

GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA PRENDA Y LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fundamento de los derechos reales de garantía*. III. *Fiducia*. IV. *Pignus*. A. *Antecedentes y evolución del pignus*. B. *Antecedentes y evolución de la hipoteca*. V. *El derecho vulgar*. VI. *Fuentes fundamentales para el estudio de la prenda y la hipoteca romanas*. VII. *Obras consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

La prenda y la hipoteca, que tan gran utilidad prestan en el tráfico jurídico contemporáneo, tuvieron su origen, al igual que muchas otras instituciones, en el derecho romano. Su desarrollo fue lento, y como en tantas otras ocasiones, al derecho honorario se debe su adaptación a los requerimientos que se iban presentando en la vida diaria, de difícil solución para el antiguo *ius civile*.

En las siguientes páginas podrán encontrarse los grandes hitos del desenvolvimiento de estas instituciones y de su antecedente, la *fiducia cum creditore*. Tratar de decir algo novedoso sobre la prenda y la hipoteca romanas rebasaría, con mucho, mis propias capacidades y los límites que se han fijado para la realización de este trabajo; en consecuencia sólo aspiro al emprenderlo, a que resulte de utilidad para conocer lo más relevante de ellas. A tal fin, he incorporado una tabla sobre las fuentes, en lengua castellana, donde se puede estudiar este tema.

La bibliografía sobre *fiducia*, prenda e hipoteca es amplísima,¹ y esto si tomamos en cuenta solamente a los autores modernos. Pero en virtud de que la prenda y la hipoteca ocupan un libro completo del *Digesto*,

¹ Basta revisar la que se registra en el *Novísimo Digesto Italiano* bajo cada una de las voces señaladas. *Vid.* *Novísimo Digesto Italiano*, directo de Antonio Azara e Ernesto Eula, terza edizione, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese: "Fiducia", vol. VII, pp. 294-296, 1965; "Ipoteca", vol. IX, pp. 48-50, 1965; "Diritti Reali", vol. V, pp. 744-748, 164. También pueden consultarse las notas a pie de página de los manuales de Derecho Romano, sobre todo el de Juan Iglesias, quien trae una amplia bibliografía sobre el tema: *Derecho Romano, Instituciones de derecho privado*, sexta edición revisada y aumentada, Barcelona, Ediciones Ariel, 1958, p. 354-365.

el 20² ambas instituciones pueden ser rastreadas a lo largo de toda la segunda vida del derecho romano, con lo que se incrementa la bibliografía en forma notable. Por otra parte, no solamente en el *Digesto* se localizan reglas aplicables a dichas instituciones. También en las *Instituciones* de Gayo³ se pueden consultar un par de cuestiones relativas a la *fiducia* y al *pignus*. Respecto al derecho posclásico, varios emperadores se ocuparon de las prendas e hipotecas y sus preocupaciones están plasmadas en el *Código* de Justiniano.⁴ En las *Novelas* se encuentra el testimonio de que los emperadores León y Justiniano se vieron en la necesidad de precisar algunos aspectos sobre prenda e hipoteca requeridos en su tiempo.⁵ Por otra parte, Levy y Kaser han detectado los cambios que sufrieron ambas instituciones en el derecho vulgar,⁶ en las fuentes idóneas para este análisis.

El mero listado de todas las fuentes en que se hace referencia a estas instituciones representaría una investigación completa, de ahí que me haya limitado a consultar las fundamentales. A este respecto vale la pena advertir que los trabajos que parecen ser los clásicos sobre el tema por encontrarse citados profusamente en los tratados o manuales de derecho romano, no se encuentran en nuestras bibliotecas universitarias.⁷ Por otra parte, la consulta de la gran cantidad de material sobre la segunda vida del derecho romano existente en los repositorios univer-

² *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1972, tomo II, p. 11-36. Salvo que se especifique lo contrario, las citas del *Digesto* proceden de esta edición.

³ Gaius, *Institutas*, texto traducido, notas e introducción por Alfredo di Pietro, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1967, pp. 102 y 103. Libro II, 59 y 60.

⁴ *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto traducido al castellano del latín, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrügen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas y referencias por D. Ildefonso García del Corral, segunda parte, revisado el texto latino por D. Emilio Hermann, *Código*, tomo II, Barcelona, Tip. de Redondo y Xumetra, 1895, pp. 322-352. Título XIV [XIII] *De las Prendas e Hipotecas*.

⁵ *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. . . , tercera parte, *Novelas*, p. 39, Constitución VII; p. 220 Constitución LI; p. 242 Constitución LXII; p. 410 Constitución CXVI; p. 598 Constitución V; y p. 620 Constitución XX del emperador León.

⁶ Ernest Levy, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1951, *Passim*; Max Kaser, *Vid. infra*, notas 61, 63, 64 y 66.

⁷ El más citado es quizá el de Dernburg, *Pfandrecht*, 2 vol., Leipzig, 1860-64. Otras veces citado como: *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechtes*, 2 vols., 1860-64. Pero tengo, por lo menos, a la vista del mismo autor, *Pandette*, vol. III, "Diritti Reali", traducción Francesco Bernardino Cicala, Torino, Fratelli Bocca, 1907, pp. 407-508.

sitarios hubieran rebasado, con mucho, los límites de este trabajo. Así pues, aquí se hará referencia a las obras generales de autores contemporáneos, las fuentes más importantes para presentar una visión general y las obras monográficas que sobre distintos aspectos de la fiducia, la prenda o la hipoteca son fácilmente accesibles para el lector mexicano.

II. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA⁸

A fin de proporcionar seguridad al aceptor de que su crédito sería satisfecho, el derecho romano contempló la posibilidad de garantizar la deuda por la persona del deudor, o por un tercero que asumía la responsabilidad del cumplimiento de la obligación. El compromiso asumido por un tercero para asegurar la obligación es una garantía personal, llamada fianza. Esta forma de garantizar un crédito existió en Roma desde tiempos muy antiguos.⁹

Frente a la garantía personal se fue desarrollando, lentamente, la garantía real en la cual el deudor entregaba una cosa al acreedor, quien la conservaba en su poder hasta la satisfacción de la deuda. Pero estoy adelantando conceptos que sólo muy despacio se fueron perfilando. Veamos cuál fue el fundamento de la garantía real.

La ampliación del tráfico comercial hizo necesaria en un momento dado, la aplicación de los negocios típicos a situaciones novedosas, que requerían protección jurídica, a través de la *interpretatio*. La *mancipatio* primero, y con el tiempo la *in iure cessio*, se utilizaron lo mismo para "la plena retribución patrimonial, a título oneroso o lucrativo, que las demás funciones económico sociales de garantía, custodia o gestión". Por otra parte, existían los principios o fenómenos ético-religiosos que acotaban la actividad del romano circunscribiéndola en forma imperativa; en tal caso se encuentra la *fides*.¹⁰ Así, una vez que las necesida-

⁸ Para el desarrollo de este apartado tomo de modelo el trabajo de José Ferrandis Vilella, "Introducción al estudio de los derechos reales de garantía", en *Anuario de derecho civil*, tomo XIII, fasc. I, España, enero-marzo de 1960, p. 37-45.

⁹ Luis Alberto Peña Guzmán y Luis Rodolfo Argüello, *Derecho Romano*, 2a. ed., 2 vol., Buenos Aires, Tipografía Editorial Argentina, 1966, vol. II, pp. 152-228.

