

LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN ROMA: LA APARICIÓN DE LA SEGUNDA HIPOTECA

LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
Universidad de Granada

I. LA APARICIÓN DE LA SEGUNDA HIPOTECA

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

Un romanista² mantendría la tesis tradicional según la cual la diferencia entre la *hypotheca* y el *pignus* estaría en la existencia o inexistencia del desplazamiento posesorio apoyándose para ello en el conocido texto de D.13.7.9.2³:

«Propie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem.»

Bien es verdad que hoy en día la mayoría de la doctrina⁴ se inclina por un desarro-

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

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

³ ULPIANUS, *lib. XXVIII. Ad Edictum*.

⁴ Aunque la doctrina está dividida sobre cuál es la relación contractual que dichos pactos sobre los *invecta* et *illata* garantizaban, esto es, si el *pignus* es accesorio a una relación de compraventa de los frutos del fundo, o si el pacto lo que garantiza es el pago de la renta del arrendamiento del fundo, en apoyo de esta última tesis se muestran entre otros HERZEN (*Origine de l'hypothèque romaine*, París, 1899, pp. 25 y ss.), SERRI («Recensión a Ascoli le origine dell'ipoteca e l'interdetto Salviano», *Scritti Varii*, pp. 598 y ss.), SARGENTI

llo interno de la hipoteca romana a partir del *pignus* sobre los *invecta et illata*⁵, dejando de lado el posible origen griego de la hipoteca⁶.

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

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

¿Pero cuál es el origen de la segunda hipoteca?

En nuestra mentalidad podríamos pensar en la necesidad de que aparezca un nuevo acreedor que proporcione una nueva línea de crédito a un deudor acosado por la perentoria necesidad de solvencia¹⁰. Ello evidentemente sólo es posible si queda resto de

(«Il *De agri cultura* di Catone...», *op. cit.*, pp. 158-184), FREZZA (*Le garanzie delle obbligazioni*, 2, *Le garanzie reali*, Padova 1963, pp. 272 y ss.). Sobre el origen de la distinción entre la *Datio* y la *Conventio*, véase RASCÓN, *Pignus y custodia en el...*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

⁵ Por ello se parte de un *pignus conventio* sobre los instrumentos de trabajo introducidos por el arrendatario en el fundo de manera que la propia introducción en el mismo de animales, esclavos y aperos de labranza (los *invecta et illata*) hace las veces de convención con el arrendador de tal forma que tales útiles garantizarían el pago de las rentas del arriendo. De esta forma en caso de impago de las rentas por el arrendatario el pretor podía conceder al arrendador un interdicto posesorio sobre tales *invecta et illata*.

⁶ Algunos autores defienden el origen griego de la hipoteca como es el caso de PAOLI (PAOLI, «Sul diritto pignoratizio attico», *ASDGR*, Milano, 1976, p. 394) o de BISCARDI, los cuales establecen ciertas analogías entre el sistema hipotecario ático y el *pignus* romano, BISCARDI, *Diritto greco Antico*, Milano, 1982, p. 219. BISCARDI, «Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain», *JJP*, 19, 1983, pp. 41 y ss. (reimp. y trad. Barcelona, 1987, p. 60).

⁷ Según ERMANN el término *hypotheca* comienza a prevalecer sobre el *pignus conventum* en la época de los Severos por influencia helénica, realizándose una modificación en las obras de Gayo y de Marciano por la jurisprudencia anterior a Justiniano e incluso por los propios compiladores justinianos, de tal forma que el término *pignus* se llegó a sustituir por el de *hypotheca*. ERMANN, «Pygnus hypothecae», *Melanges Girard*, 1, 1912, pp. 419 y ss.

⁸ Como indica ARIAS RAMOS, un *pignus* en el que la posesión de la cosa no quedase en manos del acreedor no se presentaba a los ojos de los romanos como una cosa nueva y esencialmente distinta de un *pignus* en el que la *res* quedase en manos del acreedor. Entre otras razones por cuanto que de las facultades concedidas al acreedor, tampoco podía derivarse una divergencia tan fundamental entre las diferentes formas de garantía real que justificase a sus ojos la necesidad de una distinta terminología. ARIAS RAMOS, «La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana», *RDP*, 313, 1943, pp. 213-223.

