía que concurrieran los siguientes tres elementos: crédito, objeto y un fundamento que diera origen al derecho de hipoteca, fuera éste legal, judicial o contractual <sup>209</sup>.

Contra esta opinión se dirigió Regelsberger <sup>210</sup>. Comienza este autor señalando, acertadamente, el olvido frecuente en que se incurre cuando no se tiene en cuenta que el Derecho hipotecario romano surge configurado por tres factores: el Derecho honorario, la actividad de los juristas y la autonomía de la voluntad <sup>211</sup>. La jurisprudencia romana no partió en este punto de un concepto apriorístico, sino del contenido de la fórmula hipotecaria <sup>212</sup>. Según Marciano <sup>213</sup> la excepción que el acreedor hipotecario anterior tenía contra el posterior decía así: *si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata* <sup>214</sup>. Es decir, se habla de una constitución de hipoteca anterior, no de un derecho de hipoteca anterior.

Hasta aquí nos parece acertada la crítica de Regelsberger a la opinión dominante. A partir de aquí <sup>215</sup>, desenvuelve un sis-

207. Compárese con lo dicho por KASER: SZ, 74 (1957), pág. 155.

208. Vid. los autores citados por REGELSBERGER, 12, nota a), como excepciones.

209. PUCHTS: *Pandekten* (1852), págs. 307 y sigs.

210. REGELSBERGER: *Das Altervorzug der Pfandrechte*.

211. REGELSBERGER, 10.

212. REGELSBERGER, 10.

213. D. 20, 4, 12, pr.

214. REGELSBERGER, 10.

215. REGELSBERGER, 14 y sigs.

tema tan artificioso que difícilmente puede haber pertenecido a los juristas romanos <sup>216</sup>.

Es muy interesante hacer un examen de las fuentes con el fin de tratar de penetrar en el pensamiento genuinamente romano.

El derecho de hipoteca significa la sujeción de unos bienes determinados al cumplimiento de una obligación. Con las expresiones *obligatio rei*, *obligare rem* y otras semejantes <sup>217</sup> quiere decirse esto precisamente. Por tanto, el momento decisivo, el momento que se toma en cuenta para la determinación de la prioridad es el momento de constitución de la hipoteca y se considera que la hipoteca se constituye precisamente cuando unos bienes del deudor quedan afectos al cumplimiento de la obligación, esto es, cuando ya están en una situación tal que la voluntad de éste ya no puede desvincularlos. Por tanto, *obligatio rei* y constitución de la hipoteca se identifican <sup>218</sup>

D. 20, 4, 9, pr (Afr. 8 Quaes.): Qui balneum ex calendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur: idem ante calendas Iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem praetor tueri deberet, respondit deberet; licet enim eo tempore homo pignori datus est quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potioem eius causam habendam.

D. 20, 4, 11, pr (Gaius. de form. hyp.): Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis 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.

D. 20, 3, 4 (Paul. 5 Resp.): Titius cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam: quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur. respondit, cum in potestate

216. DERNBURG, I, 521.

217. Vid. BACHOFEN: *Das römische Pfandrecht*, I (1847), 226.

218. Contra, REGELSBERGER, 14.

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.

D. 20, 4, 1, pr (Pap. 8 Quaes.): Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuae quantitatis numeratio impleta est: quaerebatur de pignore, cum ex eausa promisionis ad universae quantitatis exsolutionum 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.

En el fr. 9, pr. de Africano el deudor había tomado en arriendo un balneario a partir del primero de julio constituyendo hipoteca sobre un esclavo hasta que se pagara el canon arrendaticio. Luego volvió a hipotecar el esclavo a otro acreedor. El jurisconsulto, Juliano indudablemente, concede la prioridad al primer acreedor, dando como fundamento el que la cosa estaba ya sujeta de tal forma que sin la voluntad del acreedor no se podría ya librar de esta sujeción.

El mismo razonamiento lo encontramos en D. 20, 4, 1, pr. El promitente de una dote en favor de la mujer se había hecho constituir una hipoteca para asegurarse de que la dote le había de ser restituída. Después tuvo lugar la entrega de parte de la dote y el marido antes que se verificara la entrega del resto volvió a hipotecar la cosa a otro. Otra vez se plantea la cuestión de la prioridad y vuelve a aparecer el mismo razonamiento: el marido se obligó a entregar en total, por tanto, hay que atender no al tiempo en que se verificó la *solutio* sino al tiempo en que se contrajo la obligación, sin que quepa argumentar en contra que el promitente pudo muy bien no entregar el resto del dinero. Aquí es importante el tener en cuenta que nos hallamos ante una *dotis promissio* que tiene el valor de una verdadera constitución de la dote <sup>219</sup>.

En la lex II, pr., concede Gayo la prioridad al primero que

219. KUNKEL, 225.

acreditó y recibió hipoteca frente al que convino antes que le quedara la cosa obligada si recibía dinero el deudor. El fundamento es otra vez el mismo: aunque hubiera convenido antes el deudor, pudo siempre, si quería, no recibir el dinero.

Otro tanto sucede con el fr. 4, de Paulo. Ticio tenía intención de recibir dinero en mutuo de Mevio, convino con aquél y determinó dar ciertas cosas en hipoteca <sup>220</sup>. Luego vendió el deudor alguna de esas cosas. Se plantea aquí el problema de si las cosas vendidas estarán hipotecadas al acreedor. El jurista responde en sentido negativo, alegando que el deudor pudo muy bien no recibir el dinero. ¿Qué clase de vinculación existiría si el deudor pudiera, a su antojo, liberarse de ella? ¿Qué pasaría en el caso de que el mutuuario no quisiera recibir el dinero? El jurista nos ofrece también una interpretación del momento en que ha de considerarse concluida la *conventio pignoris*, a saber: en el momento de la entrega del dinero. De ahí que haya que atender a las cosas que el deudor tuvo *in bonis* en ese momento. En un principio pudiera parecernos extraña la solución dada por el jurista, pero reflexionando un poco vemos cómo el mutuante no puede, en modo alguno, obligar al mutuuario a aceptar el dinero, y siendo así se considera que la *pignoris conventio* tiene lugar al hacerse la entrega del dinero. Regelsberger <sup>221</sup> pretendió deducir de este texto que *pignoris obligatio* y constitución de la hipoteca no son la misma cosa. Pero esto reposa sobre un evidente error, ya que, precisamente, lo que hace Paulo es fijar el momento en que la *conventio* tiene lugar. En realidad, todos estos textos parten del concepto de afección de la cosa. El momento decisivo para la determinación de prioridad es el momento en que la cosa queda sujeta al cumpli-

220. Evidentemente, la *cautio* de que habla nuestro texto nada tiene que ver con la llamada *cautio stipulatoria* (sobre ésta, D'ORS: *Atti Verona*, 3, págs 281 y sigs.). *Cavere* indica aquí la entrega del recibo hecha por el deudor al acreedor antes de recibir el dinero (en este sentido, VIR, I, 647, pág. 28, y LEVY: SZ, 70 (1953), pág. 223, n. 31). De lo contrario, no tendría sentido la solución dada por el jurista: con la estipulación habría surgido ya una verdadera obligación y con ella una hipoteca.

221. REGELSBERGER, 14.

miento de la obligación. Y en todas estas decisiones queda bien claro que ese momento se da tan pronto como no depende de la voluntad del deudor, esto es, de un acto del mismo, el que la cosa esté afecta o no al cumplimiento de la obligación.

Quedan todavía por tratar dos problemas importantes. Uno de ellos es el de la obligación condicional. Otro el de la determinación de la prioridad en el caso de que la cosa no esté aún *in bonis* del hipotecante.

Respecto a la condición, contra la regla general, se admitió, en este punto, en el Derecho clásico, la retroactividad<sup>222</sup>. Por eso, el rango data del momento de la constitución de la hipoteca y no del momento de entrada en la condición.

Los textos son claros en este punto:

D. 20, 4, 9, 1 (Afr. 8 Quaes.): *Amplius etiam sub condicione creditoꝝ tuendum. putabat adversus eum, qui postea quicquam deberi coeperit, si modo non ea condicio sit, quae invito debitore impleri non possit.*

D. 20, 4, 11, 1 (Gaius. de form. hyp.): *Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypoteca data sit, qua pendente alius credidit pure et accepit eandem hypotecam, tunc deinde prioris stipulationis existat condicio, ut potior sit, qui postea credidisset. sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quae stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. quod et melius est.*

La frase *cum enim-facta esset* que afirma energicamente la retroactividad de la condición, ha sido considerada interpolada por Vasalli<sup>223</sup>, a nuestro juicio sin suficientes razones. Kunkel<sup>224</sup> y Kaser<sup>225</sup>, en cambio, afirman su clasicidad.

Respecto a las hipotecas que han sido constituídas en épocas distintas, sobre cosa ajena, se plantea el problema de si datan del momento en que se constituyeron, y, por tanto, tienen distinto rango; o, por el contrario, datan del momento en que estuvo la cosa *in bonis* del deudor, es decir, poseyendo entonces el mismo rango. Nosotros hemos tomado ya posición frente a

222. KUNKEL, 85, n. 11; KASER, 22, 1, n. 15.

223. VASALLI: *Bull.*, 27 (1914), pág. 232, n. 2.

224. KUNKEL, 225.

225. KASER, 286.

este problema al tratar del texto de Juliano-Africano D. 20, 4, 9, 3. Aquí veíamos cómo la hipoteca de Ticio y la hipoteca de Mevio tenían distinto rango. Databan, por tanto, de la época de su constitución <sup>226</sup>. En cambio, si se trataba de una convención sobre los bienes futuros, se considera que la hipoteca data del momento en que pasan a encontrarse *in bonis* del deudor. En este sentido hay que explicar D. 20, 4, 7, 1 <sup>227</sup> y D. 49, 14, 28 <sup>228</sup>.