¹⁰ Jordano Barea, "Origen y vicisitud de la fiducia romana", en *Boletín da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXIV, fasc. II, Portugal, 1948, pp. 325-335; Sara Bialostosky de Chazán, "La buena fe en los contratos", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XX, núms. 79-80, julio-diciembre, pp. 1104-1117. En los apartados I y II proporciona una versión muy clara de la evolución de la *fides*, pp. 1104-1107.

des económicas impusieron la necesidad de *garantizar* a quien, de alguna manera, se desprendiera de parte de su patrimonio en favor de otro, pero con el ánimo de recuperarlo, hubo de recurrirse a la única forma que conocían los romanos y que había probado su eficacia: el traslado de la propiedad al acreedor en tanto le era cubierto el crédito. Siguió así la *fiducia cum creditore* como la forma idónea para garantizar al acreedor la protección *erga omnes* de aquella parte del patrimonio del deudor que respondía por un crédito otorgado por el primero. El traslado de la propiedad determina que esta forma de garantía tuviera el carácter de real.¹¹

Son garantías reales “aquellas en que se concede al acreedor retener un objeto, y en una fase o en una forma más avanzada, verterle cuando no sea satisfecho de la obligación”, y puede decirse que estamos en presencia de una garantía real “cuando la ley concede para la tutela del propio crédito un derecho de retención de cosas ajenas o una inmisión en la posesión de las mismas (*ius retentionis, missio in possessionis*)”.¹² El fundamento de las garantías reales es pues, “dotar de eficacia a los derechos relativos”.¹³

III. FIDUCIA

Para D'Ors, *fiducia* es “propiamente el acto de confiar la propiedad de una *res mancipi* a alguien llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a otra persona determinada por éste. Para exigir tal restitución, el enajenante dispone de una acción civil, la *actio fiduciae*.”¹⁴

¹¹ Ferrandis Vilella, *Op. cit.*, pp. 37-38.

¹² Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la 8a. edición italiana por Luis Bacci y André Larrosa, 4a. edición, Madrid, Editorial Reus, 1965, p. 451.

¹³ Ferrandis Vilella, *Op. cit.*, p. 38.

¹⁴ Alvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1968, p. 465. De acuerdo con este autor, esta *actio* fue una *actio in ius* por lo que debe suponerse que existió ya en la época de las *legis actiones*, probablemente en la *legis actio arbitri postulationem*, matriz de las acciones formularias de buena fe. Burdese, por su parte, señala que este tema es muy controvertido, y que de acuerdo con una corriente de opinión, quizá para la época más antigua bastaba la tutela sacra y censoria después. Otra corriente de opinión se inclina por la hipótesis de que se habría utilizado la *legis actio sacramento in personam*. Por lo que se refiere a la defensa del fiduciante en el ámbito del procedimiento formulario también existen dos corrientes que se han preocupado por averiguar la naturaleza *in ius* o *in factum* de las acciones que corresponden al fiduciante y la reconstrucción de la fórmula. Una corriente sostiene la concesión pretoria de una *actio* con fórmula *in factum concepta*, fundada en el *pactum fiduciae*; otra sostiene, dentro de ésta Burdese, que la tutela originaria de la *legis actio sacramento impersonam* fue sustituida por una *actio* con fórmula *in ius concepta*;

La *fiducia* es pues un acto de enajenación de una *res mancipi* efectuado *fiduciae causa* a través de una *mancipatio* o *in iure cessio*. Los efectos del negocio fiduciario son: el transferimiento del *dominium ex iure Quiritium* de la cosa dada en fiducia al fiduciario, y la asunción por parte de éste de la obligación de devolver la cosa dada en *fiducia*, una vez satisfecho el negocio por el que se hizo el traslado;¹⁵ éste era el *pactum fiduciae*.

La fiducia tenía un campo de aplicación muy vasto. Su aplicación en el terreno del crédito se percibe en la *fiducia cum creditore*, que es una enajenación aseguradora, o con fines de garantía, de la época republicana,¹⁶ por la cual el deudor enajena una cosa al acreedor, a través de los modos convencionales de *mancipatio* e *in iure cessio*,¹⁷ con fines de garantía. A la transmisión se unía un convenio de fidelidad que obligaba a la restitución de la cosa una vez satisfecha la deuda —*lex pactum, pactum conventum, o pactum fiduciae*— en virtud del cual el deudor se hallaba asistido de una acción personal restitutoria.¹⁸ Como propietario el acreedor podía incluso enajenar el objeto.¹⁹ Así pues, cuando un acreedor quería disponer de una garantía real exigía la propiedad de un bien del deudor y se comprometía, mediante un pacto, a devolver dicha propiedad una vez satisfecha la deuda.

Una vez transmitido el *dominium ex iure Quiritium*, la cosa solía quedar en posesión del deudor, el cual podía, al cabo de un año y en virtud de la *usureceptio ex fiducia* recuperar la propiedad civil. Para evitar el efecto del paso del tiempo en beneficio del deudor, que era en este caso una *usucapio* extraordinaria, al acreedor dejaba la cosa al deudor a título de arrendamiento o de precario.²⁰

Varios autores coinciden en que la cosa que garantizaba la deuda

dicha acción es catalogada entre los *bonae fidei iudicia* y sanciona una responsabilidad esencialmente dolosa que implica la infamia del condenado (Gayo, IV, 182) y que es transmisible activa y pasivamente (Paulo, *Sent.* 2,17,15). Al fiduciario se le concedía una *actio fiduciae contraria* contra las pretensiones eventuales del fiduciante. Vid., *Novísimo Digesto Italiano...*, vol. VII, p. 296.

¹⁵ Burdese, en *Novísimo Digesto...*, vol. VII, p. 295.

¹⁶ Paul Jörs, *Derecho privado romano*, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, traducción de Leonardo Prieto Castro, Madrid, Editorial Labor, 1937, p. 221. Burdese, *Op. cit.*, p. 295, considera que es la forma más antigua de garantía real pero no fija la fecha de su aparición.

¹⁷ No existió una *traditio fiduciae causa*, porque la *traditio* no era una *iusta causa traditiones*, y los textos que la registran como D. 24.1.49., están interpolados. Vid. . ., Jordano Barea, *Op. cit.*, pp. 347-354; también D'Ors, *Op. cit.*, p. 193 nota 3 opina lo mismo.

¹⁸ Iglesias, *Op. cit.*, p. 356.

¹⁹ Dernburg, "I diritti reali. . .", p. 413.

²⁰ Gayo, *Inst.* II, 59-60; D'Ors, *Op. cit.*, p. 198 nota 12.

ingresaba al patrimonio del acreedor con carácter transitorio, ya que era la garantía de un crédito del que era titular el acreedor. En apoyo de esta tesis está el hecho de que el acreedor no debía vender la cosa, so riesgo de ser tachado de infame, como consecuencia de la *actio fiduciae*, acción personal ejercitada por el deudor que llevaba aparejada tal sanción.²¹

Como uno de los derechos de cualquier propietario es la libre disposición de sus bienes, se superó esta contradicción a través de dos pasos sucesivos, y a veces paralelos: *a*) pactando una cláusula comisorias (*lex commissoria*) por la cual, la cosa dada en garantía ingresaba realmente al patrimonio del acreedor y éste podía cobrarse con ella por la deuda; y *b*) con la celebración del *pactum de vendendo* que autorizaba al acreedor a cobrar su crédito vendiendo el bien si no se le cubría la deuda en el tiempo señalado para ello. Este pacto inutilizaba el ejercicio de la *actio fiduciae*, y sólo otorgaba al deudor el derecho de que se le reintegrara la diferencia (*superfluum*) entre el precio de la venta y la deuda no pagada.²²

Como es evidente, el acreedor tenía una situación muy ventajosa, no así el deudor quien a más de perder la propiedad de la cosa, aunque no siempre la posesión, y su productos, se encontraba en franca desventaja frente a los terceros a quienes el acreedor hubiera entregado la cosa rompiendo el pacto de fidelidad, ya que sólo disponía de una acción personal para recuperar la cosa. Por otra parte, si la había conservado en arrendamiento o en precario, su posesión estaba subordinada a la buena fe del acreedor.²³ Finalmente, en el caso de que el acreedor falleciera, el deudor se enfrentaba a serios problemas con los herederos en virtud de la escasa protección que le otorgaba la mera acción personal para recuperar su cosa.