⁹ EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam und die hypothekarezeption*, Leipzig, 1917.

¹⁰ Esta es la solución que podríamos invocar en aras del art. 1.138 del CC español, que expresa que tratándose de obligaciones mancomunadas el crédito se presume dividido en tantas partes como acreedores

valor en la cosa primeramente hipotecada para poder hacer frente a una segunda garantía.

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

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

A. Primera fase: la segunda hipoteca nace condicionada a la previa extinción de la primera

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

Encontramos un caso de esto último en D.20.1.15.2¹¹:

«Si res suas iam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati, qui sapius easdem res obligant, praedicere solent, alii nulli ream obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est, aut solidum, quum primo debito liberata res fuerit.»

Gayo contempla un supuesto caso en el que se utiliza una fórmula empleada por aquellos que obligan sus bienes y que de nuevo proceden a obligarlos a un segundo acree-

haya reputándose créditos distintos unos de otros. Tratándose de hipotecas que garantizan créditos pluripersonales deben de reputarse tantas hipotecas como acreedores hipotecarios haya pudiendo ejecutarse libremente por cualquiera de los acreedores, con las especialidades establecidas en los art. 227 RH («Se consideran preferentes [...] Las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor») y el art. 131, regla 8.ª de L.H. Lo que supone que los gravámenes anteriores y preferentes al crédito del actor continúan subsistentes entendiéndose al rematante subrogado en la responsabilidad de los mismos. CUNCO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, Madrid, 1989, p. 1639.

¹¹ GAUS, *De formulae hypothecariae*.

dor, y para evitar el peligro en el que pueden incurrir suelen indicar que la cosa no está obligada a ningún otro sino a Lucio Ticio —por ejemplo—, para que en lo que exceda de la primera obligación quede obligada la misma cosa por una nueva garantía, bien en lo que exceda de la primera obligación o bien cuando la cosa quede libre de la primera deuda. Con ello el pasaje trata de conciliar la necesidad de que la cosa quede libre de la primera garantía antes de constituir otra nueva con la necesidad de establecer una fórmula que posibilitara que la práctica negocial no estuviera en contradicción con la imposibilidad de constituir más de una hipoteca sobre una misma cosa simultáneamente. Por otra parte, Gayo alude al *periculum* en que pueden caer los que obligan varias veces con unos mismos bienes. ¿Cuál era ese peligro?: Caer en *stelionatus*. La declaración de estar libres las cosas sobre las que se constituye hipoteca no estándolo en realidad, es considerado como delito de estelionato y conlleva la pena de destierro ¹².

Esta misma línea argumental la podemos encontrar en D.20.1.34, donde el deudor hipotecario manifiesta al acreedor que la cosa no está hipotecada a ningún otro —«quam tibi esse obligatos [...]»—, e incluso la misma declaración aparece en D.20.6.9.1: «[...] quo caverat Seius, fundum nulli alii esse obligatum [...]».

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

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

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

1. En D.13.7.2 ¹³:

«si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit, tunc ei numos credidisti. quos ille solvit ei creditori, cui pignus dederat, tibi que cum eo convenit, ut ea res, quam iam venderat, 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.»

¹² D.47.20.4.

¹³ POMPONIUS, *VI Ad Sabinum*.

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

2. En C.8.19.1.pr¹⁵:

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

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

Las diferencias entre estos textos son las siguientes:

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

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

¿Cuál es el punto de unión de todos estos supuestos?

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

La cuestión está, pues, en partir de la idea de una segunda hipoteca condicionada ya desde el momento de su constitución, la cual sólo tendría efectividad sobre la base de que

¹⁴ Con ello se establece una diferencia con el texto del D.20.3.3, donde si se produce la subrogación del segundo acreedor por cuanto que la cosa sigue estando en el patrimonio del deudor.