B) *Determinación del rango según normas especiales.* Estudiaremos bajo este apartado tan sólo el privilegio del fisco y el privilegio de la *versio in rem*.

§ 9. Un privilegio hipotecario del que hemos de tratar, porque ordinariamente viene referido por la doctrina al Derecho clásico, es el privilegio del fisco <sup>229</sup>. Nosotros, por el contrario, creemos que el fisco no rompe el principio de prioridad que acabamos de estudiar.

En Roma se perfila claramente la distinción entre *aerarium* y *fiscus* <sup>230</sup>. En tanto que el *aerarium* es propiedad del *Populus Romanus*, el *fiscus* pertenece al *princeps* <sup>231</sup>. Por eso, el *aerarium* está fuera del ámbito del derecho privado <sup>232</sup> y el fisco se rige según las normas de éste. A pesar de estar sometido a las normas del derecho privado, disfruta el fisco de algunos privilegios en su trato con los particulares, que es imposible explicar, exclusivamente, desde el punto de vista de éste <sup>233</sup>.

<sup>226</sup>. Sobre el problema, KOSCHAKER, 234 y sigs.; contra, CARCATER, en *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università de Bari*, N. S., 3 (1940), págs. 147, 157, 163; trabajo este último que no nos fué accesible.

<sup>227</sup>. *Infra*, 148.

<sup>228</sup>. *Infra*, 137.

<sup>229</sup>. Bibliografía: DERNBURG, I, 33, 4 y sigs.; KNIEP, 215 y sigs.; MITTEIS, 370 y sigs.; WIEACKER, 238 y sigs.

<sup>230</sup>. Vid. sobre este punto la bibliografía citada por KUNKEL, pág. 74, n. 3.

<sup>231</sup>. MOMMSEN: *Römisches Staatsrecht*, nueva impresión (1952) pág. 1102; MITTEIS, 347.

<sup>232</sup>. Vid. PERNICE: *Labeo*, I, (1873), pág. 163; MOMMSEN: *Op. cit.*, I, pág. 169.

<sup>233</sup>. BOLLA, 79.

Para garantizar sus créditos utiliza el fisco los medios ordinarios: fianza e hipoteca<sup>234</sup>. Además se ofrecen a nuestra consideración dos instituciones: La hipoteca legal del fisco y el privilegio hipotecario del mismo.

Tradicionalmente viene considerándose que el fisco escapa al principio *prior tempore potior iure*. Se suelen estudiar conjuntamente hipoteca legal y privilegio del fisco, adscribiendo ambas instituciones a la época clásica. En realidad, la confusión proviene de la diversidad de las noticias que encontramos en las fuentes. Diversidad que procede ya de la época clásica y que se acentúa en la época justiniana con las reformas que en éste punto introducen los compiladores<sup>235</sup>. Se encuentra en las fuentes tanto una hipoteca legal como hipotecas contractuales. Esta dualidad se explica porque, como el fisco es sujeto de derecho privado, el uso que hace de sus privilegios es discrecional<sup>236</sup> y la diversidad de las situaciones y la propia diversidad local debía de dar lugar a que unas veces se aplicara el privilegio y otras no. Todo esto nos lleva a explicar lo que nosotros entendemos por privilegio del fisco. En virtud de este privilegio goza el fisco, en la época clásica, de una equiparación a los acreedores hipotecarios. No se trata de una verdadera hipoteca.

Lo decisivo es aquí la afección de los bienes al fisco «como si le hubieran sido hipotecados». Luego, con el tiempo, se va abriendo paso la idea de que existe aquí también una auténtica hipoteca, dando lugar a la confusión cuando se habla, por una parte, de hipoteca legal, y, por otra parte, de privilegio. Si es cierto lo que afirmamos, se impone la consecuencia de que el fisco entra, en la época clásica, en la jerarquía hipotecaria, como un acreedor hipotecario más. Por tanto, está sometido al principio *prior tempore potior iure*; como, por otra parte, el fisco, según lo que venimos diciendo, se hace constituir hipoteca contractual cuando no disfruta de su privi-

234. Sobre los fiadores, Gayo, 3, 125; también D. 46, 1, 68, 1 D. 39, 4, 16, 12.

235. En general se muestra una tendencia de los compiladores dirigida a transformar los simples privilegios concursales en hipotecas tácitas y privilegiadas.

236. WIEACKER, 252.

legio, es lógico el pensar que tampoco en este caso rompe el principio de prioridad. Las diferencias entre ambos casos, derivadas de que en uno usa el fisco de privilegio y en otro no, serían tan sólo constitución o no de la hipoteca y como consecuencia el que en un caso se determinaría la prioridad por la fecha de constitución de la hipoteca y en el otro por la de la *relatio inter debitores fisci* <sup>237</sup>.

La doctrina dominante <sup>238</sup> sitúa el origen de la hipoteca legal del fisco en la época de los Severos. Kniep <sup>239</sup> adoptó una postura radical afirmando que la hipoteca legal surge después del siglo IV. No obstante, su intento de querer ver en las fuentes un simple *privilegium exigendi* es poco afortunado por no explicar cómo es posible, en tal caso, una agresión contra tercero <sup>240</sup>.

Corresponde a Wieacker <sup>241</sup> el mérito de haber expuesto acertadamente esta materia, explicando agudamente las fuentes. Siguiendo en este punto a Kniep, niega la existencia de una verdadera hipoteca legal del fisco en la época clásica, pero en vez de sustituirla por un *privilegium exigendi* identifica *ius pignoris* con la *πρωτοπραξία* <sup>242</sup>. Ello le lleva a una revisión de la época en que aparece el *ius pignoris* del fisco, y partiendo del fr. de iur. fisc. 5, y del Edicto de Tiberio Alejandro para Egipto del año 68, concluye que ya en los comienzos del principado se encuentra el *ius pignoris*. Muy importante es el destacar, como lo hace muy bien Wieacker <sup>243</sup>, que cuando las fuentes dicen que los bienes están sujetos al fisco *velut pignoris iure*, el punto de referencia que se toma para establecer la comparación es el concepto de afección.

Corresponde ahora hacer un análisis de las fuentes. Los textos pueden dividirse, para su exposición, tal como lo hace

237. Contra, MITTEIS, 372.

238. DERNEBURG, I, 334; MITTEIS, 370; BOLLA, 82; KUNKEI, 159. Contra, KNIEP, 215.

239. KNIEP, 215.

240. WIEACKER, 239.

241. WIEACKER, 238 y sigs.

242. WIEACKER: Loc. cit.

243. WIEACKER, 239 y 240.

Mitteis <sup>244</sup> en a) textos interpolados, b), textos en los que se encuentra una protopraxia y c) textos en los que hay una hipoteca contractual.

a) D. 2, 14, 10 (Ulp. 4 ed.): Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditore debeant convenire. quid ergo si quidam absentes sint? num exemplum presentium absentes sequi debeant? sed an et privilegiariis 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], et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. haec enim omnia in his creditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt.

Aquí se plantea el problema de si la transacción hecha por los acreedores presentes ha de perjudicar también a los ausentes, contraponiendo el jurista los acreedores hipotecarios a los demás <sup>245</sup>. Ya Gradenwitz <sup>246</sup> había sospechado la interpolación de la frase *in his casibus in quibus hypothecas non habet*. Kniep <sup>247</sup> advierte que dada la contraposición entre acreedores hipotecarios y acreedores privilegiados—entre los que se cuenta el fisco—no hubiera podido escribir Ulpiano del modo como lo hace, si hubiera creído que el fisco estaba provisto generalmente de una hipoteca legal.

C. 8, 14 (15), 2 (Imp. Antoninus): Certum est eius qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari [quamvis specialiter id non exprimitur]. a. 214.

La interpolación de las palabras *quamvis-exprimitur* ha sido reconocida casi unánimemente <sup>248</sup>. Bastaría destacar la estrecha conexión en que está con la rúbrica del título. Por otra parte, resultaría incomprensible la constitución de Severo y Ca-

244. MITTEIS, 373, n. 68.

245. Vid. KNIEP, 218.

246. GRADENWITZ: *Interpolationen inden Pandekten* (1887), 20, 89.

247. KNIEP, 2, 18.

248. Compárese *Index a. h.* 1; contra la interpolación, BOLLA, 83; vid. también WIEACKER, 241.

racala del año 209, contenida en el C. 7, 8, 2, donde se lee *qui (sc. servus) pignori non est ex conventione speciali, sed tantum privilegio fisci obligatus*. Por lo demás es de interés el texto por la expresión que emplea (*veluti pignoris titulo*) para designar la afección de los bienes, por marcar una fina distinción con una verdadera hipoteca <sup>249</sup>.

D. 49, 14, 46, 3 (Hermog. 6 iuris epit.). *Fiscus semper habet ius pignoris*.

La crítica ha señalado la palabra *semper* que da al texto una generalidad inexacta, como espuria. Por lo demás nada tiene de extraño el empleo de la expresión *ius pignoris* que se encuentra en otros textos clásicos.

b) Otro grupo de textos hay que explicarlos desde el punto de vista de una protopraxia sin que en ellos se encuentre tampoco, propiamente, una hipoteca <sup>249 bis</sup>.