No obstante las pocas ventajas que al deudor le proporcionaba, esta forma de garantía real sobrevivió mucho tiempo, ya que la jurisprudencia

²¹ Peña Guzmán y Argüello, *Op. cit.*, vol. II, p. 154; Bonfante, *Op. cit.*, p. 452; Iglesias, *Op. cit.*, p. 356.

²² Iglesias, *Op. cit.*, p. 356; D'Ors, *Op. cit.*, p. 467; Peña Guzmán y Argüello, *Op. cit.*, p. 54; Burdese, *Op. cit.*, vol. VII, p. 295, Dernburg, "I diritti reali. . .", p. 413.

²³ Dernburg, "I diritti reali. . .", p. 414. D'Ors pone en duda que aquí se esté en presencia del *constitutum possessori* señalado por Margadant, *El derecho privado romano*, México, Editorial Esfinge, 1968, p. 283 y Dernburg, "I diritti reali. . .", p. 414. *Vid.*, D'Ors, *Op. cit.*, p. 191, nota 5. Asimismo, Schultz no encuentra fundamento en las fuentes para hablar de dicho pacto de transferencia de la posesión por mero pacto ya que los juristas clásicos no lo conocen, y la *fiducia cum creditoribus* ya no existía en el posclásico, *Vid.*, Schultz, *Op. cit.*, p. 417.

dencia romana se encargó de dejar claro que el traspaso de la propiedad era meramente formal.²⁴ En el derecho clásico pertenece a los *bonae fidei iudicia*, y entra así al terreno del *ius civile*. Por otra parte, también en esa época quedó claro que el acreedor, en virtud de la *fides*, debía comportarse como simple fiduciario conservando la cosa, y absteniéndose de enajenarla o gravarla. Una vez pagado el débito o sustituyéndose la fiducia por otra forma de garantía, debía reemanciparse la cosa (o bien por *in iure cessio*); si esto no acontecía, se podía buscar la recuperación del bien a través de una *actio fiduciae* y el acreedor debía responder por *dolus*. Finalmente, el fiduciario disponía de una *contrariae fiduciae actio* en contra del fiduciante (deudor) por los gastos realizados en la cosa y por eventuales pretensiones que pudiera aducir.²⁵

Al caer en desuso la *mancipatio* y la *in iure cessio*, y no siendo posible realizar la fiducia por *traditio*, cayó en desuso la institución al final del período clásico. Por su parte, Justiniano, mediante interpolaciones, canceló todo rastro de la fiducia en las fuentes clásicas.²⁶

Así pues, se puede afirmar que la *fiducia cum creditore* es una forma muy antigua de garantía real que otorgaba al acreedor derechos absolutos, en la forma que ha quedado establecida, sobre una cosa ajena y las acciones *in rem* derivadas del hecho de haberle sido transmitida la propiedad quiritaria de la cosa, para defenderla. Se ha visto también que, en ocasiones, el deudor conservaba la posesión de la cosa; de donde se puede concluir que el traslado del dominio servía exclusivamente para *garantizar* el pago de la deuda. De ahí que la *fiducia cum creditore* pueda ser considerada como el antecedente de los derechos reales de garantía aunque haya coexistido con otros derechos de este tipo, conforme a la forma de actuar romana de no hacer desaparecer las instituciones de un solo golpe.

IV. PIGNUS

Con el nombre genérico de *pignus* los romanos se referían a dos figuras distintas que tenían por objeto garantizar una deuda:

- a) prenda personal o posesoria.
- b) prenda sin desplazamiento de posesión.²⁷

²⁴ Bonfante, *Op cit.*, p. 452.

²⁵ Max Kaser, *Derecho Romano Privado*, versión directa de la 5a. edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1968, p. 140. La acción del fiduciario se configura como *Bonae fidei iudicium*.

²⁶ *Idem.*, p. 139.

²⁷ Tal dice D.13.7.9.2 y en contra D.20.1.11.2. Por otra parte, nuevamente seguiré el modelo de Ferrandis Vilella para la categorización de los contenidos

Para esta última, en época tardía se utilizó el nombre griego de hipoteca, pero su existencia en el derecho romano no parece cuestionable.

La diferencia radical entre ellas, a más del hecho de desplazar o no desplazar la posesión, estaba en que la forma de constitución de la primera (*datio pignoris*) es conforme a la técnica del contrato real, es decir, para perfeccionarse requiere la entrega de la cosa. Por su parte, la segunda (*pignus conventum*) se constituye conforme a la técnica del contrato consensual, aunque en rigor es un pacto.²⁸ Aunque en una primera época se constituyó a partir de la *inductio*, como se explicará más adelante.

De esta manera, y antes de seguir adelante, se puede afirmar que los romanos conocieron tres formas de garantía real:

- a) la transmisión de la propiedad como garantía (*fiducia*);
- b) la transmisión de la posesión como garantía (*datio pignoris*);
- c) una forma de garantía sin transmisión de la propiedad ni de la posesión (*pignus conventum*). Solamente b y c constituyeron derechos sobre cosa ajena (*iura in re aliena*).²⁹

Veamos pues, a grandes rasgos, cómo se llegaron a perfilar estas instituciones que, como es sabido, fueron producto de una lenta evolución, a través de las medidas pretorias que paulatinamente se otorgaron para su defensa.

A. Antecedentes y evolución del *pignus*

En virtud de la insuficiencia de la *fiducia cum creditore* para ser utilizada en todos los casos en que se requería una garantía real,³⁰ los romanos se valieron de otra forma genérica de garantía real, el *pignus*, que cumplía los mismos fines, pero que tenía características distintas.

El *pignus*, cuyo origen es oscuro, pero que en todo caso ya era utilizado en la *pignoris capio* desde épocas muy tempranas, adquirió en fecha incierta el carácter de garantía real.³¹

romanos de este apartado, completándola con información del propio derecho romano. Ferrandis Vilella, *Op. cit.*, pp. 39-42.

²⁸ *Idem*, 41.

²⁹ *Idem*, p. 42 y 43.

³⁰ Rodolfo Söhm, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción de Wenceslao Roces, México, Antigua Librería Robredo, 1951, p. 191. Vale la pena insistir en su pertenencia al *ius civile* y en consecuencia la necesidad de que los que la utilizaran tuvieran el *ius commercium*.

³¹ Peña Guzmán y Argüello, *Op. cit.*, p. 155. Schulz opina que es más antigua que la *fiducia*. *Idem*, Schulz, *Op. cit.*, p. 389.

