



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

DERECHOS REALES DE GARANTÍA: LA HIPOTECA LEGAL PRIVILEGIADA EN ROMA

Autor: Alejandra Sánchez Soria

5º E3 C

Derecho Romano

Tutor: Miguel Campo Ibáñez

Madrid

Junio, 2022

RESUMEN

Tras la prohibición de garantías personales como el *nexum* en la época romana deviene común el uso de garantías patrimoniales. Estas se manifiestan sucesivamente bajo figuras jurídicas que permiten garantizar el cumplimiento de las obligaciones sobre bienes muebles e inmuebles. Con el paso del tiempo y para paliar los defectos de las figuras de garantía real anteriores surge la hipoteca, la cual no requiere entrega de la cosa. Esto permite a los deudores constituir una pluralidad de garantías sobre el mismo bien, por lo que era común encontrarse con diferentes acreedores con derecho de crédito sobre un mismo objeto. Este trabajo de investigación estudia en profundidad el concepto de pluralidad hipotecaria, basándose en fuentes de derecho romano y en doctrina de autores romanísticos, para dar respuesta a los conflictos que puedan surgir a la hora de determinar cuáles son los acreedores preferidos y cuáles suceden a los primeros.

ABSTRACT

After the prohibition of personal guarantees such as the *nexum* in Roman times, the use of patrimonial guarantees became common. These are successively manifested under legal figures that allow to guarantee the fulfillment of the obligations on movable and immovable property. With the passage of time and in order to alleviate the defects of the previous security interests, the mortgage arose, which does not require delivery of the thing. This allows debtors to create a plurality of guarantees on the same property, so that it was common to find different creditors with credit rights on the same object. This research work studies in depth the concept of mortgage plurality, based on Roman law sources and the doctrine of Romanist authors, in order to provide an answer to the conflicts that may arise when determining which creditors are preferred creditors and which ones succeed the first ones.

KEY WORDS

Real guarantees, *pignus*, *pignus conventum*, mortgage, plurality of creditors, privileged mortgage.

PALABRAS CLAVE

Garantías reales, *pignus*, *pignus conventum*, hipoteca, pluralidad de acreedores, hipoteca privilegiada.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
1.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN	5
1.2. JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	6
1.3. METODOLOGÍA	7
CAPÍTULO 1	10
LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN ROMA	10
FIDUCIA	12
1.1. Concepto	12
2.1.1. Fiducia cum creditore	13
2.1.2. Fiducia cum amico	14
PRENDA	15
2.1. Concepto	15
2.2. Efectos y características	16
HIPOTECA	20
3.1. Concepto	20
3.2. Desarrollo histórico	22
3.3. Efectos y características	23
3.4. Hipoteca tácita y legal	25
CAPÍTULO 2	28
LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN ROMA	28
LA SEGUNDA HIPOTECA	28
PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD	31
LA HIPOTECA LEGAL PRIVILEGIADA	34
3.1. Época Clásica	34
3.1.1. Privilegium Fiscii	34
3.1.2. Versio in rem	35
3.2.1. Instrumentum Publicum	35

3.2.2. Privilegium Exigendi Dotis	37
4. CONCLUSIONES	39
5. BIBLIOGRAFÍA	41

1. INTRODUCCIÓN

1.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Desde la época romana se configura la obligación como deber jurídico del que se deriva un vínculo entre deudor y acreedor por el que el primero se somete al segundo hasta el término del cumplimiento de la prestación. Una forma común de vinculación entre las partes en Roma era la figura del *nexum*, por el que el deudor sometía su cuerpo como garantía de pago del crédito al acreedor, de forma que si no se cumple con la obligación el deudor se entregaba personalmente. En el año 263 a.C, la *lex Poetelia papiria* prohíbe esta figura de sometimiento personal como garantía de cumplimiento de obligaciones y lo sustituye por el vínculo patrimonial entre ambas partes. Es así como nacen en Roma los derechos reales de garantía.

El crédito es la base de una sociedad de consumo, y para que este funcione es imperativo establecer garantías de cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Es por ello que sin las garantías reales, la economía se paralizaría. En épocas más evolucionadas, el acreedor tenía el derecho de vender la cosa satisfaciéndose con el precio hasta la concurrencia del crédito. El propietario no podía disponer de la cosa hasta que estuviera pendiente la deuda (JIMÉNEZ BOLAÑOS, 2013)¹.

Consideramos “garantía real” aquél mecanismo que refuerza la posición jurídica del acreedor en una relación obligacional mediante la afección específica de un bien (o de un conjunto de bienes) al cumplimiento de la misma, mediante la constitución de un derecho real. En este caso, por tanto, no se trata de una persona que garantice que el deudor cumplirá sino que un determinado bien, o un conjunto de bienes, quedan directamente vinculados al pago de la deuda, de modo que si el deudor no paga, el acreedor puede despojarle del bien gravado o exigir su inmediata venta, según los casos. Las garantías reales debieron experimentar en Roma una larga evolución, no bien conocida, hasta desarrollar el *pignus* y la *hypotheca* tal como las encontramos en las fuentes (DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, 2014)².

¹ Jimenez Bolaños, MS., La Obligación Civil Romana Y Las Garantías Del Derecho De Crédito, 2013.

² Diaz- Bautista Cremades, A., Origen y evolución de las garantías reales en Roma. Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo, Universidad de Murcia, 2014.

La garantía del pago de los créditos ya existía, por lo tanto, en la época romana y se manifestaba bajo dos formas: las garantías personales y las garantías reales. En Roma eran más comunes las garantías personales ya que resultaba más seguro para los acreedores tener la deuda asegurada por más personas que el deudor. En las garantías reales, en cambio, el acreedor ejerce un poder directo sobre el bien garantizado.