D. 40, 1, 10 (Paul. 2 imp. sent.): *Aelianus debitor fiscalis Eumeriam ancillam ante annos multos emerat hac lege, ut manumitteret, eamque manumiserat: procurator cum bona debitoris non sufficientia quaereret, etiam Eumeriae status quaestionem faciabat. placuit non esse iure fiscali locum, quae omnia bona debitorum iure pignoris tenerentur, quae ex lege empta est et, si non manumitteretur, ex constitutione divi Marci ad libertatem perveniret.*

Eliano, deudor del fisco, había comprado, hacía ya algunos años, la esclava Eumeria, con la cláusula de que había de manumitirla, y así lo hizo. El procurador imperial plantea el problema de si la esclava es verdaderamente libre o, por el contrario, está sujeta al fisco *pignoris iure*. El jurisconsulto responde que el fisco no tiene ningún derecho, porque la esclava ha sido comprada con una cláusula tal, que, en virtud de una constitución de Marco Aurelio, hubiera alcanzado de todos modos la libertad.

<sup>249</sup>. WIBACKER, 241.

<sup>249 bis</sup>. Entendemos aquí la *πρωτοπραξία*, no en el sentido de un *privilegium exigendi*, sino como un verdadero derecho real. Sobre este punto, acertadamente, MITTEIS, 371 y sigs.

Kniep<sup>250</sup> afirma que podemos tachar tranquilamente las palabras *quo-tenerentur* sin que el texto sufra con ello. Con razón protesta Schulz<sup>251</sup> enérgicamente contra esta apreciación. No hay aquí, en efecto, ninguna razón para tal supresión<sup>252</sup> Mitteis<sup>253</sup> y Wieacker<sup>254</sup> han visto en este texto una aplicación de la protopraxia del fisco. Realmente sería muy difícil de explicar desde el punto de vista de un *privilegium exigendi* porque el privilegio del fisco comprende no sólo manumisiones fraudulentas sino también toda clase manumisiones<sup>255</sup>

D. 46, 1, 68, 1 (Paul. 3 Dec.): 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, reliquiam in sortem, et ita in id quod defuisset fideiussores conveniendos exemplo pignorum a creditore distractorum.

En favor de un arrendatario del fisco salieron fiadores Petronio Talo y otros por cien al año<sup>256</sup>. El fisco ocupó los bienes del deudor *ut sibi obligata* y demandó a los fiadores exigiéndose también intereses. Como éstos no se habían obligado por el total, decreta el jurista que los fiadores no están obligados por los intereses y que lo que se saque de los bienes del deudor se imputara primero a los intereses y luego al capital y lo que faltare se exigirá de los fiadores.

250. KNIEP, 220.

251. SCHULZ: SZ, 48 (1928), pág. 280.

252. WIEACKER, 245.

253. MITTEIS, 373, n. 68.

254. WIEACKER, 245.

255. Como nota muy bien WIEACKER, no se trata aquí de una aplicación de la prohibición de manumisiones fraudulentas, sino del efecto real del pacto *ut manumittatur* que sitúa la expectativa de manumisión en un tiempo anterior al nacimiento de la deuda del Fisco.

256. Vid. DERNBURG-SOKOLOWSKI: *System des römischen Rechts* (1912), II, pág. 712, n. 1 y 2.

Interesante es la consideración de que los bienes estén afectos al fisco, no por convención expresa sino como si le hubieran sido hipotecados. Mitteis<sup>257</sup> funda la agresión del fisco en un derecho de embargo en el sentido de una protopraxia.

C. 7, 73, 4 (Antoninus, 215): Si debitor, cuius fundum fuisse et ipse confiteris, prius eum distraxit, quam fisco aliquid debui, inquietandum te non esse procurator meus cognoscet, nam etsi postea debitor extitit, non ideo te tamen ea, quae de dominio eius excesserunt, pignoris iure fisco potuerunt obligari.

Como se ve el procurador imperial no puede molestar al que compró de uno que no era aún deudor del fisco. Otra vez nos encontramos con un empleo del privilegio del fisco que permite un ataque a tercero.

C. 7, 73, 6 (Gordianus, 240): Cum patrem tuum fisci debitorem fuisse demonstrares eumque nubenti tibi possessionem dedisse adleges, procuratorem ius fisci exequentem eam iure pignoris revocare potuisse intellegis.

El padre, deudor del fisco, había transmitido a su hijo al casarse éste la posesión de una cosa. El emperador determina que puede el fisco revocar la cosa, *iure pignoris*.

Como se ve, en ninguna de estas decisiones aparece que el privilegio del fisco tenga una preferencia que no esté basada en una prioridad.

c) Queda ahora por examinar un grupo de textos, en los que el fisco tiene una hipoteca contractual, y fijar con ello que, tampoco en estos casos supone el privilegio del fisco una excepción al principio *prior tempore potior iure*.

D. 20, 4, 21, pr (Scaev. 27 digest.): 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:

<sup>257</sup>. MITTEIS, 373, n. 68.

illis rebus, quas Tilius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur, respondit nihil proponi, cur non sit praeferenda.

Ticio había hipotecado a Seia sus bienes presentes y futuros y posteriormente al fisco todos sus bienes. Luego tuvo lugar el pago de parte de la deuda y, novada por la parte restante la obligación, se volvió a constituir hipoteca sobre las mismas cosas. A la cuestión de la preferencia responde el jurisconsulto que no hay razón para que no sea preferida Seia frente al fisco, tanto en las cosas que Ticio tenía al tiempo de constituirse su hipoteca como en las que éste adquirió después <sup>258</sup>.

Distinta es, en cambio, la solución dada por Papiniano.

D. 49, 14, 28 (Ulp. 2 disp.): Si qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea adquisita fiscum potioem esse debere Papinianum respondisse: quod et constitutum est, praevenit enim causam pignoris fiscus.

Aquí se concede la preferencia al fisco sobre los bienes que el deudor adquirió con posterioridad. Kniep <sup>259</sup> afirmó que aquí no había una hipoteca del fisco, basándose en la frase final, *praevenit enim causam pignoris fiscus*, donde se contrapone el fisco a la *causa pignoris*. Pero es muy posible que esta frase no sea ni tan siquiera clásica sino que se trate, simplemente, de una glosa. Wieacker <sup>260</sup> explica el texto pensando en que la *προτοπραξία* en favor del fisco comprende el patrimonio adquirido aún antes de que la hipoteca privada se extienda sobre él, de tal modo, que esta hipoteca nace ya con otro gravamen anterior. Por otra parte, corresponde a la concepción romana la idea de que la hipoteca general se considera, para cada objeto, como constituida de nuevo desde el momento de su adquisición. La hipoteca general se extiende a cada objeto adquirido en el momento de su adquisición <sup>261</sup>.

258. Vid. infra, 171.

259. KNIIEP, 217.

260. WIEACKER, 247.

261. WIEACKER, 247.

Es éste uno de los pocos textos en que se hubiera podido apoyar la idea de que la hipoteca contractual del fisco goza de una preferencia frente a hipotecas privadas anteriores. Pero explicándolo tal como hemos hecho, siguiendo a Wieacker, queda también claro.

Por lo demás, en algunos textos del Codex se pone también de manifiesto que la hipoteca del fisco está sometida al principio *prior tempore potior iure*.

Así en C. 7, 73, 2, se basa la preferencia del fisco en el principio de prioridad y en C. 7, 73, 74, se reconoce que no están afectas al fisco, *iure pignoris*, las cosas que habían salido del patrimonio del deudor antes de contratar con aquél.

Por todas estas razones hemos de concluir con Wieacker<sup>262</sup> que la máxima de que a la hipoteca general del fisco corresponde una preferencia frente a hipotecas anteriores, no es demostrable según las fuentes.

§ 10. En virtud del privilegio de la *versio in rem*<sup>263</sup>, la hipoteca del acreedor posterior adquiere una primacía de rango sobre la del anterior en el caso de que se hubiese adelantado dinero para adquirir la cosa hipotecada o para conservarla. La expresión *versio in rem*, referida a este privilegio, es extraña a la nomenclatura jurídica romana y viene empleándose, al parecer desde Schweppe<sup>264</sup>, habiendo tenido general aceptación, por designar abreviadamente y de modo satisfactorio, fundamento y carácter del privilegio<sup>265</sup>.

Aquí trataremos separadamente el caso en que un acreedor hipotecario posterior adelanta dinero que es empleado en la conservación de la cosa.

a) La creación del privilegio en favor del que adelantó dinero para la adquisición de la cosa se debe a Diocleciano:

C. 8, 17, 7 (Diocletianus, 293): *Licet isdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur,*

262. WIEACKER, 248.

263. Sobre esto, DERNBURG, II, 427 y sigs.; PRINGSHEIS, 151 y sigs.

264. Cit. DERNBURG, II, 247.

265. DERNBURG, II, 427.

quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur.

Ya Pringsheim<sup>266</sup> había destacado que la forma de concepción de este privilegio habla en favor de que ha sido dado aquí por vez primera y de que antes no existía.

Examinemos los textos que parecen estar en contradicción con nuestra tesis.