Ya desde un época muy antigua existía la costumbre de entregar al acreedor una cosa, que conservaba en su poder, con el pacto simple de que la restituyera al momento de que se le pagara la deuda,³² es decir, conservaba la cosa en prenda. La prenda adquirió el carácter de verdadera garantía real cuando el pretor protegió al acreedor pignoraticio de la perturbación o la desposesión de la cosa por parte de terceros o del propio deudor, mediante interdictos que le permitieran seguir conservando la cosa en su poder.³³ Así pues, la prenda se caracterizó por ser un negocio no formal que confería al acreedor la posesión de una cosa y no el *dominium* en tanto le era cubierto su crédito.³⁴

A pesar de que es incierto el modo en que se introdujo esta forma de garantía, Arangio opina que pudo haber seguido a la evolución jurídica griega en torno al mismo tema; y que habría tenido influencia el uso de conceder al deudor el goce y disfrute de la cosa dada en garantía.³⁵

A finales de la República, en el Edicto del pretor, se concedió la protección interdictal al acreedor, como ya se señaló, y una acción a favor del deudor para que le fuera devuelta la cosa luego que la deuda era satisfecha.³⁶ Esta acción insertada en el edicto de *rebus creditis* era personal, con fórmula *in factum concepta* y se denominó *actio pignoratitia*.³⁷ Con esto, el deudor quedó en una buena situación para recuperar la cosa dada en prenda. Pero el acreedor carecía de una *actio in rem* (ya que no se había transferido el dominio) para proteger la cosa que tenía en posesión. Esto se resolvió, más tarde, en la época de Adriano a través de la *actio Serviana*³⁸ a la que haré referencia posteriormente.

El acreedor quedó en una situación poco favorecida ya que sólo disponía de una "prenda de embargo" hasta el momento en que se le cubriera la deuda,³⁹ a no ser que mediante cláusulas especiales se le garantizaran derechos adicionales. De esta manera, al acto de constitución del *pignus* solían agregársele varias cláusulas especiales o pactos:

a) El *pactum lex commissoria* por el cual se "otorgaba al acreedor la facultad de cobrarse con la cosa pignorada en el caso de no ser pagada

³² Jörs, *Op. cit.*, p. 222.

³³ Peña Guzmán y Argüello, *Op. cit.*, p. 155.

³⁴ Schulz, *Op. cit.*, p. 389.

³⁵ Vincenzo Arangio-Ruiz, *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la 10a. edición italiana por José M. Caramés Ferro, prólogo por Eduardo R. Elguera, reimpresión inalterada, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1973, p. 292.

³⁶ Iglesias, *Op. cit.*, p. 357.

³⁷ D'Ors, *Op. cit.*, p. 415.

³⁸ Schulz, *Op. cit.*, p. 389, Söhm, *Op. cit.*, p. 190..

³⁹ Söhm, *Op. cit.*, p. 190.

la deuda". Por haber llegado a encubrir prácticas usurarias fue prohibido por Constantino.⁴⁰

b) El *pactum de distrahendo pignore* que autorizaba al acreedor a vender la prenda si no le era pagada la deuda en la fecha fijada, en cuyo caso se cobraba la deuda y entregaba al deudor sólo la cantidad sobrante o *superfluum*.⁴¹ Al generalizarse su uso, el *ius distrahendi* pasó a ser esencia de la prenda y se sobreentendía pactado. Justiniano lo limitó fijando: que si no se había pactado la venta debía dársele al prestamista licencia para vender y cobrar su crédito;⁴² o conminar al acreedor a pagar dándole un plazo hasta de dos años,⁴³ al cabo de los cuales se podía quedar el acreedor con el dominio de la cosa autorizada por el emperador.⁴⁴

c) *Antichresis*, en virtud de que el acreedor pignoraticio posee la cosa dada en prenda por cuenta del deudor, podía pactarse que los frutos se computaran para la solución de la deuda. A este pacto se le llamaba *antichresis*.⁴⁵ Los frutos debían aplicarse primero a los intereses y luego al capital.

d) *Pignus conventum*. Al derecho pretorio se atribuye la posibilidad de que se pactara la prenda sin que el acreedor adquiriera ni la posesión ni el dominio de la cosa, ya que el deudor retenía la cosa en calidad de arrendatario o precarista.⁴⁶ Esto podía hacerse por simple *conventio*⁴⁷ y los derechos del acreedor se limitaban a los concedidos por el pacto de *vendendo*; esta prenda sin posesión, convencional, abría una amplia gama de posibilidades para el comercio jurídico y fue llamada posteriormente *hypotheca*.⁴⁸ Sin embargo, los romanos, poco se valieron de ella.

⁴⁰ Iglesias, *Op. cit.*, p. 357; Código 8.35.3. Invalida la ley comisoraria de las prendas y la prohíbe a futuro.

⁴¹ Iglesias, *Op. cit.*, p. 357; D'Ors, *Op. cit.*, p. 418. Debe recordarse que estos pactos también eran propios de la *fiducia cum creditore*.

⁴² C.8.34.3.1.

⁴³ C.8.34.3.2.

⁴⁴ C.8.34.3.3.

⁴⁵ C.4.2.24.1 el cual se complementa respecto de fundos con lo prescrito en C.4.24.3. Schulz opina que esto no podía presumirse, y que *pactum antichreticum* es una denominación moderna, *Op. cit.*, p. 399. Aunque la denominación sea moderna, es evidente que podía existir tal pacto, por lo menos a partir de Severo y Antonio. En D.20.1.11.1 también se registra este pacto y aunque no se precisa si media hipoteca está dentro del título que se refiere a prenda e hipoteca, y procede de Elio Marciano, *ad formulam hypothecariam* 1, *sing.* Marciano fue un jurista del siglo III. *Vid.* Pietro Bonfante, *Storia del Diritto Romano*, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1959, vol. II, p. 215.

⁴⁶ D'Ors, *Op. cit.*, 417; Söhm, *Op. cit.*, p. 190.

⁴⁷ Söhm, *Op. cit.*, p. 190; Iglesias, *Op. cit.*, p. 357

⁴⁸ D'Ors, *Op. cit.*, p. 420.

B. Antecedentes y evolución de la hipoteca

Antes de desarrollar este apartado parece pertinente delimitar qué es lo que se trata de explicar. Por un lado, ha de hacerse referencia a la prenda sin posesión (*pignus conventum*) y su desarrollo hasta que se generaliza designarla con el vocablo griego *hypotheca*. Por el otro lado, se tratará de explicar cómo se introdujo este vocablo en la práctica romana.

En torno a la primera cuestión D'ors opina que los orígenes de la hipoteca deben buscarse:

- a) En la garantía inmobiliaria de los arriendos públicos,⁴⁹
- b) en la garantía inmobiliaria del arrendamiento rústico.⁵⁰

En el arrendamiento rústico el arrendatario (*colonus*) solía empeñar a su arrendador, como garantía del pago de la renta, los esclavos, animales, aperos de labranza, muebles, etcétera (*invecta, illata, importata, etcétera*) que había traído el predio para trabajar la tierra. Éstos quedaban expresamente afectados en garantía del pago de la renta hasta el término del arrendamiento.⁵¹

En este caso, la garantía a través de la fiducia o la prenda posesoria hubiera impedido el cultivo de la tierra, y en el supuesto de que al arrendatario le quedaran los bienes en precario, el arrendador hubiera "sucumbido ante la *exceptio vitiosae possessionis*".⁵²

⁴⁹ Los bienes podían ser vendidos por falta de pago si estaban afectados a una garantía de un crédito a favor del Estado, si el deudor expropiado volvía a tomar posesión de ellos podía devenir en propietario después de dos años, a esta *usureceptio* se le llamaba *ex praediatura*, en general lo consigna casi toda la doctrina, pero no todos los vinculan con el origen de la hipoteca, *Vid. D'Ors Op. cit.*, p. 420 y Eugéne Petite, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México, Editora Nacional, 1976, p. 272.