¹⁵ Const. SEVERUS et ANTONIUS: «QUI POTIORES IN PIGNORE HABEANTUR.»

la finca quede libre de la primera garantía, de manera que sólo en ese supuesto es cuando la segunda hipoteca pasaría a ocupar el puesto que la anterior ha dejado vacante. Esto nos llevaría a pensar en varias posibilidades:

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

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

Esta última tesis es difícil de admitir ya que en el derecho clásico el negocio jurídico condicional no producía efectos en el periodo de pendencia y, por tanto, antes de la entrada en juego de la condición, no tenía virtualidad. Además, si nos atenemos a la teoría general de la condición, ésta tiene el significado de hacer depender un efecto jurídico de un acontecimiento incierto; si el acontecimiento es cierto de lo que se trata es de un plazo¹⁸. Además, el acreedor que pretendiera estar amparado por una garantía condicionada no estaría protegido en realidad con nada, al menos hasta que la condición se cumpla. ¿Cómo imaginar en la mentalidad romana que un negocio jurídico perfectamente válido en su constitución puede llevarse o no a efecto no por la voluntad de los intervinientes sino por la realización de un hecho incluso ajeno a la propia voluntad de dichos contratantes?

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

Así pues, la segunda hipoteca comienza a consolidarse bajo la consideración de la previa extinción de la primera, pero en realidad su juego crediticio no lo desarrolla en base a una pretendida teoría general de las condiciones, sino incluso a pesar de ellas. No hay dos hipotecas operando al mismo tiempo, sino dos deudas en las cuales una de ellas se garantiza de presente con un *pignus* sobre el fundo, y otra —la segunda deuda—, la cual sólo puede garantizarse con la finca cuando quede libre de la primera garantía. De ahí la necesidad de posibilitar una segunda hipoteca con eficacia real antes incluso de que la primera quede liquidada.

¹⁶ CARCATERRA, «Il pegno delle cose future (fructus e partibus)», *Annali Bari*, 3, 1940, pp. 123-165.

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

¹⁸ Por otra parte los juristas romanos señalaron que tanto *dies* como *condicio* puede contener incertidumbre, en tanto que se puede hablar de *dies incertus* y a la vez la condición puede contener un *incertus quando*. Así, en D.45.1.8; D.35.1.54 pr; D.36.2.22 pr. ENNECERUS-NEPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, II, Barcelona 1935, p. 312.

B. Segunda fase: la constitución de la segunda hipoteca sin necesidad de la previa liquidación de la hipoteca anterior

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

1. Según D.20.4.13²⁰:

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

En dicho fragmento se contempla la venta de una finca urbana sobre la cual recae un arrendamiento, conviniéndose que la distribución de las rentas se efectúe de modo que corresponda la del primer año al vendedor y la de los siguientes al comprador. Se plantea el problema respecto al destino de la venta de las cosas gravadas por el inquilino de si lo obtenido de la misma pertenecía en primer lugar al vendedor o de si se pagaría a prorrata y de común entre ambos, ya que sólo se pactó que dicho producto perteneciera a ambos. NERVA y PRÓCULO consideran que, al no decirse nada, el producto de la venta correspondería al vendedor y si algo sobrara sería para el comprador. PAULO es de la opinión que es verosímil que se entregue al primero el producto de cualquier pensión por causa del *pignus*, pero que en todo caso es una cuestión de hecho no derecho, ya que no hay pacto sobre ello.

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

HERZEN, por su parte, estima que de este texto en realidad no se desprende que se trate de una auténtica segunda hipoteca, sino más bien un pacto entre dos acreedores hipotecarios. Pacto en el que el deudor no toma parte y, por tanto, no se puede decir que el deudor hipoteque una misma cosa dos veces y ello por cuanto es evidente que una hipoteca puede constituirse por el deudor o por un tercer hipotecante, pero no por el acreedor

¹⁹ MIQUEL, «El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico». *AHDE*, 29, 1959, p. 237.

²⁰ PAULUS, *V Ad Plautium*.

²¹ MANIGK, «Hypotheca». *PW*, 1913, pp. 343 y ss.

hipotecario. A mayor abundancia, apunta que tampoco se desprende claramente del texto que las partes haya pactado la fórmula *si quid superesset*, dado que tales palabras no han sido pronunciadas por los intervinientes²².