El propósito de esta investigación es estudiar el concepto de los derechos reales en el Derecho Romano concretamente en la pluralidad de acreedores de la figura hipotecaria. El área de investigación va a centrarse por lo tanto en la figura de hipoteca legal privilegiada romana, con la que se pretende dar solución a una serie de cuestiones. Los problemas en los que el trabajo de investigación centra su atención son: cuál es la influencia de los derechos reales de garantía en el código civil español; dónde se haya la diferencia de las figuras de *datio pignoris* y *pignus conventus* desde el derecho romano; quiénes se consideran preferidos en la prenda o en la hipoteca y quiénes suceden en el lugar de los primeros acreedores; cuál es el derecho de los acreedores hipotecarios *primas* y *secundas* en caso de hipotecas generales sucesivas cuando se incorpora un nuevo objeto al patrimonio hipotecado por el deudor; la concurrencia de varios créditos garantizados por hipotecas sobre el mismo objeto.

1.2. JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

La principal razón que ha motivado la realización de este Trabajo de fin de Grado es el uso común de la hipoteca cómo figura de garantía en nuestro derecho positivo actual, figura que se manifiesta en un concepto jurídico existente desde la antigüedad romana y con mucha evolución histórica. Resulta interesante de esta garantía real la asimetría entre deudor y acreedor, así como la gran variedad de supuestos de crédito posibles bajo este derecho real de garantía.

El trabajo de investigación para la alcanzar los resultados se centra en lograr los siguientes objetivos:

- Realizar un estudio exhaustivo sobre los derechos reales de garantía en el derecho Romano.
- Examinar la aparición y la evolución histórica de las figuras que conforman las garantías reales.
- Conocer la figura del *pignus* en profundidad así como sus efectos, características, ventajas y desventajas para el deudor y acreedor.
- Estudiar la aparición del *pignus conventum*, su forma de *ius in re aliena* y sus diferencias destacables con respecto al resto de tipos de *pignus*.
- Identificar los principales problemas que plantea la figura jurídica de *hypotheca* y las consecuencias que esta tiene sobre los efectos del deudor y acreedor.
- Recabar indicios para la resolución de la cuestión de la pluralidad hipotecaria realizando un estudio exhaustivo de los textos jurídicos romanos y fuentes romanísticas profundizando en los conceptos de la “segunda hipoteca”, el principio de “prior in tempore potior in iure”, y los privilegios hipotecarios bajo supuestos tasados por los juristas romanos.

1.3. METODOLOGÍA

Para la culminación del trabajo de investigación se ha realizado en primer lugar un análisis de fuentes. Las obras utilizadas comprenden principalmente el *Corpus Iuris Civilis*, y la obra de “*La pluralidad hipotecaria*” de Bernard Segarra, L. Como es sabido, el *Corpus Iuris Civilis* abarcaba una recopilación de constituciones imperiales y jurisprudencia romanas de 117 hasta 565 llevado a cabo entre los años 528 y 565 por Triboniano bajo la orden de Justiniano, emperador del imperio romano, compuesta por: El primitivo *Codex Iustinianeus* de abril 529, modernizado por el *Codex repetitae praelectionis* del 29 diciembre 534 que es una recopilación de constituciones imperiales que sustituyó al anterior con fuerza de ley; la *Digesta sive pandectae* que es un resumen de la obra de los grandes jurisconsultos romanos, que comenzó a regir desde el 533; la *Institutas* que es una manual para estudiantes de Derecho, publicado en el 533; y las *Novellae constitutiones post Codicem* de 534 al 565 que son nuevas constituciones imperiales que actualizan todo el *Corpus Iuris Civilis*. De todo ello se hará uso principalmente en la obra de el *Digesto de Justiniano y las Institutas*.

Se ha utilizado del mismo modo una serie de artículos científicos consultados en bases de datos bibliográficas. Las bases de datos para acceder a estas fuentes secundarias han sido: Dialnet, Iustel, y Google Scholar. Con respecto a los artículos de investigación, se ha trabajado en profundidad para el análisis en el artículo doctoral realizado por Robles Velasco, LM., “*La pluralidad hipotecaria y el Principio de prior tempore potior iure*”, obra en la que el autor lleva a cabo un estudio de la pluralidad hipotecaria a través de las fuentes desde el derecho griego antiguo al Derecho romano justinianeo.

Tras la lectura y análisis de las fuentes citadas, se ha procedido a elaborar el estado del arte con el objetivo de conocer la información disponible hasta el momento sobre el tema escogido: los derechos reales de garantía y la pluralidad hipotecaria, así como los problemas que plantea la jurisprudencia y la doctrina sobre estos conceptos en el derecho romano, los resultados obtenidos de los autores romanísticos sobre dichas cuestiones y cuáles pueden ser las posibles soluciones.

A continuación, se ha procedido a estructurar el trabajo en los diferentes asuntos a tratar en este tema, y dividirlos en secciones. Con la información recopilada con las fuentes los diferentes bloques a tratar han surgido como: 1. Los derechos reales de garantía en el Derecho romano, y 2. La pluralidad hipotecaria en el Derecho romano y sus cuestiones. Por ello, el trabajo se compone de estos grandes bloques, divididos a su vez en: las garantías reales aparecidas en Roma de forma cronológica; y los principios del derecho y figuras jurídicas propias del Derecho romano que pretenden dar solución a las cuestiones planteadas por la pluralidad hipotecaria.

Seguidamente, se ha tratado cada apartado con la información recopilada en el estado del arte con la intención de definir y mostrar con claridad y coherencia cada concepto. Es importante establecer un concepto claro y profundo de cada figura jurídica en el trabajo a fin de que el lector sea capaz de comprender el origen de las figuras jurídicas establecidas hoy en nuestro derecho positivo, así como para comprender la evolución de los derechos reales de garantía en la época romana y a continuación saber interpretar de forma correcta todo el estudio realizado sobre las cuestiones de la hipoteca romana.

Finalmente se ha procedido a la redacción de la información recabada en cada una de las partes, y a la extracción de conclusiones de los resultados ofrecidos en las obras de cada uno de los autores.

CAPÍTULO 1

LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN ROMA

El deudor o sujeto pasivo en una relación obligacional puede garantizar el cumplimiento de su obligación al acreedor de forma personal o de forma real.