⁵⁰ Esta tesis es expuesta por buena parte de los textos sobre derecho romano, en donde se acepta, con pequeños matices. Para explicarla sigo, sobre todo, a D'Ors, Schulz, Iglesias y Jörs. *Vid. Biondo Biondi, Istituzioni di Diritto Romano*, Quarta Edizione Ampliata ed aggiornata, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1965, p. 435; Arangio. *Op. cit.*, p. 293; Bonfante, *Op. cit.*, p. 453; D'Ors, *Op. cit.*, p. 420-21; Iglesias, *Op. cit.*, p. 358; Kaser, *Op. cit.*, p. 145; Jörs, *Op. cit.*, p. 226; Margadant, *Op. cit.*, 283; Peña Guzmán y Argüello, *Op. cit.*, p. 156; Schulz, *Op. cit.*, p. 389-90; Söhm, *Op. cit.*, p. 191; J.A.C., Thomas, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam, North Holland Publishing Company, 1976, p. 332; Dernburg, "I Diritti Reali...", p. 415; Palmieri, "Ipoteca", en *Novissimo Digesto...*, vol. IX, p. 48.

⁵¹ D'Ors, *Op. cit.*, pp. 420-21. Por su parte, Schultz opina que la prenda sólo se constituía si el canon o la renta no eran pagados. Schultz, *Op. cit.*, p. 389; Elio Palmieri, "Invecta et Illata, en *Novissimo Digesto...*, vol. IX, p. 1.

⁵² D'Ors, *Op. cit.*, p. 421 y nota 8.

En fecha incierta, el pretor concedió al arrendador, en el caso de que no le fuera pagada la renta, un interdicto posesorio (*interdictum Salvianum*) por el cual podía obtener la posesión de las cosas empeñadas que pertenecían al cultivador.⁵³ De este interdicto sólo podía servirse el “propietario de un fundo respecto de los bienes del colono que éste último ha establecido como garantía de los alquileres a pagar del fondo”,⁵⁴ y no valía contra terceros.

Esto hace que Iglesias cuestione el carácter de “derecho pignoraticio sin posesión” de este hecho ya que, a su juicio, la prenda no se constituiría “por la simple convención sino por la *inductio* de los objetos e instrumentos en la finca”.⁵⁵

Por su parte, D’Ors afirma que la primera fase de protección para el acreedor la constituye la introducción de una fórmula ficticia por Servio Sulpicio Rufo “con la cual el acreedor podía reclamar de cualquier poseedor la cosa pignorada por el arrendatario rústico”, esta fórmula es llamada Serviana. A su juicio, el interdicto Salviano es posterior, y su creador, Salvio Juliano habría introducido al mismo tiempo una acción ficticia, una *vindicatio utilis*, a favor del acreedor hipotecario contra cualquier poseedor de la cosa pignorada. Esta acción aparece como *actio Serviana* en las fuentes.⁵⁶

Schulz opina que el interdicto Salviano fue creado a fines de la República a favor del arrendador y en contra del arrendatario, y que más tarde, seguramente antes del Edicto de Adriano un pretor desconocido, Servius, concedió al arrendador una *actio in rem* reconocida como *actio Serviana* que se introdujo en el Edicto después del *interdictum Salvianum*. A su juicio, con esto se creó una verdadera hipoteca que consistía en un *ius in rem aliena*.⁵⁷

En la época clásica la *actio Serviana* se amplió en sus aplicaciones y comenzó utilizándose para toda clase de bienes de cualquier persona, incluidos los inmuebles y hasta para casos de prenda. En su nuevo uso se llamó *actio quasi Serviana, pignoraticia in rem* o *hypothecaria*.⁵⁸ El paso definitivo lo había dado Juliano al codificar el Edicto de Adriano al sustituir la fórmula de Servio por otra nueva aplicable a toda clase de *pignus*, sin embargo, la dejó en su lugar originario, después del *interdictum Salvianum*.⁵⁹

⁵³ Jörs, *Op. cit.*, p. 225.

⁵⁴ Gayo, IV, 147.

⁵⁵ Iglesias, *Op. cit.*, p. 358.

⁵⁶ D’Ors, *Op. cit.*, p. 421.

⁵⁷ Schulz, *Op. cit.*, p. 390. En el mismo sentido Jörs, *Op. cit.*, p. 225.

⁵⁸ Jörs, *Op. cit.*, p. 226.

⁵⁹ Jörs, *Op. cit.*, p. 226; Schulz, *Op. cit.*, p. 390.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión que había sido señalada al principio de este apartado, la introducción del término *hypotheca* en el lenguaje jurídico romano, ya que su origen es griego, las dos opiniones que se revisarán son la de D'Ors y Kaser.

El primero, afirma que dicha palabra no aparece en los clásicos y sólo escasamente, entre los de la última época, y que no supone una igualdad con la institución griega de este nombre. Añade que "a Marciano y a Gayo se atribuyen sendos comentarios *ad formulam hypothecariam*" y que probablemente el uso de este término provenga de las provincias orientales.⁶⁰

Por su parte, Kaser se extiende un poco más sobre esta cuestión, aunque afirma que "es todavía una adivinanza averiguar cuándo pasó, y cómo, a las fuentes romanas". A su juicio aparece en los escritos de los grandes clásicos; en algunos pocos textos sospechosos de la literatura de *responsae* y en las pretensiones de los litigantes con mayor frecuencia; y profusamente en los escritos *ad formulam hypothecariam* de Gayo y de Marciano. En las fuentes de derecho romano vulgar frecuentemente falta. Por otra parte, afirma que en la época clásica tanto los grandes clásicos como las escuelas evitaron por lo general el uso de dicho término. A su juicio, quizá se hizo necesaria en el lenguaje jurídico de los órganos de la administración de justicia de las provincias romanas; ahí pudo haber sido mencionada la demanda sobre la cosa *actio formula hypothecaria* ya fuera que el mismo edicto provisional la incluyera así, y que la fórmula se llamara *pignus hypothecave* o que los juristas así la designaran. Añade que quizá Gayo, el comentador del edicto provincial, pudo haber hecho una monografía sobre la hipoteca o haberla trabajado en un estudio posterior al edicto. No aventura demasiadas hipótesis sobre la evolución de la hipoteca griega de la cual, afirma, faltan rastros aprehensibles.⁶¹

V. EL DERECHO VULGAR

De acuerdo con los testimonios de que se puede echar mano, que son bastantes a juzgar por los textos de Levy y Kaser, en el derecho vulgar se perdió la noción de *iura in re aliena* que tanto había costado perfilar,⁶² asimismo se abandonó el término hipoteca, y a la prenda con o

⁶⁰ D'Ors, *Op cit.*, p. 420, nota 1.

⁶¹ Max Kaser, *Das Römische Privatrecht, Das Atrömische, das Vorklassische und Klassischerecht*, Erster Abschnitt, München, C.H., Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1955, p. 389. [T.d.a.] Aunque la transcripción no es literal, sí seguí muy de cerca el texto de Kaser.