D. 20, 4, 21, 1 (Scaev. 27 Digest.): *Negotiatori marmorum creditur sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant: idem debitor conductor horreorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium suum extendit: quaesitum est, an iure pignoris eos creditor retinere possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse.*

Uno acreditó dinero a un negociante en mármoles bajo hipoteca de unos bloques de piedra, y con el dinero recibido pagó a los vendedores. El negociante había sido también arrendatario de unos horreos imperiales, y al no pagar las pensiones de unos años, el procurador imperial trató de vender los bloques de piedra para cobrarse con cargo al importe de la venta de los mismos. Se plantea la cuestión de la preferencia y responde Escévola que el acreedor puede retener los bloques de piedra *iure pignoris*. Si el fisco hubiera tenido un derecho de hipoteca sobre la cosa, como su deuda era más antigua, la preferencia del acreedor hipotecario sólo podría apoyarse en nuestro privilegio<sup>267</sup>. Pero, en realidad, en nuestro texto no se dice una palabra de que los bloques de piedra estuvieran hipotecados al fisco, y en una hipoteca tácita del fisco no hay ni siquiera que pensar, según hemos visto<sup>268</sup>

---

266. PRINGSHEIM, 153. No obstante, este autor no es consecuente. Respecto a D. 20, 4, 7, 1, no señala la interpolación y respecto a D. 20, 4, 3, 1, se remite, pág. 135, n. 5, a EISELE: SZ, 10 (1889), 313, quien, no obstante, sólo sospecha la interpolación desde *verum in ea quantitate*.

267. En este sentido, por ejemplo, SINTENIS: *Handbuch des gemeinen Pfandrechts* (1836), pág. 624.

268. *Supra*, § 9.

D. 20, 4, 3, 1 (Pap. 11 Resp.): Cum 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 praedium ei qui negotium gesserat solvisset: verum in ea quantitate quam solvisset eiusque usuris potioem fore constaret, nisi forte prior ei pecuniam offerat: quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praefendum].

Aquí se trata de un mandante, Ticio, que hipoteca un predio que le es debido por su mandatario, antes de que tenga lugar la tradición y después de la misma, a otro acreedor distinto. Papiniano concede la preferencia al que le fué hipotecada primeramente la cosa. El resto del fragmento contiene una porción de glosas que evidentemente no proceden de los compiladores. La primera de estas glosas contiene una aplicación del privilegio de la *versio in rem* pero inexacta. Aquí tiene lugar la tradición antes de la constitución de la hipoteca del segundo y; por tanto, no hay un nexo de causalidad entre el dinero que entrega el segundo y la eficacia del derecho de hipoteca del primero <sup>269</sup>. De otra parte, como advierte Koschaker <sup>270</sup>, en la primera parte del texto el predio es debido *ex mandato*, en tanto que en la segunda se aprecia que ha sido comprado por el mandatario por cuenta del mandante, con lo cual se introduce un elemento nuevo no mencionado en el supuesto del hecho. Por lo demás, nos ofrece el texto un magnífico ejemplo de cómo se han ido superponiendo cuatro glosas distintas. El primer glosador piensa en una *versio in rem* y trata de extender la solución de Papiniano en este sentido. El segundo vuelve a repetir lo mismo, pero piensa ya en las *usurae*. El tercero hace una reflexión sobre el *ius offerendi* del primero al segundo, y finalmente, el último generaliza más, y pensando en el supuesto en que el deudor reciba el dinero de otra fuente, concede la preferencia al primero. Como se ve, queda aquí de manifiesto un esfuerzo inútil de intentar prever todos los casos posibles.

<sup>269</sup>. Véase DERNBURG, II, 430, sobre el requisito del nexo causal.

<sup>270</sup>. KOSCHAKER: *Iura*, 4 (1953), pág. 56, n. 151.

Algunos textos conceden al pupilo una hipoteca tácita o un privilegio sobre la cosa que con su dinero compró el tutor.

D. 20, 4, 7 pr (Ulp. 3 Disp.): Idemque est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata. quare si duorum pupillorum nummis fuerit res comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in praetium rei fuerint expensae. quod si res non in totum ex nummis cuiusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est, et antiquioris et eius cuius nummis comparata est.

D. 27, 9, 3, pr. (35 Ed.): Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cuius pecunia sit emptus? et magis est, ut salvum sit ius pignoris secundum constitutionem imperatoris nostri et divi patris eius ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus.

C. 7, 8, 6 (Alexander, 222): Si tutor tuus de pecunia tua servos emptos manumisit, quoniam huiusmodi servi sicut ceterae res pupillaribus pecunis emptae iure pignoris ex constitutione divorum parentium meorum obligati sunt favore pupillorum liberi facti non sunt.

Los dos últimos textos se refieren a la misma constitución de Severo y Caracala. Como esta constitución no ha llegado hasta nosotros, pensó Pringsheim<sup>271</sup> en que quizá no se encuentra aquí un pensamiento genuinamente romano. Pero la referencia de ambos textos a la constitución es tan clara que no parece que se pueda dudar que existió una constitución de Severo y Caracala concediendo una hipoteca tácita en favor del pupilo<sup>272</sup>. En cambio, en D. 20, 4, 7, pr. la hipoteca legal va paralela al privilegio, por eso no se menciona la constitución de la hipoteca. Aquí los compiladores extendieron el privilegio de la *versio in rem* al pupilo, colocando sencillamente el texto de Ulpiano detrás de otros del mismo jurista que se referían al privilegio<sup>273</sup>.

En cambio, no se encuentra ninguna alusión a la *versio in rem* en D. 20, 4, 7, 1.

<sup>271</sup>. PRINGSHEIM, 154.

<sup>272</sup>. Es posible que esta constitución se refiera a un simple *privilegium exigendi*.

<sup>273</sup>. Compárese PRINGSHEIM, 153.

(Ulp. 3 Disp.): Si tibi quae habiturus sum obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore: [non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis empta non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat.]

El deudor había hipotecado a un acreedor todos los bienes futuros y a otro un fundo en el supuesto de que adquiriera la propiedad del mismo, lo que efectivamente sucede. El jurista cita la opinión de Marcelo afirmando que concurren ambos acreedores con su derecho de hipoteca <sup>274</sup>. Hasta aquí es clásico el fragmento. Sigue luego una glosa tan absurda que causa asombro el que en tan pocas palabras puedan encerrarse tantos desatinos. Intentaremos atisbar simplemente lo que el glosador quiso decir porque es difícil formarse una idea clara de lo que ahí se dice. El curso del pensamiento del glosador parece haber sido el siguiente: aun poniéndonos en el caso extremo de que el deudor hubiera adelantado el dinero, no por ello queda desvirtuada la decisión del jurista; porque aunque pueda parecer, que, como la cosa ha sido comprada con el dinero hipotecado, debe de gozar el primero de la preferencia. (*puesto que la cosa queda ahora hipotecada igual que lo estuvo el dinero*), no obstante hay que tener en cuenta que la cosa <sup>275</sup> también fué hipotecada *specialiter* al segundo. Beseler <sup>276</sup> destacó certeramente que del supuesto de hecho no se desprende no sólo que el deudor hubiera pagado, él mismo y con su propio dinero, antes o después de la adquisición, sino ni siquiera que hubiera adquirido precisamente por compra. Por otra parte, se desconoce en el razonamiento que sólo podría hablarse de una hipoteca del dinero (lo cual es, de todos modos absurdo) en el caso de que el deudor lo hubiera adquirido después de la constitución de la primera hipoteca. Por otro lado, se encuentra aquí una aplicación bien extraña del principio de subroga-

<sup>274</sup>. Sobre el problema, KOSCHAKER, 238 y sigs.

<sup>275</sup>. Incluso en este pequeño detalle se ha extendido la generalización del glosador, KOSCHAKER, 238.

<sup>276</sup>. BESELER, 4 211.

ción real: la idea de la sujeción hipotecaria del precio en lugar de la cosa le parece a Beseler tan absurda como para no merecer ni tan siquiera refutación<sup>277</sup>. El texto nos da, por lo demás, idea clara del abismo que se abre después de la época clásica. Aparece aquí un glosador preocupado por si la decisión que el clásico da para un caso concreto, puede ser aplicada a todos los casos imaginables. Para convencerse pone el supuesto más extremo que se se ocurre, quedando satisfecho al ver que así sucede. Ello explica la introducción de tantos elementos nuevos que no aparecen en el supuesto de hecho. Por lo demás, la glosa no puede ofrecer la menor duda de que no trata de una aplicación del privilegio de la *versio in rem*.

Con todo ello creemos haber demostrado que el privilegio del que adelantó dinero para la adquisición de la cosa no es clásico.

b) Distinto es el caso que aparece en las fuentes en que un acreedor hipotecario posterior adelanta dinero que es empleado para la conservación de la cosa.

Aparece aquí como un postulado de equidad el conceder la preferencia al que adelantó el dinero<sup>278</sup>.

Se encuentra por primera vez nuestro privilegio en Ulpiano que lo da por supuesto. De todos modos, es difícil, como dice Dernburg<sup>279</sup>, que sea anterior a la época de los Severos.

D. 20, 4, 5 (Ulp. 3 Disp.): Interdum posterior potior est priori, ut puta, si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero.

Eod. 6. (idem. 75 Ed.): 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. item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit: nam et ipsum naulum potentius est. tantundem dicetur, etsi merces horreorum vel areae vel vecturae iumentorum debetur: nam et hic potentior erit.

277. BESELER, 4, 211.

278. DERNBURG, II, 427.

279. DERNBURG, II, 427.

Ulpiano refiere el privilegio a un acreedor hipotecario inferior en rango. De no tratarse de un acreedor hipotecario sería necesaria la constitución de una hipoteca para que el privilegio pudiera tener aplicación. Además se necesita un nexo causal, y así lo exige el primero de estos textos, entre el dinero adelantado y el empleo de que él se hace. También se exige que se acredite con una intención determinada.

En el fr. 6 expone Ulpiano la razón del privilegio, diciendo que gracias a él se salvó la causa de la prenda. Finalmente, cita algunos ejemplos cuya clasicidad no estaría completamente asegurada <sup>280</sup>.