La garantía personal más utilizada es la fianza, que es una institución mediante la cual un tercero ajeno a la relación obligatoria garantiza simultánea o subsidiariamente según las épocas el cumplimiento de la relación obligacional por parte del deudor y en el caso de que no se satisfaga la deuda por el deudor principal se obliga al pago de esta (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2018)³.

Entrando en el contenido de las principales manifestaciones de garantías reales atendiendo época histórica tenemos la fiducia la prenda y la hipoteca respectivamente en el tiempo.

En primer lugar, la fiducia consistía en la transmisión al acreedor de la propiedad de una cosa como garantía de cumplimiento de la obligación. La finalidad de esta figura jurídica es otorgar una garantía pero no se trata de una garantía sobre cosa ajena puesto que se transmite la propiedad del bien al acreedor. Por ello, no es *ius in re alinea*.

En segundo lugar, atendiendo al orden histórico, en la prenda o *pignus datum* se transfiere la posición de una cosa al acreedor pignoraticio como garantía del cumplimiento de la obligación del deudor (pignorante). El acreedor tenía un derecho real de prenda sobre la cosa desde el instante en el que se llevaba a cabo la entrega de la cosa como garantía. (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2018)⁴.

Por último y como figura jurídica más moderna estaba la hipoteca en la cual no se producía la entrega de la propiedad ni de la posesión de un bien como garantía sino que se determinaba de forma específica que el bien objeto de garantía permanecía en la posesión del

³ Fernández De Buján, A., Derecho Romano: Manual Universitario, 2ª Edición, 2018, p.327.

⁴ Fernández De Buján, A., Derecho Romano: Manual Universitario, 2ª Edición, 2018, p.328.

deudor pero quedaba afectado en garantía el acreedor hipotecario para garantizar el cumplimiento de la obligación del deudor.

Habiendo ya introducido las principales manifestaciones de garantía real podremos hablar de una serie de notas características de dichos derechos reales de garantía.

En los derechos reales de garantía, más concretamente en la prenda e hipoteca, el derecho sobre cosa ajena no tiene como objeto el goce y disfrute sino solamente garantizar la deuda al acreedor, lo cual presenta una gran diferencia respecto de los titulares de los derechos *iura in re aliena* como la servidumbre, usufructo, uso, habitación enfiteusis y superficie donde se les reconoce facultades de goce de gran amplitud sobre el objeto en cuestión (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2018)⁵.

Asimismo, podríamos decir que los derechos reales de garantía son derechos en potencia en el sentido de que su titular no podrá ejercitar dicho derecho sino en el caso de que el deudor incumpla su obligación.

Como también se puede apreciar los derechos reales de garantía no se tratan de derechos independientes puesto que requieren de la existencia previa de una relación de deudor y acreedor subordinándose a dicha obligación. Por lo que solamente en el caso de incumplimiento de la obligación se podrá ejecutar la garantía con el fin de satisfacer el cumplimiento de la obligación objeto de dicha garantía.

Podían ser objeto contrato de prenda como de hipoteca todas las *res* que se encontrasen en el comercio, corporales o incorporales, muebles o inmuebles e, incluso presentes o futuras. No obstante, gradualmente se fue haciendo cada vez más frecuente que la prenda recayera sobre bienes muebles y la hipoteca sobre bienes inmuebles.

Tras lo expuesto anteriormente procedemos en este apartado a introducirnos en el estudio de la garantía real romana exponiendo de forma cronológica las figuras jurídicas propias del derecho romano. La finalidad de esta fase de la investigación es estudiar y resolver las diferencias que presentan las distintas figuras jurídicas de garantía. En fiducia se constituye

⁵ Fernández De Buján, A., Derecho Romano: Manual Universitario, 2ª Edición, 2018, p.328.

la garantía con transmisión de la propiedad, en la prenda con la transmisión de la posesión, en la hipoteca sin la transmisión ni de la propiedad ni de la posesión (MIQUEL, 1959)⁶.

1. FIDUCIA

1.1. Concepto

“La figura jurídica de la fiducia constituye la forma más antigua de garantizar de forma real el cumplimiento de una obligación en el acreedor. En las fuentes se habla de *fiducia cum creditore contracta*. Parece haber existido en la época de la Ley de las XII tablas aunque en ese momento era un “pacto de efecto moral basado en la conciencia y lealtad del fideicomisario sin fuerza obligatoria”. La fiducia aparece en la sexta tabla indirectamente al disponer si alguien empeña su cosa transfiere el dominio de una cosa en presencia de testigos. Se hizo uso de esta forma de transmisión durante la República y el Principado de forma común en Roma”(VILLAGRA, 2021)⁷. Conocemos la utilización de esta en estas etapas del Imperio romano gracias a las referencias en Plauto (s. III a C.), Cicerón (s. I a C.), como así también en las Institutas de Gayo (s. II d C.) (LONGO: 1933:163-164). De manera aproximada, podemos ubicar su origen entre los siglos V a II a C. (BELDA MERCADO: 2007: 53).

La fiducia es un contrato formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res Mancipi* mediante *mancipatio* o *in iure cessio* a alguien llamado acreedor fiduciario el cual se obliga a restituir en determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a otra persona designada por éste. Para exigir esta restitución el enajenante dispone de una acción civil que sirvió de modelo a las acciones de buena fe: la *actio fiduciae* (D'ORS, 1968)⁸. El compromiso de devolver la cosa se llamaba *pactum fiduciae*, se restituía el bien una vez satisfecha la obligación objeto de garantía mediante una nueva *mancipatio*, es por ello que se hablase de *remancipatio*.

⁶ Villagra, M., La trascendencia de la fiducia y el fideicomiso romanos frente a la globalización del trust anglosajón en el derecho comparado y en la actual legislación argentina, 2021.

⁷ Villagra, M., La trascendencia de la fiducia y el fideicomiso romanos frente a la globalización del trust anglosajón en el derecho comparado y en la actual legislación argentina, 2021.