⁶² Levy, *West Roman...*, p. 60.

sin posesión se le designó con los términos *rem obligari, pignus, oppignerare* y si se trataba solamente de prenda con posesión también *pignus deponere*.⁶³

Si bien el acreedor de la prenda adquiría un derecho oponible a terceros, no se convertía en propietario, ni siquiera en propietario, por tiempo,⁶⁴ ya que la prenda *ad debitorem non ad creditorem pertinent*. El deudor aunque tuviera la posesión sólo la tenía temporalmente *rem ipsi oppigneratam ad tempus*. Su derecho era real, pero no adquiría la propiedad.⁶⁵

El derecho de prenda al no ser concebido como *iura in re aliena* fue considerando como un derecho de aprehensión por el monto de la deuda.⁶⁶ Este derecho de aprehensión también podía ser ejercido por el estado, municipio o comunidades para cobrarse impuestos o *munera* y los términos técnicos que se utilizaron fueron los mismos que para las hipotecas legales ⁶⁷ *tanquam pigneris titulo, loco pignoris obligentur, obligationem y obnoxia*.⁶⁸

La cuestión de la prenda en materia de derecho público preocupó más a los juristas que la prenda convencional; en materia pública llegaron a concebir al acreedor como propietario de la cosa con la cual se respondía. Los juristas no procedieron así en materia privada.⁶⁹

A pesar de que a lo largo de su evolución la garantía real alcanzó un amplio desarrollo, los romanos siempre utilizaron más la garantía personal. Algunas de las causas de este fenómeno fueron las siguientes:

a) La *fides* romana, el afán de exactitud, la honradez y seriedad en los negocios fueron importantes pilares en que se basó el crédito personal.

b) Parece ser que hasta la época clásica todavía estuvo vigente la ejecución en la persona del deudor.

c) Los capitalistas prefirieron comprar tierras que invertir en préstamos hipotecarios.

d) La ausencia de registros determinó que no se pudiera evitar la constitución de varias hipotecas sobre la misma cosa en forma fraudulenta.⁷⁰

A estas cuestiones se ha de agregar la existencia de las hipotecas le-

⁶³ Kaser, *Das Römische. . .*, 2. Abschnitt, p. 227.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ Levy, *Op. cit.*, p. 60.

⁶⁶ Kaser, *Das Römische. . .*, 2. Ab., p. 227.

⁶⁷ Levy, *Op. cit.*, p. 61.

⁶⁸ *Idem.*, p. 121, nota 132.

⁶⁹ *Idem*, p. 61.

⁷⁰ Schulz, *Op cit.*, pp. 384-385.

gales⁷¹ y generales⁷² del período posclásico para comprender las causas por las que se siguió prefiriendo al fiador.⁷³

VI. FUENTES FUNDAMENTALES PARA EL ESTUDIO DE LA PRENDA Y LA HIPOTECA ROMANAS

En los apartados anteriores he tratado de proporcionar una visión panorámica que abarcara los hitos más destacados del origen y desarrollo de *fiducia*, prenda e hipoteca y la forma en que se desdibujaron estas instituciones en el derecho vulgar. Me ha parecido interesante para dar fin a este breve estudio, dar cuenta de las fuentes que fueron seleccionadas por los compiladores de la época justiniana y posterior, para ser plasmados en el llamado *Corpus Iuris Civilis* y que por tal razón forman parte de la historia del derecho que nos ha nutrido.⁷⁴ No se encontrarán referencias a la *fiducia* en estos textos ya que los compiladores de la jurisprudencia clásica sistemáticamente la sustituyeron por los términos prenda e hipoteca.

Así pues, en las páginas siguientes el lector podrá encontrar las fuentes con las que se conformó la legislación sobre prenda e hipoteca en tiempo de Justiniano. Para esto procederé a realizar un listado de los fragmentos del *Digesto* citado en los seis títulos del libro 20 que contiene lo relativo a prenda e hipoteca, tomando como base la *inscriptio* de cada uno de ellos y agrupando a los juristas de acuerdo con la época en que vivieron. A continuación se hace un listado con las constituciones del *Código* y las *Novelas* en que se tocan ambos temas. Esto proporcionará al lector una idea bastante clara de la cronología de los testimonios que se conservaron sobre prenda e hipoteca en las fuentes mencionadas. El análisis del contenido de cada uno de los fragmentos resultaría: una tarea... de romanos.

⁷¹ C.8.14.1.

⁷² D.20.1.15.1.

⁷³ Margadant, *Op. cit.*, pp. 290-91. Este autor elabora un cuadro muy interesante sobre los defectos del sistema hipotecario romano.

⁷⁴ Mayores detalles sobre el objeto, constitución, causas de extinción etc. de prenda e hipoteca pueden ser consultados en los textos de Margadant, *Op. cit.*, 284-294; Iglesias, *Op. cit.*, pp. 359-365; Dernburg, *Op. cit.*, pp. 419-507; Peña Guzmán y Argüello, *Op. cit.*, p. 158-167. Cito éstos porque son los autores que proceden en forma más sistemática y clara. El de Dernburg, por supuesto, es mucho más amplio ya que al tema completo dedica 100 páginas, de las cuales sólo 10 corresponden a la evolución histórica de *fiducia*, prenda e hipoteca y el resto al análisis dogmático.

*Digesto*⁷⁵*Libro XX*

Título I. Sobre las prendas e hipotecas cómo se contraen y sus pactos
Siglo II d. C.

Gaio, *Ad edictum provinciale*, 1.9, D.20.1.9

De formula hypothecaria I sing., D.20.1.4; 20.1.15

Ulpio Marcelo, *Digestorum* 1.5, D.20.1.27

Cervidio Scevola, *Digestorum*, 1.27, D.20.1.34

Responsorum, 1.1, D.20.1.31; 1.5, D.20.1.32

Siglo III. d.C.

Emilio Papiniano, *Quaestionum*, 1.20, D.20.1.3

Responsorum, 1.2, D.20.1.2; 1. 11, D.20.1.1

Claudio Trifonino. *Disputationum*; D.20.1.33

Giulio Paulo, *Ad edictum pretoris*; 1.19, D.20.1.18; 1.68, D.20.1.7, 12

Quaestionum, 1.3, D.20.1.28

Responsorum, 1.5, D.20.1.29; 1.6., D. 20.1.30

Domizio Ulpiano, *Ad edictum*, 1.15, D.20.1.17; 1.21, D.1.19; 1.63,
 D.20.1.20; 1.73, D.20.1.6, 8, 10, 14, 21

Elio Marciano, *Ad formulam hypothecariam, I. sing.*, D.20.1.5, 11, 13,
 16

Erenio Modestino, *Responsorum*, 1.4, D.20.1.26

Regularum, 1.3, D.20.1.23, 24.25

Differentiarum, 1.7, D.20.1.22

Sin inscriptio, D.20.1.35

★

Título II. Sobre los casos de prenda e hipoteca contraídas tácitamente
Siglo I d. D.

Nerazio Prisco, *Membranurum*, 1.1, D.20.2.4

Siglo II d. C.

Sesto Pomponio, (*Ex variis lectionibus*) *Variarum lectionum*, 1.13,
 D.20.2.7

Cervidio Scevola, *Digestorum*, 1.6, D.20.2.10

⁷⁵ Para ordenar a los autores y a sus obras se siguió la misma sistematización que sigue Bonfante en *Storia...*, vol. II, pp. 209-16.

Siglo III d. C.

Emilio Papiniano, *Responsorum*, 1.20, D.20.2.1

Giulio Paulo, *Sententiarum*, 1.2, D.20.2.8

De officio praefecti vigilum 1. sing., D.20.2.9

Domizio Ulpiano, *Ad edictum*, 1.73, D.20.2.3,6

Elio Marciano, *Ad formulam hypothecariam 1. sing.*, D.20.2.2,5

★

Título III. Sobre las cosas que no se pueden pignorar o hipotecar

Siglo II d. C.

Gaio, *De formula hypothecaria 1. sing.*, D.20.3.2

Siglo III d. C.

Giulio Paulo, *Quaestionum*, 1.3, D.20.3.3

Responsorum, 1.5, D.20.3.4

Sententiarum, 1.4, D.20.3.5

Elio Marciano, *Ad formulam hypothecariam 1. sing.*, D.20.3.1

★

Título IV. Sobre los acreedores preferentes en la prenda o hipoteca y sobre los que suceden en el rango de los acreedores.

Siglo II d. C.

Sesto Pomponio, *Ad Sabinum*, 1.35, D. 20.4.4.