### CAPÍTULO III

#### MODIFICACIONES DEL RANGO HIPOTECARIO

##### A) *Sucesión hipotecaria.*

§ II. Bajo el nombre de sucesión hipotecaria suelen englobarse una porción de casos, que se encuentran en las fuentes que, no obstante su radical diversidad, tienen como característica común la subrogación en los derechos de un acreedor hipotecario, sin que su consentimiento sea necesario <sup>281</sup>.

Estos casos son: 1. Subrogación de un tercero en los derechos de un acreedor hipotecario. 2. *Ius offerendi*. 3. Novación de un crédito con constitución de una nueva hipoteca. 4. Compra de la cosa hipotecada con la cláusula de que con el precio de venta será satisfecho el primer acreedor <sup>282</sup>.

En todos estos casos se extingue la hipoteca precedente ocupando su lugar otra nueva.

Hasta Dernburg se había creído que en la sucesión hipotecaria se transmitía la hipoteca del acreedor anterior al que sucedía. Corresponde a este autor el mérito de haber hecho una crí-

<sup>280</sup>. Vid. *Index ad h. l.*

<sup>281</sup>. DERNBURG, II, 491. En los tratados de Pandectas suele estudiarse el problema bajo el epígrafe «Adquisición de un derecho de hipoteca».

<sup>282</sup>. DERNBURG, II, 490; WINSCHIED-KIPP, I, 1973.

tica de la opinión dominante exponiendo, claramente, la verdadera naturaleza del problema. Dernburg comienza explicando el concepto de sucesión originaria y sucesión derivativa. Si bien es cierto que la sucesión corriente consiste en que un derecho ajeno se separe de su anterior titular y se transmita a su sucesor, no lo es, en cambio, el pensar únicamente en tales casos, cuando se habla de sucesión<sup>283</sup>. Frecuentemente se da el supuesto de que se constituya un derecho en la persona del sucesor desde un principio y originariamente, pero como consecuencia de su naturaleza interna, después de la extinción del derecho anterior ocupe una posición totalmente idéntica a éste<sup>284</sup>. Pasando a la sucesión hipotecaria enseña Dernburg que son posibles dos formas de concebir esta relación: o bien se considera que el derecho del acreedor hipotecario anterior se separa de la persona del mismo y pasa a su sucesor, o se puede pensar también que el propio derecho del sucesor mejora, después de la desaparición de su precesor y ocupa la posición jurídica que éste tenía<sup>285</sup>. Contra la primera forma de considerar la relación se dirige Dernburg, defendiendo la segunda. He aquí sus argumentos: 1) Si se defiende la idea de que se transmite el derecho al sucesor en la sucesión hipotecaria, aparece la anomalía, difícil de explicar, de que sucede sin que sea necesario el consentimiento del titular anterior del derecho. 2) Por otra parte, hay que admitir, en algunos casos, que el derecho de hipoteca se separa del crédito, para cuya seguridad fué constituido, vinculándose a otro nuevo. 3) Y, finalmente, no se puede conservar un concepto unitario de sucesión hipotecaria puesto que en el *ius offerendi* pasaría un derecho de crédito ajeno con su hipoteca al sucesor, mientras que en otros casos se separaría la hipoteca anterior de su crédito originario para vincularse a otro nuevo<sup>286</sup>. Por todas estas razones cree Dernburg que la sucesión hipotecaria es la transmisión del rango y posición de un derecho de hipoteca que se extingue a un derecho de

---

283. DERNBURG, II, 491.

284. DERNBURG, II, 491.

285. DERNBURG, II, 493.

286. DERNBURG, II, 494.

hipoteca posterior <sup>287</sup>. La doctrina de Dernburg, meritoria por su acercamiento a las concepciones jurídicas romanas fué seguida, en líneas generales, por Fritz Schulz <sup>288</sup>

La doctrina moderna ha avanzado mucho en la determinación del concepto romano de sucesión desde las fundamentales investigaciones de Longo <sup>289</sup> y de Bonfante <sup>290</sup>. No obstante, el problema de la sucesión hipotecaria no ha sido tratado por los autores más que de pasada <sup>291</sup>. Los autores modernos están de acuerdo en afirmar la clasicidad de la expresión *successio in locum* aplicada a nuestra relación <sup>292</sup>. Ambrosino, considerando la clasicidad de esta expresión, señala que indica un subentrar material de alguno «en el puesto de» o «en vez de» otro <sup>293</sup>. De este modo el que sucede *in locum* no adquiere propiamente uno o más derechos, sino que pasa a ocupar una posición jurídica en la que se resumen estos distintos derechos. 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. El rango no sería, de este modo, una cualidad interna de la hipoteca, sino que más bien se consideraría que estaba determinado por elementos externos como pudiera ser la existencia de hipotecas anteriores o la de una causa por la que una hipoteca posterior ocuparía una posición más favorable a otra anterior <sup>294</sup>. Es muy importante que tengamos en cuenta lo expuesto hasta aquí para poder comprender los casos que a continuación exponemos.

§ 12. El caso más antiguo de sucesión hipotecaria es el contenido en D. 20, 3, 3. Propiamente no se puede hablar en

287. DERNBURG, II, 496.

288. SCHULZ : SZ, 27 (1906), pág. 104.

289. LONGO : Bull., 14 (1902), págs. 127 y sigs., y 15 (1903), págs. 263 y sigs.

290. BONFANTE : Corso di diritto romano, 6 (1930), págs. 4 y sigs.

291. Así, por ejemplo, AMBROSINO, en su fundamental estudio sobre *successio in ius successio in locum-successio*, en SDHI, 11 (1945), pág. 101.

292. Comp. AMBROSINO, pág. 101; D'ORS : St. Albertario, 2, págs. 286 y sigs.

293. AMBROSINO : Loc. cit.

294. Véase a este respecto, D. 20, 6, 12, pr. infra.

este supuesto de modificaciones de rango porque lo que hay aquí es una subrogación de un tercero en los derechos de un acreedor hipotecario único <sup>295</sup>. A nosotros nos interesa especialmente porque es, como hemos visto, el punto de partida de toda una evolución histórica <sup>296</sup>. La extinción de la hipoteca anterior es indiscutible si se piensa que el primer acreedor ha sido satisfecho y, por tanto, al extinguirse su obligación, se extinguen también todos los derechos reales accesorios que ésta llevaba consigo. El que la hipoteca anterior se extinga y no pase a otro acreedor es lógico si se piensa que es absurdo que se separe de su antigua obligación y se vincule a otra nueva <sup>297</sup>. Por otra parte, no tendría sentido el exigir la constitución de una segunda hipoteca. En el caso planteado por Pomponio, en D. 13, 7, 2, <sup>298</sup>, de uno que adelanta dinero para pagar a un acreedor hipotecario, después que la cosa ha sido ya vendida, y entregada por el deudor, no se comprendería en la solución dada por el jurista el por qué el comprador recibe la cosa libre, verificándose un tránsito de la hipoteca del primero al segundo. Por el contrario, debería aquí haber una subsistencia de la hipoteca y adquirir el comprador la cosa *cum sua causa* <sup>299</sup>.

Por todas estas razones, hoy día no puede haber duda de que hay una hipoteca que se extingue y otra que surge, ocupando su lugar. Solamente en una época en que se utilizaba el Derecho romano para hacer construcciones dogmáticas, pudo sostenerse lo contrario.

Ya hemos visto la extraordinaria importancia que este caso reviste en la historia de las sucesivas hipotecas. Ahora conviene tener presente lo dicho anteriormente <sup>300</sup>, porque este caso da lugar, tanto a que surja la segunda hipoteca como el *ius offerendi*.

§ 13. Entendemos por *ius offerendi* el derecho que tiene el segundo acreedor hipotecario a satisfacer al primero, ocupan-

295. Supra, § 2.

296. Supra, § 2.

297. DERNBURG, II, 494.

298. Supra, § 2.

299. DERNBURG, II, 499.

300. Supra, § 2.

do de este modo su lugar. Según la línea de desarrollo de la segunda hipoteca que hemos expuesto, el *ius offerendi* surge con ella, por tanto, con Juliano. Partiendo del caso expuesto en el apartado anterior, vemos cómo en el momento en que se reconozca que no es necesario que el primer acreedor sea satisfecho inmediatamente, sino que puede constituirse una hipoteca, con la condición de que el primero sea satisfecho, tendremos que habrá surgido la segunda hipoteca. Ahora bien, el derecho del segundo acreedor nada valdría si no se le concediera el derecho a satisfacer al primero y a ocupar su lugar. En tal caso resulta que si el primero amenaza con vender la cosa <sup>301</sup>, el segundo tiene siempre la posibilidad de satisfacerle <sup>302</sup>, realizando la venta y cobrándose su crédito y lo que al primer acreedor pagó. Por tanto, el *ius offerendi* es en Roma, siempre, un elemento esencial de la segunda hipoteca y surge con ella. Kaser <sup>303</sup> enuncia la posibilidad de que el *ius offerendi* haya sido introducido por las constituciones imperiales. Cita a este respecto la constitución más antigua contenida en el Codex. C. 8, 17, 1, del año 197. Pero Gayo según D. 20, 4, 11, 4, conoce ya el *ius offerendi* <sup>304</sup> y Africano refiriendo una decisión de Juliano nos dice: *tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus* donde, desde luego, no se distingue si el pago lo hace el deudor o el segundo (D. 20, 4, 9, 3) <sup>305</sup>. Queda, pues, claro que Juliano, que es el inventor de la segunda hipoteca, según creemos haber demostrado, lo es también del *ius offerendi*.