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

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

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

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

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

Tal y como está el texto sería ininteligible si no fuera porque en realidad de lo que trató Paulo fue de un supuesto de venta en el que se utiliza la *exceptio rei venditae et traditae*. Con mayor claridad, KOSCHAKER²⁵ propone un paralelismo con D.6.2.9.4²⁶,

²² HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, París, 1899, p. 308.

²³ MIQUEL, *op. cit.*, p. 238.

²⁴ PAULUS, *XIV Ad Plentium*.

²⁵ KOSCHAKER, «Fra. 4.32 D.44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano», *JURA*, 4, 1953, pp. 1 y ss.

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

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

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

donde tratándose de un supuesto de doble venta plantea la cuestión del ejercicio de la acción publiciana dando preferencia a aquel a quien primero se entregó, y si lo fuera a varios el que de ellos posea.

Según MIQUEL,²⁷ de este texto tampoco se puede deducir que Plaucio conociera la segunda hipoteca, entre otras razones porque el hipotecante no ha adquirido la propiedad de la cosa hipotecada aparte de plantearse serias dudas sobre la autenticidad del fragmento²⁸.

Por tanto, creemos que ni de D.20.4.13 ni de D.20.4.14 puede inferirse la existencia de la segunda hipoteca. Y de todo ello, se podría inferir la conclusión de la imposibilidad de afirmar que Plaucio o Paulo conocieran la segunda hipoteca, o en todo caso del primero de los juristas citados.

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

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

²⁷ Según MIQUEL, se trata en realidad de una hipoteca y una prenda. MIQUEL, *op. cit.*, p. 238, nota 42, p. 240.

²⁸ LENEL, *Palíngenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, p. 1194, nt. 8.

²⁹ A igual que ocurriera con el interdicto *Salvianum*, y la posterior fórmula *Serviana* hasta desembocar en una propia acción real *Serviana*, *quasi-Serviana* o *hypothecaria*. D'ORS considera que estas consideraciones presentarían dificultades, entre otras cómo una *actio in rem* parte de una fórmula *in factum*. D'ORS, «Sobre las pretendidas acciones reales *in factum* (IV. «La acción hipotecaria)», *IVRA*, 20, 1969, pp. 90 y ss. Aunque ya antes había formulado idénticas ideas en *AHDE*, 1959, pp. 722-727.

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

³¹ MANIGK, «Pignus», *PW*, 20, 1941, pp. 1239 y ss.

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

³³ MIQUEL, *op. cit.*, p. 256.

³⁴ D'ORS considera que el derecho al *superfluum* sólo puede aparecer insinuado en la época postclásica, precisamente porque el *pignus* se ha desvinculado de la idea patrimonial, engarzándose conceptualmente en una construcción convencional dentro de los actos negociales retomando la vieja alzada de los juicios de buena fe. D'ORS, «El *ius offerendi* de Tertius», *Studi Biondi*, 1, 1965, p. 218.

a) La subrogación hipotecaria por acreedor posterior

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

En momento posterior, la evolución se va orientando en el sentido de ir concediendo cada vez más derechos a los segundos acreedores, en tanto y en cuanto que los derechos del primer acreedor no sufran menoscabo. Pero esta tendencia general de reconocer cada vez más derechos al segundo acreedor, éstos no llegaron nunca a ser tan amplios que permitieran reconocer un verdadero *ius distrahendi* en favor del segundo acreedor³⁵. Pero para que se produjera la subrogación total por parte de un nuevo acreedor hipotecario sería necesario que prestara su consentimiento el propio deudor, ya que en definitiva es necesario saber a quién o quiénes quedan obligados. El problema está que en las fuentes sólo existen algunos indicios que se refieren a la subrogación del acreedor posterior pero únicamente limitada a la reclamación de la *pecunia oblata*³⁶. Ello sobre la base que el derecho del acreedor no preferente sigue siendo el *ius offerendi*. Esto es, que de lo que se trata es de una *successio in locum* practicada vía utilización del *ius offerendi*³⁷.