⁸ D'Ors, Derecho Privado Romano, 1968, p. 555 apartado 464.

En base a la fiducia romana, y “en función de la diversa finalidad perseguida, se distinguen dos especies dentro del género negocio fiduciario: fiducia cum amico y fiducia cum creditore”(DE ANGEL YAGÜEZ, 2004)⁹. Como expone Gayo, la fiducia se puede contratar de dos formas: “bien con el acreedor, o bien con un amigo para que nuestras cosas estén seguras en su poder (quo tutius nostrae res apud eum sint)” (FUENTESECA, 2017)¹⁰.

La *fiducia cum amico*, como aclara la expresión literal, se contraía con un amigo mientras que la *fiducia cum creditore* se contraía con un acreedor por el derecho de prenda, es decir, como una forma de garantía real para el acreedor. La primera ocurría cuando, por ejemplo, alguien con el propósito de ausentarse por algún tiempo y para evitar cualquier riesgo para su patrimonio transfería a un amigo el dominio de alguno de sus bienes muebles o inmuebles o de todo el patrimonio bajo el compromiso de obtener su recuperación tan pronto como regresara. La segunda ocurría cuando alguien deudor transfería a la otra parte acreedora un objeto para garantizar el pago de su deuda pactando con el fiduciario de tal forma que una vez pagada la deuda el acreedor está obligado a devolverla. En ambos casos la transferencia se realiza bajo la forma de *mancipatio in iure cessio*, es decir, se transfiere el dominio de la cosa fideicomitada (FERNÁNDES DE BUJÁN, 2018)¹¹.

2.1.1. *Fiducia cum creditore*

Los derechos reales de garantía se expresan en la fiducia cum creditore como primera figura jurídica de manifestación. En este género de fiducia, la figura se contrae con fin de garantía. La doctrina expone que esta figura se compone de dos elementos principales. El primero se halla en la enajenación aseguradora o transmisión de la propiedad, y el segundo en el convenio de fidelidad. Para profundizar en el concepto de fiducia, resulta imprescindible el análisis íntegro de sus elementos. Navarro Martorell nos ofrece una definición de cada uno de ellos, tratando de aclarar así el concepto de fiducia romana. Este autor indica que esta figura se sostiene en la teoría del doble efecto: aquel concepto que anteriormente hemos expuesto como “enajenación aseguradora” es aquel elemento real que se materializa en la transmisión de la propiedad del bien; en segundo lugar, el convenio de fidelidad se refiere a un elemento intencional, por el cual el fiduciario “asume la obligación de devolver la cosa al fiduciante una

⁹ León, AM., Negocios fiduciarios y usucapión, 2013.

¹⁰ Degeneffe, MF. La causa fiduciae no existe en España, 2017.

¹¹ Fernández De Buján, A., Derecho Romano: Manual Universitario, 2ª Edición, 2018, p.328.

vez cumplida por éste la obligación garantizada; en caso de no ser cumplida, podría aquél vender a su satisfacción el objeto sin que valiese siquiera el pacto en contrario” (NAVARRO MARTORELL, 1950)¹². Se considera que se concertaba un *pactum fiduciae* por el cual el acreedor se obligaba por su palabra *fides* a devolver el bien una vez cumplida su obligación (ÁLVAREZ, 2021)¹³.

Esta clase de fiducia garantizaba de una manera muy efectiva la obligación del deudor pero en muchas ocasiones suponía un lastre de gran importancia dado que la transmisión de la propiedad de la cosa era necesaria y en muchos casos el valor de la cosa transmitida tenía un valor superior al crédito que venía a garantizar. Asimismo, conllevaba un riesgo dado que el acreedor como nuevo propietario de la cosa transmitida como garantía, podía proceder a la venta de la misma sin tener que esperar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación por parte del deudor siendo dicha enajenación válida, colocando al deudor en una situación en la que solo podía ejercitar la *actio fiduciae* contra el mencionado acreedor fiduciante con el fin de obtener una compensación proporcional a la diferencia del valor de la cosa y el crédito garantizado (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2018)¹⁴.

El autor Jordano Barea indica que en la fiducia de tipo romano “se confiere al fiduciario un poder jurídico ilimitado (titularidad plena y definitiva), personalmente, sin embargo, se obliga a retransmitir al fiduciante o a otra persona por éste indicada el bien transmitido, una vez alcanzado el fin propuesto” (CÁMARA, 1996)¹⁵.

2.1.2. *Fiducia cum amico*

En la figura de *fiducia cum amico* acude a la figura con fin de depósito, comodato o mandato. Esta es celebrada por medio de la *mancipatio*, descrita por Gayo como venta ficticia o simulada, que se celebraba ante cinco testigos estando presente el portador de la balanza.

¹² Navarro Martorell, La propiedad fiduciaria, 1950.

¹³ Álvarez, M. Los Derechos Reales de garantía en el Derecho Romano y su recepción en el Código Civil argentino, 2021.

¹⁴ Fernández De Buján, A., Derecho Romano: Manual Universitario, 2ª Edición, 2018, p.328.

¹⁵ Cámara Lapuente, S., La fiducia de garantía en Navarra, 1996.

Esta clase de fiducia no se realizaba en cumplimiento de una obligación. Era de aplicación en aquellos supuestos en los que, con muy distintas finalidades, se transmitía la propiedad de una cosa a un amigo y este se compromete a devolverla si se producía una determinada circunstancia o un plazo determinado. Esta figura jurídica fue muy utilizada en tiempos de crisis política con el objetivo de evitar la confiscación del patrimonio transmitiendo la propiedad de la cosa, amigos y personas del círculo de confianza, con ruego de su custodia y la futura devolución en un momento político más próspero para el transmitente.