Muy importante es la explicación de la naturaleza jurídica del *ius offerendi*. Aquí, desde luego, se pone de manifiesto que no existe una transmisión de la hipoteca del primero al segundo.

301. Es muy posible que el acreedor antes de vender estuviera obligado a avisarlo. *Paul. Sent.* 2, 3, 1: *Creditor si [simpliciter sibi] pignus [depositum] distrahere velit, [ter] ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.* Corchetes según Levy, 187. Vid. también *Interpretatio, Paul. Sent.*, 2, 13, 3.

302. *Supra*, § 3.

303. KASER, 392, n. 35.

304. *Supra*, § 3.

305. MANIGK: *RE*, 20, pág. 1280, presupone, erróneamente, que el pago es realizado por el deudor.

Con el pago se extingue la hipoteca del primero<sup>306</sup> y la segunda pasa a ocupar el rango de aquélla. De lo contrario no tendría sentido decir que la hipoteca del segundo se confirma con el pago hecho al primero<sup>307</sup>. Por el contrario, si tenemos en cuenta todo lo dicho a propósito de la condicionalidad de la segunda hipoteca<sup>308</sup> estaremos en situación de comprender el pensamiento genuinamente romano. Ya expusimos que la segunda hipoteca estaba condicionada a la extinción de la primera. Con el pago del segundo, al primero se extinguía la hipoteca de éste y la de aquél alcanzaba su amplitud normal. El límite que los juristas romanos pusieron a la segunda hipoteca tenía como finalidad el que no se perjudicara el derecho, anterior, del primero. Ahora bien, una vez extinguida la hipoteca del primero ya no había razón para que la hipoteca del segundo siguiera, aún, comprimida. La extinción de la hipoteca del primero hacía que el segundo gozara ya de acción hipotecaria y *ius distrahendi*. Esto es claro y como consecuencia también lo es el que aquí no pueda hablarse de que pasen estos derechos del primero al segundo. Ahora puede comprenderse, claramente, en qué sentido emplean las fuentes la expresión *confirmare*: con ella quiere simplemente decirse que la hipoteca adquiere toda su extensión. Las fuentes concuerdan con esta interpretación:

Paul. Sent. II, 13, 8: *Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. [sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit.]*

C. 8, 17, 8 (Diocletianus, 293) (309).

C. 8, 19, 3 (Diocletianus, 294): *Quominus creditor, qui ante pignus accepit, distrahat, non offerendo secundus priori debitum interpellare non potest.*

Todas estas consideraciones se refieren al crédito y a la hipoteca del segundo. Ahora bien, ¿cuál es la suerte del dinero pagado al primer acreedor? Las fuentes contestan a esta pre-

306. Sobre este punto, DERNBURG, II, 519.

307. D. 20,5, 6; D. 48, 13, 12, 12; C. 8, 13, 22; C. 8, 15, 17, 8.

308. Supra, § 3.

309. Supra, § 4.

gunta unitariamente: el segundo al vender puede cobrarse tanto su propio crédito, como lo que pagó al primer acreedor.

D. 49, 15, 12, 12 (Trif. 4 dis.): Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur, et si creditor obtulerit ei, qui redemit, quanto redemptus est, habet obligationem et in priorem debiti causam et in eam summam qua eum liberavit, [quasi ea obligatione quadam constitutione inducta:] ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa: nisi quod in hoc conversa res est et posterior, quia eum servum, ut apud nos esset, efficit, ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est.

D. 20, 4, 12, 6 (Marcian, ad form. hyp.): Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum quam in primi creditoris et in usuras suas et quas primo creditori solvit: sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur: non enim negotium alterius gessit, sed magis suum, et ita Papinianus libro tertio responsorum scripsit, et verum est.

D. 20, 5, 5, pr. (Marcian, ad form. hyp.): Cum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.

En la lex 12 se trata de un esclavo que ha sido hipotecado antes del cautiverio y luego es rescatado. Se afirma que, satisfecho el *redemptor*, vuelve a la antigua afección, y que si el acreedor ofrece la cantidad por la que el esclavo ha sido rescatado, le quedara afecto el esclavo tanto por lo que su propio crédito importa como por lo que pagó. Sigue luego una comparación que es la que a nosotros interesa directamente: igual sucede con la afección que introduce cierta constitución para el caso de que el segundo pagara al primero para confirmar su hipoteca, solamente que aquí la cosa se desarrolla de otro modo y el acreedor posterior ha de ser satisfecho por el anterior porque hizo que el esclavo saliera de la cautividad. Como se ve, Trifonino admite que, una vez satisfecho el primero, pueda el segundo, al vender, cobrarse tanto su propio crédito como lo que pagó a aquél.

El mismo concepto de afección aparece en la lex 12, 6 de Marciano, y la lex 5 habla de *pecuniam solutam et creditam*.

Schulz piensa que, quizá, esta sujeción de la cosa hipotecada, al segundo por el dinero que pagó haya sido introducida por las constituciones imperiales y que a esto se refiera la *quaedam constitutio* de Trifonino <sup>310</sup>. Hasta qué punto esta frase sea clásica es una cuestión difícil de determinar. Ahora bien, lo que es cierto es que esa constitución, a lo sumo, vino a consagrar algo que venía ya haciéndose en la práctica, si es que realmente existió. Afirmar lo contrario sería desconocer la función económica del *ius offerendi*. En favor de que fuera una glosa parecería hablar la vaguedad de la expresión *quaedam constitutio*, la palabra *inducta*, que va contra lo que hemos dicho anteriormente y la posición que la frase ocupa en el texto.

Muy importante es también el destacar que el segundo no puede comprar la cosa hipotecada al primero. Se considera que si paga al primero es en virtud de un ejercicio del *ius offerendi*. D. 20, 5, 6 (Modes, 8 reg.):

Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris sui causa intellegitur pecuniam dedisse et ideo offerri ei a debitore potest.

Otro problema que se presenta es el de si el primer acreedor puede también ofrecer al segundo como éste al primero <sup>311</sup>. Según el derecho clásico no, pero en la época postclásica va abriéndose poco a poco paso una tendencia que admite que también el primero pueda ofrecer. La glosa se aprecia, claramente, en D. 20, 4, 3, 1 <sup>312</sup> y en las Sent. de Paulo II, 13, 8 <sup>313</sup>.

§ 14. Un caso muy interesante para el problema de la *successio in locum* es el de la novación. En el caso de una cosa hipotecada a varios, si el primer acreedor nova la obligación con el deudor, y conviene con éste que la misma cosa le quede hipotecada de nuevo, conserva su rango.

D. 20, 4, 21, pr. <sup>314</sup>

D. 20, 4, 12, 5, <sup>315</sup>

310. SCHULZ: SZ, 27 (1906), pág. 108.

311. Vid. DERNBURG, II, 530, con bibliografía.

312. Supra, § 10.

313. Supra, § 13.

314. Supra, § 9.

315. Supra, § 4.

D. 20, 4, 3, pr. (Pap. 11 resp.): Creditor acceptis pignoribus, (quae secunda conventionione secundus creditor accepit) novatione postea facta pignora prioribus addidit, superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit tamquam in suum locum succedenti.

Dice Wieacker <sup>316</sup>, respecto a la lex 21, que el jurista elude el problema de si no se habrá extinguido la hipoteca de Seia; pero, en realidad lo que Escévola hace es, dar por supuesto que el acreedor anterior conserva su rango al hacerse la novación. La lex 12, 5 y la lex 3, pr. contienen una misma decisión de Papiano. Aquí la preferencia del mismo se basa en que sucede *in locum*. Nótese que no se dice una palabra de que el acreedor hipotecario haya convenido expresamente con el deudor que se le reserve el rango. El fundamento es, por el contrario, una *successio in locum*. Para los autores que consideren que en la *successio in locum* lo que se transmite es la hipoteca, y no el rango, la decisión del jurisconsulto debe de resultar ininteligible. En efecto, con la novación se extingue la obligación anterior y con ella todos los derechos reales accesorios <sup>317</sup>. Por eso, es necesaria la constitución de una nueva hipoteca que viene a ocupar el lugar de la anterior y, por tanto, su rango. Fundamento de la decisión del jurista no puede ser otro que la equidad: en efecto, sería injusto que el segundo ocupara con su hipoteca el lugar del primero sin haber hecho nada por lograrlo.

§ 15. El comprador que adquiere una cosa gravada con varias hipotecas y conviene con el deudor que el precio de venta se destinará a satisfacer al primer acreedor hipotecario, sucede en el lugar de éste, es decir, ocupa con su derecho de propiedad la misma posición que tenía el primer acreedor hipotecario <sup>318</sup>. En este caso no se exige, como es natural, constitución de una hipoteca por el comprador, pues sería absurdo que el comprador tuviera una hipoteca sobre cosa propia <sup>319</sup>. El comprador no tiene acción hipotecaria ni la necesita para nada, puesto que

316. WIEACKER, 246.

317. D. 13, 7, 11, 1.

318. DERNBURG, II, 514.

319. DERNBURG, II, 517.

puede reivindicar la cosa en virtud de su derecho de propiedad. De modo que aquí se plantea el problema del rango no sólo entre acreedores hipotecarios sino también con el propietario.

Algunos textos tratan de nuestro problema:

D. 20, 4, 17 (Paul. 56 resp.): Eum qui a debitore suo praedium comparavit eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

D. 20, 5, 3, 1 (Pap. 3 resp.): Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit eiusque praetium priori creditori solverit, emptori poterit offerri quod ad alium creditorem de nummis eius pervenit et usurae medii temporis: nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit an denuo pignori obliget.