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

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

De lo que llevamos expuesto parece abrirse camino la idea de que la segunda hipoteca tiene su desarrollo en la subrogación de los derechos del acreedor preferente o primero por un acreedor posterior. Al menos son numerosos los textos donde aparece la

³⁵ Al menos ésta es la opinión de la doctrina, salvo algún autor como BOPP, según el cual el segundo acreedor hipotecario tuvo en Roma el ejercicio del *ius distrahendi*. Opinión que influyó en MANIGK, el cual se planteaba la pregunta de si tiene el acreedor posterior derecho a vender la cosa pignorada (*Hat der nachstehende Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs der Pfandsache?*). MANIGK, «Hypotheca», *PW*, 1913, pp. 343 y ss.

³⁶ Como ocurre en D.20.4.12.8: (MARCIANUS, *lib. Singulari ad formulam hypothecariam*).

³⁷ Así, en el ya comentado D.20.4.12.5 se utiliza el término *superfluum*, con lo cual se introduce una idea que pudiera recordar a la *obligatio hyperchae*, y que la sustitución es limitada precisamente a la cantidad pagada por *Tertius* a *Primus*.

misma idea, la cual podemos encontrar en algunas constituciones recogidas en el Codex, así:

En C.8.14.22³⁸:

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

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

O en C.8.17(18).1³⁹:

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

Donde se permite al segundo acreedor confirmar su derecho, bien pagando al primer acreedor, o bien —previo ofrecimiento de pago—, si éste no consiente en aceptar, consignándolo sin poder destinarlo a usos propios.

De esta forma el segundo acreedor realiza, en virtud del *ius offerendi*, una *successio in locum*, lo que produce el efecto de una subrogación en el crédito hipotecario primero, tesis que se puede confirmar en otros fragmentos como D.20.5.5.pr —texto de Marciano— que se refiere al supuesto en el cual un segundo acreedor realiza en virtud del *ius offerendi*, una *successio in locum*— o en D.20.4.3.pr, donde menciona la figura de la novación para indicar que se produce una *successio in locum*. Incluso en D.20.4.12.5 parece dar a entender que si el segundo hiciera uso de dicho *ius offerendi*, éste podría reintegrarse en la cuantía de su crédito.

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

³⁸ *Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS ANTIOCHIANO.*

³⁹ *Imp. SEVERUS et ANTONIUS.*

quedar un resto de valor en la cosa hipotecada, y que el anterior acreedor no pusiera objeciones en contra.

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

b) *El superfluum y la pluralidad hipotecaria*

Volvamos al texto de Gayo recogido en D.20.1.15.2⁴⁰, donde documenta de forma inequívoca el tratamiento del *superfluum*: recordemos que el tratadista opta por considerar que el valor de toda la cosa entra en la *conventio* tanto si se convino así por la totalidad, como si se convino sólo respecto del excedente de valor.

En realidad, el núcleo central de la interpretación del pasaje no es la ambivalencia de las dos fórmulas: una de las cuales dispone la constitución sobre el *superfluum*; otra, según la cual la segunda hipoteca recae sobre la totalidad de la cosa pero que esto sólo será así si queda libre de la primera hipoteca. En realidad lo que se ofrece es la cobertura de la garantía al deudor en los dos supuestos posibles: tanto si el primer acreedor queda satisfecho, como si no. Esta consideración estilística se trata de una fórmula que es considerada como cláusula de estilo —esto al menos es la opinión de DERNBURG—, que considera que el problema que plantea Gayo en el fragmento es tanto la cuestión de la condicionalidad de la segunda hipoteca como la afección de la misma al *superfluum*⁴¹.

Creemos que en principio la segunda hipoteca, sólo podía constituirse sobre la base del planteamiento de que el primer acreedor va a tener la seguridad de quedar satisfecho⁴²; para que siendo así, el segundo pueda optar a una plena garantía sobre la totali-

⁴⁰ El fragmento dice así:

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

⁴¹ Lo confirma la utilización de la fórmula:

«[...] praedicere solent, alii nulli ream obligatam esse, quam [...].»

Fórmula según la cual «la cosa no está obligada a ningún otro, salvo [...]». DERNBURG, *op. cit.*, p. 481.