La *fiducia cum amico* se constituye como la “primera manifestación histórica del negocio fiduciario” (FUENTESECA, 1994), y de ella, dan cuenta las más arcaicas instituciones jurídicas: 1- Desde las XII Tablas, en la emancipatio, realizada mediante la triple venta del hijo que provocaba la pérdida de la patria potestad; 2- La *coemptio fiduciae* causa, que fue la forma más usada para sanear, por vía indirecta, las incapacidades de hecho que la mujer tenía por su sometimiento a la Tutela Perpetua Mulieribus; 3- En el testamentum “*per aes et libram*”, o “*per mancipationem*”; 4- En los casos de efectuarse una donatio mortis causa; 5- Otras finalidades de la *fiducia cum amico*, pues su elasticidad permitía salvaguardar los bienes, poniéndolos en manos de un amicus, en los casos de que se hubiere dictado, vg. una *interdictio de aquae et ignis, exilium o deportatio in insulam*, que provocare una *capitis deminutio*¹⁶ (VILLAGRA, 2021), acompañada frecuentemente de la confiscación de los bienes, mecanismo muy usado en momentos de persecución política, durante la época Republicana (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2004), de donde se derivarían con el correr del tiempo los contratos de: mandato, comodato, depósito, etc.

2. PRENDA

2.1. Concepto

El objeto entregado en garantía, y luego la misma garantía, se llama “*pignus*”, llamado prenda en castellano. La figura de la prenda aparece con posterioridad a la fiducia romana. Esta figura abarcaba las figuras de prenda e hipoteca. El concepto de *pignus* comprende la figura de la prenda cuando se transfiere la posesión del bien al acreedor y la hipoteca cuando no se

¹⁶ Villagra, M., La trascendencia de la fiducia y el fideicomiso romanos frente a la globalización del trust anglosajón en el derecho comparado y en la actual legislación argentina, 2021.

transmite la cosa al acreedor (ULPIANO D.13,7,1)¹⁷. Sin embargo, Ulpiano teoriza una distinción entre los conceptos de *pignus* y *hypoteca*. Expone que *pignus* es toda figura en la cual el bien se transmita al acreedor, la *hypoteca* sin embargo constituye aquella figura en la que no es necesaria una transmisión de la propiedad ni de la posesión al acreedor.

Mediante esta figura jurídica el poseedor de la cosa objeto de garantía es el acreedor pignoraticio, por ello, tendrá derecho a la protección interdictal sobre la cosa recibida. Como medios de defensa se le concede al poseedor los interdictos *uti possidetis*, *utrubi* y *unde vi*. El titular del *pignus datum* tenía reconocida legitimación para llevar a cabo la acción pignoraticia o serviana en la época justiniana. Esta acción tenía eficacia *erga omnes* y daba lugar a la extensión de la legitimación originaria del acreedor hipotecario al acreedor pignoraticia (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2018)¹⁸.

2.2. Efectos y características

Ante el caso del incumplimiento de la obligación objeto de garantía se le conceden facultades al acreedor pignoraticio, una vez que su derecho se configuró de forma plena teniendo en cuenta lo acordado entre deudor y acreedor para o bien convertirse en nuevo propietario de la cosa pignorada mediante el *pactum de lex commissoria* o, en su lugar, para proceder a la enajenación de la prenda o *ius vendendi*, haciendo suyo la cantidad de dinero que el deudor pignorante le debía de acuerdo con el *pactum de distrahendo pignore*. la cantidad sobrante, llamada *superfluum* debía ser reintegrada al deudor (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2017). A finales del s. II y principios del s. III d.C., correspondiente a la época de los Severos, el anteriormente mencionado *pactum de distrahendo* se presumía tácitamente establecido salvo disposición expresa en sentido contrario.

La venta de la prenda era llevada a cabo sin ninguna formalidad especial por parte del acreedor y, si el precio obtenido no era suficiente para satisfacer la deuda, el acreedor podía persistir en la reclamación del pago de la cantidad restante. En los supuestos de que el acreedor pignoraticio no consiguiera vender la cosa objeto de garantía se podía solicitar al emperador

¹⁷ Álvarez, M. Los Derechos Reales de garantía en el Derecho Romano y su recepción en el Código Civil argentino, 2021.

¹⁸ Fernández De Buján, A., Derecho Romano: Manual Universitario, 2ª Edición, 2018, p.329.

que el objeto pasara a su propiedad en el plazo de dos años dándose lugar a la extinción de la deuda. El emperador Gordiano estableció que el acreedor tenía el derecho de retención de la cosa o *ius retentionis* en los supuestos de que aún satisfecha la deuda garantizada con la prenda existieran otras deudas sin cumplir por parte del deudor. Esta facultad de retención se denominada *pignus gordianum* y fue establecida mediante constitución en el año 239 d.C (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2018)¹⁹.

La posesión de la cosa recibida en garantía no implicaba que el acreedor pignoraticio pudiese recibir los frutos de la cosa ni podía hacer uso de dicho objeto pudiendo derivar en consecuencias legales por *fortum usus*. En algunos supuestos, los frutos producidos por la cosa objeto de garantía podían ser adquiridos por el acreedor en lugar del correspondiente pago de intereses que la deuda pudiera producir. Esta excepción es de origen griego y recibe la denominación de pacto de anticresis y ha tenido una gran influencia en el derecho civil español actual recibiendo la consideración de una institución con autonomía propia (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2017)²⁰.

Podemos, por lo tanto, definir la prenda como un derecho real de garantía por el cual el deudor pignorante entrega un bien al acreedor pignoraticio, transmitiendo la posesión del mismo, y este último se compromete a devolver el bien una vez cumplida la obligación. Como el *pignus* es solo de derecho pretorio, basta que el pignorante tenga la propiedad bonitaria, y retiene el la posesión civil, que le permite consumir la usucapión en tanto una tercera persona no prive al acreedor de la posesión efectiva de la cosa. El acreedor goza de la protección de los interdictos, por lo que tiene la capacidad de poseer el bien a modo de poseedor propio de éste. Sin embargo, este no podrá gozar de los frutos del bien durante el tiempo en el que se halle poseyéndolo.