Sesto Cecilio Africano, *Quaestionum*, 1.8, D.20.4.9

Gaio, *De formula hypothecaria 1. sing.*, D.29.4.11

Cervidio Scevola, *Digestorum*, 1.27, D.20.4.21

Responsorum, 1.1, D.20.4.18; 1.5, D.20.4.19

Siglo III d. C.

Emiliano Papiniano, *Quaestionum*, 1.8, D.20.4.1

Responsorum, 1.3 D.20.4.2; 1.11, D. 20.4.3

Claudio Trifonino, *Disputationum*, 1.8, D.20.4.20

Giulio Paulo, *Ad edictum*, 1.68, D.20.4.15

Quaestionum, 1.3, D.20.4.16

Responsorum, 1.6, D.20.4.17

Ad Plautium, 1.5, D.20.4.13,14

Domizio Ulpiano, *Ad edictum*, 1. 73, D.20.4.6

Disputationum, 1.3, D.20.4.5,7,8

Responsorum, 1.1, D.20.4.10

Elio Marciano, *Ad formulam hypothecariam* 1. *sing.*, D.20.6.5,8

Título V. Sobre las prendas o hipotecas

Siglo II d. C.

Cervidio Scevola, *Digestorum*, 1.6, D.20.5.15

Responsorum, 1. 1, D.20.5.11

Siglo III d. C.

Emilio Papiniano, *Quaestionum*, 1.26, D.20.5.1

Responsorum, 1.3, D.20.5.2; 1.3, D.20.5.3; 1.11, D.20.5.4

Claudio Trifonino, *Disputationum*, 1.8, D.20.5.12

Giulio Paulo, *Quaestionum*, 1.3, D.20.5.9

Responsurum, 1.6, D.20.5.10

Decretorum, 1.1, D.20.5.13

Elio Marciano, *Ad formulam hypothecariam* 1. *sing.*, D.20.5.5,7

Erenio Modestino, *Regularum*, 1.4, D.20.5.8; 1.8, D.20.5.6

★

Título VI. Sobre los modos de extinguirse la prenda o hipoteca

Siglo I d. D.

Antistio Labeone, *Posteriorum a Iavoleno epitomarum, libri X*, 1.5, D. 20.6.14

Siglo II d. C.

Gaio, *Ad edictum provinciale*, 1.9, D.20.6.2

De formula hypothecaria 1. *sing.*, D.20.6.7

Cervidio Scevola, *Digestorum*, 1.6, D.20.6.15

Siglo III d. C.

Emilio Papiniano, *Responsorum*, 1.11, D.20.6.1

Claudio Trifonino, *Disputationum*, 1.8, D.20.6.13

Giulio Paulo, *Quaestionum*, 1.3. D.20.6.10

Responsourm, 1.4, D.20.6.11; 1.5, D.20.6.12

Domizio Ulpiano, *Ad edictum*, 1.73, D.20.6.4.6

Disputationum, 1.8, D.20.6.3

Elio Marciano, *Ad formulam hypothecariam 1, sing.*, D.20.6.5,8

Erenio Modestino, *Responsorum*, 1.4, D.20.6.9

★

Código Libro VIII

Título XIV (XIII). De las prendas e hipotecas

Severo y Antonino a Timoteo C.14.1; a Lucio C.14.2; a Máximo C.14.3; a Belio C.14.4

Antonino a Domicio C.14.5; a Quinto C.14.6

Gordiano a Marciano C.14.7; a Festo C.14.8; a Attico C.14.9

Diocleciano y Maximiano a Alejandro C.14.10; a Eufrosino C.14.11;

a Eusebio C.14.12; a Matrona C.14.13; a Apiano C.14.14; a Basilida C.14.15; a Heraides C.14.16; a Poncia C.14.17; a Eulodio C.14.18; a Máximo C.14.19; a Alejandro C.14.20; a Vieto C.14.21; a Antioquiano C.14.22; a Macedonio C.14.23; a Marco C.14.24; a Draconcio C.14.25; a Mauricio C.14.26.

Justiniano a Mena C.14.27

★

Título XV (XIV). Por qué causas se constituye tácitamente prenda o hipoteca

Antonio a Sperato C.15.1; a Próculo C.15.2

Alejandro a Demóstenes C.15.3

Caro, Carino y Numeriano a Africano C.15.4

Diocleciano y Maximiano a Corintia C.15.5

Teodosio y Valentiniano a Florencio C.15.6

Justiniano a Juan, prefecto del pretorio C.15.7

★

Título XVI (XV). De si se hubiera dado en prenda una cosa ajena

Severo y Antonino a Carpo C.15.1; a Latina C.16.2

Antonino a Marcia C.16.3

Alejandro a Segundo C.16.4

Diocleciano y Maximiano a Eutiquio C.16.5; a Zosimo C.16.6; a Cornelia C.16.7

Honorio y Teodosio a Juan, prefecto del pretorio C.16.8

Título XVII (XVI). Qué cosas pueden, o no, obligarse en prenda, y cómo se constituye la prenda.

Severo y Antonino a Optato C.17.1; a Rogato C.17.2
 Antonio a Restituto C.17.3
 Alejandro a Evocato C.17.4; a Septinio C.17.5
 Diocleciano y Maximiano a Rufo C.17.6
 Constantino a todos los habitantes de las provincias C.17.7
 Justiniano a Menna C.17.8

★

Título XVIII (XVII). De quiénes sean considerados preferidos en la prenda

Severo y Antonino a Segundo C.18.1
 Antonino a Cresto C.18.2; a Silvano C.18.3; a Varo C.18.4
 Alejandro a Septimio C.18.5
 Valeriano y Galieno a Filoxeno C.18.6
 Diocleciano y Maximiano a Julián C.18.7; a Fabricio C.18.8; a Asclepiodoto C.18.9; a Polideuca C.18.10
 León a Eritrio C.18.11
 Justiniano a Juan, prefecto del pretorio C.18.12

★

Título XIX (XVIII). De los que suceden en el lugar de acreedores anteriores

Severo y Antonino a Marcelina C.19.1
 Antonino a Félix C.19.2
 Alejandro a Valente C.19.3
 Diocleciano y Maximiano a Corpóforo C.19.4

★

Título XX (XIX). De si el acreedor más antiguo hubiere vendido la prenda

Alejandro a Atención C.20.1
 Diocleciano a Maximiano a Eudemia C.20.2; a Teófilo C.20.3

★

Título XXI (XX). De si se hubiera dado en prenda una cosa común
 Antonio a Venusto C.21.1

Título XXII (XXI). De la prenda pretoria y de que sea procedente la concesión de prenda pretoria y también sobre las acciones de los deudores

Justiniano a Mena C.22.1; a Julián C.22.2

★

Título XXIII (XXII). De si se hubiera tomado prenda por causa de lo juzgado

Antonio a Gabinio C.23.1
Alejandro a Valeriano C.23.2
Gordiano a Antígono C.23.3

★

Título XXIV (XXIII). De si se hubiera dado en prenda una prenda
Gordiano a Lampón C.23.1
Diocleciano y Maximiano a Gemelo C.23.2

★

Título XXV (XXIV). Del parto de la prenda y de todos sus incrementos
Alejandro a Mestriano C.25.1
Diocleciano y Maximiano a Annoso y Antonino C.25.2

★

Título XXVI (XXV). De la remisión de la prenda

Severo y Antonio a Próculo C.26.1; a Materno C.26.2
Alejandro a Tauro C.26.3
Gordiano a Aquilino C.26.4; a Asclepiades C.26.5
Diocleciano y Maximiano a Argio C.26.6; a Paulino C.26.7; a Apolonia C.26.8; a Hermiano C.26.9; a Quintila C.26.10
Justiniano a Juan, prefecto del pretorio C.26.11

★

Título XXVII (XXVI). De que también se obligue prenda por causa de crédito quirografario