C. 8, 18 (19), 3 (Alexander, 224): Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut praetium perveniret ad eosdem priores creditores, in ius eorum successisti et contra eos qui infirmiores illis fuerunt, iusta defensione tueri potest.

En la lex 17 se protege, expresamente, el comprador que convino con el deudor que el precio de venta se destinaría a satisfacer al primer acreedor. Se exige como requisito esencial el que el dinero llegue verdaderamente a manos del primer acreedor. Es de notar que este caso constituye una extensión de los supuestos antes analizados<sup>320</sup>, basados en los mismos fundamentos de aquéllos. También del fr. 3. puede deducirse la protección del comprador. Aquí se admite el hecho de que en el caso de que el deudor venda y pague al primero, pueda el segundo<sup>321</sup> ofrecer al comprador. Si el derecho del comprador no fuera más fuerte que el del segundo carecería de sentido el ejercicio del *ius offerendi*. Se podría sustituir en el texto *alium* por *priorem* porque de lo contrario no tiene el fragmento sentido. Como a esta palabra precede un error del copista existe la posibilidad de que éste sea otro. El texto de las Basílicas no ofrece lugar a dudas<sup>322</sup>. En la lex 3 del Codex contesta el emperador Alejandro Severo a uno que pretende

320. Supra, en este mismo capítulo.

321. Vid. DERNBURG, II, 515.

322. B. 25, 7, 13: εἰ μέντοι ὁ Χρεώστης πωλήσει καὶ τὰς τιμὰς καταβάλῃ τῷ πρώτῳ, καλῶς ὁ δεύτερος προσφέρει τῷ ἀγοραστῇ τὸ ροθὲν ἐκ τῶν τιμῶν τῷ πρώτῳ μετὰ τῶν ἐν μέσῳ τόκων.

haber comprado la posesión de la cosa, dando al deudor dinero con el que son satisfechos los acreedores preferentes. En la respuesta se afirma la *successio in ius*<sup>323</sup> contra los acreedores que fueron inferiores en rango.

Nada tiene que ver, en cambio, con nuestro caso, contra lo que Dernburg<sup>324</sup> y Winscheid<sup>325</sup> afirman, la frase contenida en D. 20, 3, 3 *quo casu emptoris causa melior efficietur*. Ya hemos visto que este caso trata de la subrogación de un tercero en el puesto de un acreedor hipotecario único. El fundamento de que el derecho del comprador sea más fuerte no es, por otra parte, que su dinero haya llegado al primer acreedor, puesto que en el supuesto de hecho se nos dice precisamente lo contrario; sino mucho más que el segundo no ha constituido hipoteca. Por lo demás, ya hemos visto que en esa frase nos encontramos con una glosa, que tiene por misión extender la solución dada por el jurista a otro supuesto.

Dernburg<sup>326</sup> ha destacado la dificultad con que se encuentran los autores que consideran que en la sucesión hipotecaria hay un tránsito del derecho de hipoteca del primer acreedor a su sucesor. Y cita a Göschen<sup>327</sup>. «En este caso concurren una porción de anomalías. De una parte, el comprador sucede en el derecho de hipoteca sin que el crédito pase a él; además puede darse el caso de que no tenga ni siquiera crédito propio. Por otra parte, la sucesión tiene lugar sin que sea necesaria una actividad de parte de quien se sucede. Finalmente el comprador es propietario y acreedor hipotecario al mismo tiempo.» Como se ve, ahí más que una porción de anomalías lo que hay son elementos para una formidable reducción *ad absurdum*.

En definitiva, corresponde también a Dernburg<sup>328</sup>, cuyas conclusiones acepta Schulz<sup>329</sup>, el mérito de ser el primero que

323. Sobre el término *successio in ius*, D'ORS: *St. Albertario*, 2, págs. 285 y sigs.

324. DERNBURG, II, 517.

325. WINSCHIED-KIPP, 1175, n. 10.

326. DERNBURG, II, 514.

327. GÖSCHEN, cit. DERNBURG, II, 514.

328. DERNBURG, II, 514.

329. SCHULZ: *Loc. cit.*

comprendió que el comprador ocupa con su derecho de propiedad el lugar que el primer acreedor tenía. Por eso, puede decirse que también en este caso nos encontramos ante una *successio in locum*.

b) Otras modificaciones del rango.

§ 16. Un caso de modificación del rango que, no obstante, no da lugar a una *successio in locum* es el de modificación producida por sentencia judicial.

D. 20, 4, 16 (Paul. 3 Quaes.): Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutythianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori: cum Eutythiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat: Turbo apud alium iudicem victus appellaverat: quaerebatur; utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet. [plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit: fuerunt igitur qui dicerent hic quoque tertium creditorem potiozem esse deberet. mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. pone primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem et exceptione aliove quomodo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? aut contra si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium obtinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem?] nullo modo, ut opinor. igitur nec tertius creditor successit in eius locum quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur (330).

Claudio Félix había hipotecado un mismo fundo a tres acreedores distintos: a Eutiquiana, a Turbón y a otro. Vencida Eutiquiana no apeló y, en cambio, Turbón que también había sido vencido, sí. El problema que se plantea es el de si el tercer acreedor debía vencer a Turbón por haber vencido también a Eutiquiana. El jurisconsulto contesta acertadamente que ni el tercer acreedor sucede *in locum* del que venció, ni la cosa juzgada debe de perjudicar o aprovechar a otros que no sean los que intervinieron en el juicio. Con ello nace el llamado *circulus*

*inextrincabilis*: ¿quién puede aquí ejercitar los derechos inherentes a la prioridad. Dernburg propone como solución más sencilla, un ejercicio del *ius offerendi* del segundo al primero. Como quiera que la sentencia no debé ni de aprovechar ni de perjudicar al segundo, resulta que el primero puede dirigirse siempre contra el segundo, y, por tanto, éste ofrecer y consolidar con ello su derecho. Se podría objetar en favor del tercero, sigue Dernburg, que éste antecede al primero en virtud de una sentencia judicial válida, y que como el segundo sucedió en el lugar del primero, no puede pretender más derecho de los que el acreedor satisfecho tenía. Pero el segundo justificaría su preferencia frente al tercero de este modo: Yo adquirí en el momento en que el deudor me constituyó la segunda hipoteca, con ello, el derecho a consolidar mi hipoteca mediante el pago hecho al primero ocupando su lugar. A mí no se me puede privar de esta facultad por una disposición ulterior entre el primero y el tercero, a través de un proceso en que yo no tomé parte. Por tanto, puedo hacerme con el derecho del primero tal y como era en el momento de la constitución de mi hipoteca<sup>331</sup>. Hasta aquí Dernburg. Su solución tiene el inconveniente de que desde luego, no se trata de privar al segundo de su *ius offerendi*, sino que, admitiendo que éste puede ofrecer, el problema que se plantea es si ha de ofrecer, al primero o al tercero que lo venció, y que, por tanto, tiene mejor derecho. Como se ve, el caso planteado puede servir para ejercicios dialécticos por lo complicada que se presenta su solución. En realidad, lo que hemos de pensar aquí es que se trata de una situación transitoria a la que una nueva sentencia judicial habrá de poner fin.

§ 17. Otro caso en que tampoco se encuentra una *successio in locum* es la renuncia al rango. La renuncia del primero no fué concebida por los juristas romanos en el sentido de considerar que el primero ocupaba el lugar del segundo y éste el lugar de aquél, sino que se consideró que el obstáculo que la hipoteca del primero suponía para la del segundo había sido removido con la renuncia. Con ello, la hipoteca del segundo

311. DERNBURG, II, 466.

se extendía al no ser ya comprimida por la del primero, pudiendo, por tanto, aquél vender y ejercitar la acción hipotecaria *erga omnes*. Consecuencia de esto es que renunciando el primero en favor del tercero quedara todavía el obstáculo de la hipoteca del segundo.

D. 16, 1, 17, 1 (Afr. 4 Quaes.): Si mulier dixisset sibi rem dotis nomine obligatam et creditor curasset ei pecuniam dotis solvi, qui idem pignus acciperet, et mulieri etiam pecunia credita deberetur: si possessor creditor adversus eam Serviana agentem exciperet si non voluntate eius pignus datum esset, replicationem mulieri senatus consulti non profuturam, [nisi creditor scisset etiam aliam pecuniam ei deberi.]