El objeto del *pignus* podía ser todo aquello que fuera susceptible de ser comprado o vendido. Podían pignorarse tanto los inmuebles, como los muebles; y, respecto a éstos, respondía el acreedor pignoraticio por custodia, como el comodatario. También era posible la pignoración de derechos reales, créditos e incluso, quizás, servidumbres. En todo caso debía recaer sobre cosas específicas, que se identificaran por sí mismas, aunque, cuando se

¹⁹ Fernández De Buján, A., Derecho Romano: Manual Universitario, 2ª Edición, 2018, p.330.

²⁰ Fernández De Buján, A., Derecho Romano: Manual Universitario, 2ª Edición, 2018, p.330.

pignoraban patrimonios enteros, la prenda se extendía a los géneros contenidos en dicha universitas (DIAZ- BAUTISTA,2014)²¹

Al ser una garantía la prenda presupone la existencia de una deuda que se garantiza la cual puede ser incluso natural o similar. Mientras la deuda garantizada no se cumplió se extingue de otro modo, el acreedor pignoraticio puede poner una *exceptio reivindicatoria* del pignorante; tan pronto la obligación se extingue totalmente, la retención posesoria pierde su causa comarcal y se procede a la acción pignoraticia para la repetición (con una función semejante a la *condictio*).

La prenda es indivisible en el sentido en que la extinción parcial de la deuda no proporcional pignorante una extinción parcial del derecho de prenda: no se trata de una indivisibilidad esencial, como la de las servidumbres, sino por razón de garantía. como no se trata de una indivisibilidad esencial, la prenda hipotecaria, al consistir en un derecho a venderlo objeto hipotecado, puede ser sobre solo una cuota de él.

Cabe mencionar que en un rescripto del emperador Gordiano se faculta al acreedor pignoraticio para retener la prenda cuando, a pesar de haberse extinguido la obligación garantizada, el mismo deudor sigue debiendo algo al acreedor. Aunque se habla de prenda está prórroga posesoria es una simple retención, de modo que el acreedor en ningún caso puede satisfacerse con una cosa retenida por los créditos que no garantiza aquella prenda; ni tiene acción real si se pierde la posesión. La extensión , de este derecho retención, sera a favor del gestor del deudor pignorante.

El derecho del acreedor pignoraticio se extingue pues, por la total extinción de su crédito o la venta de la prenda para satisfacer el acreedor; también por la desaparición de la cosa pignorada. La restitución voluntaria de la posesión al pignorante también extingue la garantía. Por último, como no puede subsistir un *pignus* sobre la cosa propia, la confusión de la titularidad entre propietario pignorante y acreedor pignoraticio produce la extinción del derecho, como ocurre en otros derechos reales sobre la cosa ajena y con las mismas deudas que la prenda garantizada.

²¹ Diaz- Bautista Cremades, A.,Origen y evolución de las garantías reales en Roma. *Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo*, Universidad de Murcia, 2014.

El acreedor pignoraticio no estaba protegido erga omnes, sino que, como simple poseedor, sólo disponía de los interdictos posesorios, que tenían que ejercitarse dentro de ciertos plazos y contra ciertas personas. La *actio in rem (actio quasi serviana)* le fue concedida más tarde, quizás en la redacción del Edictum Perpetuum por Juliano, en tiempos de Adriano. Para recuperar el valor de las impensas realizadas en la cosa disponía el acreedor de la *actio negotiorum gestorum contraria*; respecto a los perjuicios causados por el pignorante, de la *actio de dolo*, y en caso de haberse pignorado dolosamente una cosa ajena, o ya pignorada, del crimen *stellionatus*.

Quizá fuese después del siglo II d.C. cuando el *pignus* se caracterizaría como un *ius in re aliena* de origen pretorio, y el convenio por cuya virtud se constituía una prenda vendría a configurarse como uno de los contratos llamados “reales” de la clasificación gayano-justiniana, de los cuales derivaban acciones *in personam*. En el caso del *pignus* había una *actio pigneraticia in factum* (directa) personal contra el acreedor que retenía indebidamente la cosa que le fue entregada en garantía del cumplimiento de una obligación una vez extinguida ésta. Posiblemente también hubo una *actio pignoraticia in factum contraria* por la que el acreedor, que no estaba en posesión de la cosa, podía reclamarla al pignorante (DIAZ-BAUTISTA, 2014)²².

Junto a la acción *pigneraticia in personam* que podía ejercitar el pignorante, apareció otra de carácter real, por la cual el acreedor pignoraticio podía reclamar la cosa contra cualquier poseedor, incluso el propio pignorante; en realidad es una *vindicatio utilis*, es decir una acción ficticia, en la que el acreedor pignoraticio reclama la cosa pignorada “como si fuese dueño de ella”. Su origen se atribuía al jurisconsulto republicano Servio Sulpicio Rufo (s. I a.C.) y, probablemente, venía referida a los objetos pignorados por el arrendatario rústico en garantía del pago de las rentas (*invecta et illata*). La encontramos con diversas denominaciones: *actio quasi Serviana*, *actio pigneraticia in rem*, *formula Serviana* o *formula hypothecaria*. Salvio Juliano en su redacción del Edicto introdujo un *interdictum Salvianum* y, a continuación, colocó la *actio Serviana*. Esta acción real es la que dio lugar al *pignus conventum* o *hypotheca*,

²² Diaz- Bautista Cremades, A., Origen y evolución de las garantías reales en Roma. *Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo*, Universidad de Murcia, 2014.

esto es, la prenda sin desplazamiento posesorio, que a pesar de su denominación helénica, se desarrolló en el Derecho Romano.

Pignus significaba, por tanto, afección real de uno o varios bienes singulares al cumplimiento de una obligación y el término sirvió para designar al propio tiempo lo que hoy llamamos prenda y la hipoteca, cuya diferencia residía exclusivamente en la transferencia o no de la cosa pignorada. No había en Roma, como en nuestro Ordenamiento actual, una diferencia entre prenda e hipoteca por razón del objeto.