⁴² Lo que nos permite suponer que si en un momento existiera como cláusula de estilo es porque antes de tal utilización —quizás como resultado de la prohibición de estelionato vigente— había de dejar patente

dad de la cosa. De ahí que no es que se trate de dos fórmulas distintas, sino que la condicionalidad de la segunda hipoteca y la afección de la misma al *superfluum* pertenecen a una única y misma fórmula.

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

Pero ello sólo ocurre en el preciso momento en el que el segundo acreedor, en vez de esperar a la liberación de la primera garantía, constituye junto al deudor sucesivamente otra segunda antes de quedar resuelta la primera. Y lo que se podría dar como presupuesto para la constitución de una segunda hipoteca, asimismo, posibilitaría llegado el caso una tercera y posteriores.

De todas formas no hay que perder de vista que las deficiencias de un sistema hipotecario poco elaborado dentro del cual no rige un principio de publicidad registral⁴³, como el nuestro actual que garantice la certeza de las garantías y en el cual las ejecuciones hipotecarias muy comúnmente se practicaban en el seno de ejecuciones generales.

II. CONCLUSIONES

¿Qué conclusiones podemos sacar?:

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

2. En un momento posterior, es necesario el acuerdo previo que permita la subrogación hipotecaria por el segundo acreedor, de manera que la cláusula de afección al *superfluum* podría ser —además de una derivación de una práctica helenística y por ello

que la cosa no estaba hipotecada a ningún otro para así salvar la validez de la segunda hipoteca, y que si se constituía una nueva hipoteca lo era sobre la base de dejar a salvo los derechos del primer acreedor.

⁴³ De ahí la necesidad de la *interpellatio*, la cual ciertamente no es un sustitutivo de la publicidad registral sino advertencia de un acreedor al deudor antes de proceder a la venta, con todos los inconvenientes de las comunicaciones privadas.

no propia de un Derecho Romano clásico— una cláusula que surge como cláusula de estilo dando por supuesto que la segunda hipoteca existe, tanto si la cosa queda libre de la primera —de ahí su extensión a la totalidad de la cosa— como en todo caso sobre el *superfluum*, si no fuera así.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS RAMOS, «La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana», *RDP*, 313, 1943.
- BISCARDI, «Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain», *JJP*, 19, 1583 (reimp. y trad. Barcelona, 1987).
- *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Padua, 1931 (reimp. Milan, 1976).
- CARCATERRA, «Il pegno delle cose future (fructus e partii)», *Anuali Bari*, 3, 1940.
- CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, Madrid, 1989.
- D'ORS, «El *ius offerendi* de Tertius», *Studi Biondi*, 1, 1965, pp. 215 y ss.
- «Sobre las pretendidas acciones reales *in factum* (IV. "La acción hipotecaria")», *IVRA*, 20, 1969, pp. 90 y ss.
- KOSCHAKER, «Fra. 4.32 D.44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano», *IVRA*, 4, 1953, pp. 1 y ss.
- MAGNIGK, «Hypotheca», *PW*, 1913, pp. 343 y ss.
- «Pignus», *PW*, 20, 1541, pp. 1239 y ss.
- MENTXAKA, *La pignoración de colectividades en el Derecho Romano clásico*, Bilbao, 1986.
- MIQUEL, «El rango hipotecario en el Derecho Romano clásico», *AHDE*, 29, 1959, pp. 237 y ss.
- MORO SERRANO, «Las formas de garantía real en Roma», *RCDI*, 65, 1989, pp. 715-736.
- MURGA GÉNER, «Una aparente contradicción entre Juliano y Gayo-Paulo sobre el rango hipotecario», *Estudios Iglesias*, II Madrid 1988, pp. 859-873.
- «Quid de Erote? Un conflicto en el rango hipotecario (Africano, 8 Quaest. D.20.40.9 pr)», *IVRA*, 37, 1986, pp. 28 y ss.
- PAOLI, «Sul diritto pignoratorio attico», *ASDGR*, Milano, 1976.
- RASCÓN, *Pignus y custodia en el Derecho Romano clásico*, Oviedo, 1976.
- VOLTERRA, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano*, Roma, 1930.