Muy complicado se presenta aquí el supuesto de hecho, por el modo como está redactado el texto. A simple vista resulta algo extraña la posición que la frase *qui idem pignus acciperet* ocupa en el texto. Mommsen, en la edición del Digesto, lee *quin* en vez de *qui*, pero ello no resuelve nada y nos plantea, además, una contradicción con la segunda parte del fragmento. Por otra parte, y ésta es la objeción principal que a Mommsen se puede hacer, su apreciación va tanto contra la lección de la Florentina como, contra la de las Basílicas. En realidad, bastaría considerar la oración *qui acciperet* como final para que cobrase el texto un sentido claro. En favor de esta interpretación parecería también hablar la versión griega del texto contenido en las Basílicas<sup>332</sup>: *Ἐάν μέλλοντός μου δανείξῃσιν σοι καὶ λαμβάνῃσιν ἐνέχυρον...* Ayudándonos con esta versión que es más clara que el texto del Digesto, vemos cómo el supuesto de hecho es el siguiente<sup>333</sup>: Uno quería acreditar dinero y recibir una cosa en prenda; surge entonces la mujer afirmando que la cosa le había ya sido hipotecada a ella por la dote, por lo que el acree-

332. B. 26, 7, 48, 1: *Ἐάν μέλλοντός μου δανείξῃσιν σοι λαμβάνῃσιν ἐνέχυρον, εἴπη γυνή τό πρῶγμα περί προικὸς αὐτῆ προὔποκείσθαι, ἧτις καὶ ἀπὸ δανείου ἐκεχρεώσεται, καὶ παρακρούσας αὐτὴν πληρωθῆναι τὴν προῖκα, λάβω τό ἐνέχυρον, οὐ καλῶς κινεῖ τὴν Σερβιανὴν κατ' ἐμοῦ, εἰ με ἦδειν καὶ ἄλλα χρήματα αὐτῆν ἐποφείλεσθαι.*

333. Una exposición exacta del supuesto de hecho puede encontrarse en MEDICUS: *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum* (1957), pág. 98.

dor procura que se realice el pago a ésta, con el fin de recibir él la cosa en prenda; y así se hace. Posteriormente, accionando la mujer con la acción Serviana le opone el acreedor la excepción de que la prenda le ha sido dada con el consentimiento de la mujer<sup>334</sup>; ésta, a su vez, le opone la réplica del Senado consulto Veleiano, que no prospera. Hasta aquí la solución de Juliano-Africano. Sigue luego una glosa señalada por Vogt<sup>335</sup>. Y con razón, por introducir un elemento nuevo en la solución que no aparece en el supuesto de hecho. Medicus<sup>336</sup> ha intentado desmentir esta apreciación de Vogt. La cuestión no está exenta de importancia, pues de ella depende la interpretación que del fragmento se dé. Si se afirma que la frase *nisi-fin* es una glosa, entonces aparece como fundamento de la decisión el que la renuncia de la mujer no constituye intercesión, y de ahí se deduce la inaplicabilidad de la *replicatio Senatus consulti*. Si se defiende, en cambio, la clasicidad de la frase se está afirmando con ello que ahí se encuentra una intercesión. Entonces hay que fundar la decisión del jurisconsulto<sup>337</sup> en una porción de textos que contienen el mismo principio fundamental<sup>338</sup>. Para sostener su interpretación tiene Medicus que crear una distinción sin base conceptual y sin apoyo en las fuentes. En D. 16, 1, 8, pr. afirma Juliano que la *pignoris datio* constituye intercesión y, en cambio, la *remissio pignoris*, no. Medicus hace aquí la siguiente distinción: en tanto que la renuncia a la hipoteca no constituye intercesión, si lo es, en cambio, la renuncia del rango. Luego, nos ofrece Medicus una analogía: en tanto que en la cesión del rango retrocede el derecho de hipoteca propio detrás del ajeno, en la constitución de hipoteca, lo que retrocede es la propiedad. Por eso, como la *pignoris datio* constituye una intercesión síguese que también lo es la cesión de rango<sup>339</sup>. Consecuente-

334. Vid. el texto de Marciano que a continuación exponemos.

335. VOGT: *Studien zur S. C. Velleianum* (1952), pág. 11, n. 7.

336. MEDICUS: Loc. cit.

337. El estilo indirecto (*profuturam*) hay que referirlo a Juliano.

338. D. 16, 1, 2, 3; D. 16, 1, 4. Vid., además, los textos citados por MEDICUS: O. cit., pág. 55.

339. MEDICUS: Op. cit., pág. 99.

mente, afirma Medicus que en nuestro texto se encuentra una cesión de rango. Esta opinión no podemos seguirla: no podemos, en modo alguno, estar de acuerdo en establecer, de una parte, una sutil distinción y de otra una grosera equiparación. La posibilidad de que nuestro texto trate de una cesión de rango no está totalmente excluida por Vogt<sup>340</sup> y habría que basarla en que la mujer no ha tenido la menor intención de renunciar a su derecho de hipoteca. Un texto de Marciano parece confirmar esta apreciación.

D. 20, 4, 12, 4 (Marcian. de form. hyp.): Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit: pecunia autem soluta secundo an rursus teneatur tibi, recte quaeritur. erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit, utrum, ut discedatur ab hypotheca in totum, prior concessit creditor alii obligari hypothecam, an ut ordo servetur et prior creditor secundo loco constituatur.

Mommsen suple *invertatur* en vez de *servetur* y esto le hace decir a Beseler<sup>341</sup>: *invertatur* no está en el ámbito del *Vocabularium*. Se encuentra, por concesión graciosa de Mommsen en D. 20, 4, 12, 4. Estimamos infundado el ataque de Beseler. Le hubiera bastado mirar en el *Vocabularium* bajo *vertatur* para encontrar lo que buscaba, pues sabido es que una característica saliente del latín de los juristas clásicos es el empleo del *simplex*<sup>342</sup>. Más no es ésta la única solución posible: se podría incluso leer en lugar de *et, ita ut* y quedaría todo explicado. Nosotros, desde luego, creemos que el texto tal como aparece en la Florentina no ofrece dificultades insuperables a este respecto: Basta traducir la palabra *ordo* con un artículo indeterminado para que quede clara la naturaleza del problema planteado. De este modo, viene contrapuesto el caso en que hay un solo acreedor al caso en que hay varios, y en que, por tanto, debe de «observarse un orden».

340. VOGT: Loc. cit.

341. BESELER: SZ, 66 (1948), sub *invertere*.

342. Abundantes ejemplos en KALB: *Das Juristenlatein* (1868), págs. 87 y sigs.

El supuesto de hecho que el texto plantea es el siguiente: El primer acreedor había permitido que se hipotecara al segundo <sup>343</sup>. Fundado en este consentimiento concede el jurista la preferencia al segundo. Luego, se plantea el problema de si, una vez satisfecho éste, estará la cosa hipotecada al primero. El jurista contesta acertadamente que es una cuestión de hecho e invoca la voluntad de las partes: lo que hay que determinar es si lo que se pretendió, es que hubiera una mutación de la jerarquía hipotecaria o, por el contrario, que el primero se separara de su hipoteca *in totum*. Beseler <sup>344</sup> afirma que la cuestión que se plantea en la frase *pecunia-tibi* está ya contestada por la palabra *potior*. Pero esto es inexacto: *potior* tiene aquí un sentido general que viene concretado en la segunda parte del fragmento. En cambio, es acertada la crítica que Beseler hace de la palabra *rursus* porque si la hipoteca del primero existe verdaderamente, no ha dejado, en tal caso, de existir en ningún momento. Por eso, creemos que se trata de un glosema.

Muy interesante para comprender la idea que los romanos tuvieron del rango es el siguiente texto de Paulo:

D. 20, 6, 12, pr. (Paul. 5 resp.): Paulus respondit Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, ius suum pignoris remississe videri, non etiam tertium in locum eius successisse, et ideo medii creditores meliorem causam effectam. idem observandum est et si res publica tertio loco crediderit.

La renuncia hecha por el primer acreedor al rango no supone una *successio in locum* del tercero en su lugar. El segundo tiene, por tanto, preferencia. La única justificación posible de la decisión del jurista es la consideración que ya antes apuntamos, removido el obstáculo que la hipoteca del primero suponía, queda aún el obstáculo de la del segundo. Consecuencia inmediata de que no haya una *successio in locum* del tercero en el puesto del primero, había de ser, la no admisión por el

343. Vid. la *exceptio* que se encuentra en el texto citado anteriormente.

344. BESELER: Loc. cit.

Derecho de la permuta de rango. Cómo se pudo llegar, no obstante, en el caso de ser simplemente dos los acreedores hipotecarios al mismo resultado es algo que puede deducirse del texto de Marciano (D. 20, 4, 12, 4), ya examinado <sup>345</sup>.

#### § 18. CONCLUSIONES

I. El negocio de subrogación en el puesto de un acreedor hipotecario único es el punto de partida de la segunda hipoteca. El enigma de su condicionalidad queda, de este modo, satisfactoriamente resuelto, y existen indicios que nos permiten suponer que el creador de la segunda hipoteca fué Juliano. La cláusula del *superfluum* cobra de este modo un valor accesorio: se trata de lograr también garantía en el caso de que el primer acreedor no sea satisfecho. La concesión de la acción hipotecaria al segundo acreedor lleva, necesariamente, a la concepción de que su derecho de hipoteca no está condicionado a la extinción del derecho del primero. La práctica, no obstante, se sigue sirviendo de las fórmulas antiguas y así coexisten los dos sistemas.

A pesar del avance que supone el otorgar la acción hipotecaria al segundo acreedor, no llega éste nunca a tener el *ius distrahendi*. Subrogado de la publicidad son las declaraciones que hacen los hipotecantes sobre si la cosa está o no gravada. La falsedad de tales declaraciones se persigue, en un principio, con la acción de dolo. Luego queda tipificada esta conducta en la figura del estelionato. La acción contraria es una creación compilatoria.

II. Para la determinación de cual de las hipotecas goza de preferencia se sigue el principio *prior tempore potior iure* y para fijar esta prioridad se toma en cuenta el momento en que la cosa gravada queda afecta al cumplimiento de la obligación. La única excepción que el Derecho clásico conoce al principio de prioridad es el privilegio concedido en favor del que adelantó dinero para la conservación o reparación de la cosa hipotecada.

---

345. *Supra*, pág. 188.

III. Fundamental en la idea romana de *successio in locum* es que el segundo ocupa con su hipoteca una posición idéntica a la que el anterior tenía. Como la segunda hipoteca encuentra su origen en el caso de subrogación hipotecaria en el puesto de un acreedor único, síguese que el *ius offerendi* nace a la vez que ella. Tanto el caso de la novación como el de la sucesión del comprador constituyen una extensión ulterior del concepto de *successio in locum*, no las modificaciones del rango por sentencia judicial, ni la renuncia al mismo.

JUAN MIQUEL