La garantía que ofrece el *pignus* es, en principio, de carácter tan solo coactivo: el acreedor, al retener la posesión pretoria de la cosa pignorada y privar de ella el pignorante, de hacer cumplir, la obligación, pues sólo cumpliendo podrá recuperar la cosa que se ve privado. Sin embargo, el pignorante puede autorizar al acreedor para aprovecharse de la prenda que esté retiene: con ese fin se puede convenir un pacto de renuncia a su acción en determinados supuestos *pactum conventum*.

El *pignus* convencional, tanto en su forma primigenia, con desplazamiento posesorio, como en la versión modificada del *pignus conventum* o *hypotheca*, sirvió como prototipo de garantía real en Roma recibiendo un amplísimo desarrollo en el pensamiento jurisprudencial y una considerable presencia en la normativa emanada de los emperadores.

3. HIPOTECA

3.1. Concepto

Como se ha expuesto en el apartado anterior, la actualmente conocida como hipoteca apareció en Roma bajo el concepto de *pignus conventum* o *hypotheca*. Esta figura conforma una modalidad de *pignus* en la que las partes difieren el desplazamiento hasta el momento en que la obligación garantizada se considere incumplida (D'ORS, 1968)²³. Esto quiere decir que, en el momento de garantizar la obligación no existirá transmisión del bien garantizado, sino que

²³ D'ORS, (1968) Derecho Privado Romano. p.503, apartado 418.

solamente el caso de incumplimiento por parte del deudor, el acreedor podrá recibir la posesión del mismo.

Como hemos visto hasta el momento, la jurisprudencia romana admitía el *pignus* como una garantía real en la que la transmisión de la posesión puede ser inmediata, es decir, en el momento de la constitución de la garantía, o diferida, en la que se transfiere el bien solo en caso de incumplimiento. La primera opción era la más común del *pignus* hasta el siglo I d.C., época en la que el diferimiento de la transmisión o desplazamiento se vuelven muy comunes para constituir garantías en el pago de las rentas de arrendamientos rústicos.

En consecuencia, esta figura jurídica cobra intensidad en Roma posteriormente a la figura de la prenda hacia finales del siglo I d.C. con el propósito de paliar las desventajas que esta última tenía para ambas partes del contrato real. La hipoteca constituye una garantía real que no requiere la entrega de la cosa, sino que se constituye por simple convenio. La entrega de dicha cosa afectada por la garantía solamente se llegaba a producir en los casos de incumplimiento de la obligación principal por el deudor. En su caso, en caso de impago de la deuda, el deudor debía hacer entrega de la posesión de la cosa al acreedor a fin de que éste proceda a la ejecución de la garantía .

Al no suponer una posición actual, la garantía de la hipoteca no es meramente coactiva, si no debe entrar satisfacción: el derecho del acreedor hipotecario consiste en poder tomar una presión para vender y cobrarse con el precio *ius possidendi* y *ius distrahendi* (D'ORS,1968)²⁴.

Al ser la hipoteca una garantía sin posesión inmediata, la garantía real alcanza un campo de aplicación más amplio que el de la prenda. En primer lugar, esta puede constituirse sobre derechos reales y de crédito así como también sobre un patrimonio entero, y sobre bienes futuros del mismo. Por lo tanto, puede constituirse sobre todo aquello que puede venderse.

²⁴ D'Ors, Derecho Privado Romano, 1968, p. 504. apartado 419.

3.2. Desarrollo histórico

La hipoteca alcanza su desarrollo de forma paulatina. Según RODRÍGUEZ LÓPEZ, la historia constitutiva de esta figura puede resumirse en las cuatro fases que se exponen a continuación.

En primer lugar, los romanos constatan que la figura de prenda tenía graves inconvenientes. Para garantizar el pago del arrendamiento, los arrendatarios entregaban útiles de trabajo, esclavos y animales, lo que en roma se denominaba *invecta et illata*, por lo que el deudor quedaba privado de estas herramientas para poder llevar a cabo su trabajo de labranza y ganadería. Como solución se permitió que los objetos muebles introducidos al fundo por el deudor quedaban afectados al pago del arriendo por simple convención sin tener que entregarse al locador. El arrendador se apoderaba de ellos solo en el caso de falta de cumplimiento del pago de la locación. Es entonces cuando por primera vez se constituye una garantía especial en la que no se concede una *actio in rem* para ejecutarla.²⁵

Posteriormente, la hipoteca tenía lugar en supuestos de: acuerdo entre acreedor y deudor, o en algún supuesto de un supuesto con el acreedor; por disposición de las autoridades judiciales; por imperativo legal; mediante disposición testamentaria, o en algunos supuestos menos frecuentes, de forma tácita.

La hipoteca cuya constitución era tácita tenía lugar en los supuestos en los que la actitud o comportamiento es inequívoca por parte de quien la constituye como pueda ser en los casos de arrendamientos urbanos sobre los bienes muebles introducidos en el inmueble por el inquilino o, en los casos de arrendamientos rústicos sobre los frutos obtenidos.

Al final de la República el pretor Salvius concedió al arrendador un interdicto para reclamar ser puesto en posesión de las cosas introducidas en el fundo arrendado. Se trata de interdicto Salviano, este se concedía para entrar en posesión de las cosas que se encontraban en poder del arrendatario pero no podían perseguirse las cosas que hubieran pasado poder de tercero.

²⁵ Álvarez, M. Los Derechos Reales de garantía en el Derecho Romano y su recepción en el Código Civil argentino, 2021.

Posteriormente, en la época clásica el pretor Servio creó una *actio in rem* llamada la *actio serviana* por la cual el arrendador podría dirigirse contra cualquiera que tratase de tentar a la posesión de los útiles y ganados aún contra terceros.

Por último, Salvio Juliano extiende la *actio serviana* a los distintos casos en que se quiera garantizar un crédito (RODRIGUEZ, 2021)²⁶.