Gordiano a Festo C.27.1

★

Título XXVIII (XXVII) De la venta de prendas

Alejandro a Pacata C.28.1; a Máxima C.28.2; a Luciano C.28.3; a Crescente C.28.4; a Sossiano C.28.5

Gordiano a Rogato C.28.6; a Caro C.28.7; a Máximo C.28.8

Diocleciano y Maximiano a Cirilo C.28.9; a Rufino C.28.10; a Rufina C.28.11; a Zotico C.28.12; a Teodota C.28.13; a Modesto C.28.14; a Aviana C.28.15; a Silvano C.28.16; a Agapa C.28.17; a Gayano C.28.18; a Libia C.28.19; a Sabino C.28.20

★

Título XXIX (XXVIII). De que el deudor no puede impedir la venta de las prendas

Severo y Antonino a Marcelo C.29.1

Gordiano a Nepote C.29.2

★

Título XXX (XXIX). De si se ejercitara acción habiéndose vendido la prenda

Alejandro a Agripa C.30.1; a Emilio C.30.2; a Claudio C.30.3

Gordiano a Eudemo C.30.4

Diocleciano y Maximiano a Nonia C.30.5

★

Título XXXI (XXX). De la luición de la prenda

Severo y Antonino a Antioquía C.31.1

Gordiano a Domicio C.31.2

Diocleciano y Maximiano a Floro C.31.3

★

Título XXXII (XXXI). De si uno solo de muchos herederos del acreedor o del deudor hubiere recibido o pagado su parte de deuda

Valeriano y Galerio a Tauro C.32.1

Diocleciano y Maximiano a Claudia C.32.2

★

Título XXXIII (XXXII). De si la convención de la prenda no hubiera seguido la entrega del dinero

Severo y Antonino a Hilario C.33.1

Alejandro a Peregrino C.33.2

★

Título XXXIV (XXXIII). De la impetración del derecho de dominio

Alejandro a Nicola C.34.1

Gordiano a Justa C.34.2

Justiniano a Demóstenes, prefecto del pretorio C.34.3

★

Título XXXV (XXXIV). De los pactos sobre prendas y de la derogación de la ley comisoría respecto a las prendas

Alejandro a Victo C.35.1

Diocleciano y Maximiano a Dionisio C.35.2

Constantino al pueblo C.35.3

*Novelas**Nuevas Constituciones del Emperador León Augusto*

León a Stiliano *Constitución XX*. De que el marido, así como la mujer, no adquiera, premuerta la otra parte, cosa alguna fuera de lo hipotecado.

Nuevas Constituciones o Auténticas del señor Justiniano

Justiniano a Epifanio Santísimo y Beatísimo Arzobispo de esta ciudad Patriarca Ecuménico y Patriarca de Constantinopla, *Constitución VII*. De que no se hayan de enajenar o permutar bienes inmuebles eclesiásticos, o no se les hayan de dar a los acreedores en hipoteca especial, sino que basten las hipotecas generales.

Justiniano a Juan, segunda vez gloriosísimo prefecto de los sacros pretorios de Oriente, Ex Cónsul y Patricio, *Constitución LI*. Que no se hagan pignoraciones en pro de otras personas, y de que así como no necesitan la ejecución de actuaciones las donaciones de los príncipes, así tampoco la requieran las donaciones hechas a los emperadores por los particulares.

Justiniano a Juan, segunda vez... , *Constitución LXII*. De que los inmuebles de la donación antenuptial no sean dados en hipoteca, ni sean de ningún modo enajenados por el marido ni aún consintiéndolo la mujer a no ser que después se la pueda satisfacer a la mujer; y de que esto valga también en cuanto a la dote.

Justiniano a Pedro, Gloriosísimo Prefecto de los pretorios orientales, *Constitución CXVI*. De la enajenación de la enfiteusis, de la

locación, de las hipotecas y de otros diversos contratos de cosas sagradas en todos los lugares.

Otras constituciones de los emperadores Justiniano, Justino y Tiberio.

Justiniano a Narsés Panfronio y al Senado, *Constitución V*, que fue dada en pro de los senadores de Italia y Sicilia.

VII. OBRAS CONSULTADAS

Libros y artículos.

- Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la 10a. edición italiana por José M. Caramás Ferro, prólogo por Eduardo R. Elquera, reimpresión inalterada, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1973, 682 p.
- Bialostoski de Chazán, Sara, "La buena fe en los contratos," en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XX, núms. 79-80, julio-diciembre, p. 1104-1117.
- Biondi, Biondo, *Istituzioni di Diritto Romano*, Quarta edizione, Ampliata ed aggiornata; Milano, Dott. A. Giuffré-Editore, 1965.
- Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. Luis Bacci y Andrés Larrosa, 4a. ed., Madrid, Reus, 1965, 711 p.
- Bonfante, Pietro, *Storia del Diritto Romano*, 2 vol., Milano, Dott. A. Giuffré-Editore, 1958.
- Burdese, Alberto, "Fiducia", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, p. 294-296.
- D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1968, 542 p.
- Dernburg, A. *Pandette*, vol. III, "Diritti Reali", Trad. Francesco Bernardino Cicala, Torino, Fratelli Bocca, 1907.
- Ferrandis Vilella, "Introducción al estudio de los derechos reales de garantía", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIII, fasc. I., enero-marzo de 1960, España, p. 37-62.
- Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, sexta edición revisada y aumentada, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972, 752 p.
- Jordano Barea, "Origen y vicisitud de la fiducia romana", en *Boletín da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, fasc. II, vol. XXIV, 1948, Portugal, p. 322-359.
- Jörs, Paul, *Derecho Privado Romano*, edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel, trad. de Leonardo Prieto Castro, Madrid, Editorial Labor, 1937.

- Kaser, Max, *Das Römische Privatrecht*, 2 v., München, C. H. Beck'sche Verlagshuchlandlung, 1959.
- Kaser, Max, *Derecho Romano Privado*, versión directa de la 5a. edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1968.
- Levy, Ernst, *West Roman Vulgar Law. The law of property*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1951, 305 p.
- Margadant, Guillermo F., *El Derecho Privado Romano*, México, Editorial Esfinge, 1968, 516 p.
- *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula, terza edizione, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, p. 230.
- Palmieri, Elio, "Invecta et Illata", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, p. 1.
- Palmieri, Elio, "Ipoteca", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, p. 48-50.
- Peña Guzmán, Luis Alberto y Luis Rodolfo Argüello, *Derecho Romano*, 2a. ed., 2 v., Buenos Aires, Tipográfica Editorial Argentina, 1966.
- Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, traducido de la 9a. ed. francesa y ampliado por José Hernández González, y prólogo de José M. Rizzi, México, Editora Nacional, 1976, 717 p.
- Schulz, Fritz, *Derecho Romano Clásico*, trad. José Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, Borde, Casa Editorial, 1960, 620 p.
- Söhm, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. de Wenceslao Roces, México, Antigua Librería Robredo, 1951, 414 p.
- Thomas, J. A. C., *Text bok of Roman Law*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1976, 562 p.

Fuentes.

- *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, a doble texto traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Herman y Osenbrügen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas y referencias por D. Ildefonso García del Corral, segunda parte, revisado el texto latino por D. Emilio Hermann, *Código*, tomo II, Barcelona, Tip. de Redondo y Xemetra, 1895.
- *Cuerpo del Derecho Civil Romano* . . . , tercera parte, *Novelas*.
- *Digesto de Justiniano, El*, versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1972.
- Gaius, *Institutas*, texto traducido, notas e introducción por Alfredo di Pietro, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1967.

Ma. del Refugio GONZÁLEZ