Al alcanzar su desarrollo completo, la hipoteca presentaba una doble ventaja económica sobre la prenda posesoria: en primer lugar la posibilidad de que el deudor siguiera gozando del bien pignorado y, por tanto, pudiera hacer frente, con sus rendimientos, al pago de la deuda garantizada, y, en segundo lugar, la posibilidad de constituir sucesivas garantías reales sobre el mismo bien, pues la hipoteca no agotaba las posibilidades crediticias de la cosa, si bien carecía de un sistema de publicidad formal como nuestro actual Registro de la Propiedad, lo que le restaba seguridad jurídica (ROCA, 1968)²⁷

3.3. Efectos y características

Para posteriormente resolver las cuestiones planteadas sobre la figura hipotecaria resulta necesario hacer un estudio de sus principales características y efectos. Con respecto a las características principales, destaca en primer lugar, la ausencia de transmisión de la cosa, por lo que el acreedor no requiere la posesión ni la propiedad para la reclamación de la deuda. Por otro lado, el acreedor podrá entrar en posesión de la cosa cuando el crédito no sea satisfecho por el deudor. El deudor, por lo tanto, conserva la posesión de la cosa hasta el momento de la extinción de la deuda. Podemos decir entonces que la *hypoteca* constituía un derecho real accesorio, indivisible e intransmisible. El bien que constituye el objeto de la hipoteca debía estar dentro del comercio, en la etapa justiniana solo lo eran las cosas corporales a las que se agregan las cosas incorpóreas (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2018)²⁸.

Entre los derechos del acreedor hipotecario se encuentra en primer lugar el derecho de persecución o ejercicio de la acción hipotecaria. El acreedor no pagado al vencimiento puede ejercer la acción hipotecaria no solamente contra el deudor que tiene en manos la cosa

²⁶ Rodríguez López, R. Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo, 2021, Tomo V.

²⁷ Roca Sastre, RM. Derecho Hipotecario, 6.a edición, 1968.

²⁸ Fernández De Buján, A., Derecho Romano: Manual Universitario, 2ª Edición, 2018, p.332.

hipotecada, sino también contra cualquier otro detentador. Hace así valer su derecho real opuesto a todos y puede perseguir la cosa dondequiera que se encuentre. Ahora bien, el tercero que no es personalmente deudor y que está demandado por detentar la cosa hipotecada, puede oponer al acreedor ciertas excepciones. En segundo lugar, el derecho de venta en el que el acreedor no pagado al vencimiento, y teniendo la posesión o habiéndola obtenido por ejercicio de la acción hipotecaria, tiene derecho a vender la cosa hipotecada. No existe la obligación de vender, es simplemente una facultad. En el derecho de Justiniano, si las partes no han regulado las condiciones de la venta, el acreedor debe dirigir una intimación al deudor, u obtener sentencia contra él, y esperar dos años para vender. Por último, el Derecho de preferencia: después de la venta, el acreedor hipotecario tenía derecho de cobrar sobre ella con preferencia ante todos los otros acreedores, si el precio era inferior a lo que le debía el deudor, le queda una acción personal por ese valor en contra del deudor, si sobra dinero, debe restituírselo al deudor (D'ORS, 1968)²⁹.

La hipoteca se extinguía por vía de consecuencia, al mismo tiempo que el crédito que garantiza. Se extingue directamente por las siguientes causas:

- Bien por pérdida o destrucción de la cosa hipotecada; por conversión de la cosa en *res extra commercium* (cosa fuera de comercio);
- Bien por confusión, es decir, adquisición de la cosa por el mismo acreedor hipotecario, porque no se puede tener derecho real de garantía sobre su propia cosa; por renuncia del acreedor que puede ser tácita o expresa, cuando ha dejado vender o hipotecar la cosa sin reservar su derecho;
- Bien por prescripción extintiva de cuarenta años;
- O bien por *praescriptio longi temporis* si el poseedor de buena fe y justo título de una cosa pignorada o hipotecada (ya que las cosas objetos de prenda o hipoteca pueden ser enajenadas tal y como se ha mencionado anteriormente) ignorase esta situación, adquirirá la propiedad de dicha cosa en el transcurso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, puede oponer a la acción hipotecaria la *praescriptio longi temporis* (FERNANDEZ DE BUJÁN, 2018)³⁰. En el supuesto de que el poseedor no tenga justo título pero sí buena fe, podrá adquirir la propiedad de la cosa mediante la prescripción anteriormente

²⁹ D'Ors, Derecho Privado Romano, 1968, p.509 apartado 423.

³⁰ Fernández De Buján, A., Derecho Romano: Manual Universitario, 2ª Edición, 2018, p.335.

mencionada pero la posesión continuada en el tiempo de la cosa deberá ser de treinta o cuarenta años en función de los casos.

3.4. Hipoteca tácita y legal

Las peticiones de los banqueros se orientaron hacia la reclamación de una hipoteca legal, que al principio es rechazada , y finalmente concedida por Justiniano con el Ed. 7.3 acuciado por las calamidades de los tiempos que obligaron al emperador a ello.³¹

En el derecho tardío se puede constituir la hipoteca por acto de disposición testamentaria, así como por presunción jurídica de la voluntad de constituirse e incluso por una directa disposición de ley.

La hipoteca tácita se desarrolla tan solo en la época justiniana, pero hay precedentes clásicos, cuando la hipoteca se convenía mediante una cláusula del contrato de arrendamiento, incluso por un simple inventario, el convenio sobre *invecta et illata*

Para la teoría de las hipotecas legales se parte de preferencia ejecutiva sobre determinados bienes.

Las hipotecas legales se manifiestan en dos géneros: generales y especiales. Las hipotecas legales generales al conjunto patrimonial. Las hipotecas legales especiales se diferencian por gravar bienes determinados.

Como estudiaremos más adelante, destaca un tipo de hipoteca legal durante la época clásica: la hipoteca legal que garantiza los créditos del Fisco. En esta se aplican los créditos que derivan del arrendamiento de la recaudación de impuestos (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2017).

Las hipotecas generales se vuelven comunes en la época postclásica y justiniana. Entre las más importantes destacan las siguientes: en primer lugar, la hipoteca sobre los bienes del tutor o curador, a favor del menor, de la persona con trastorno mental, o del prólogo, en garantía

³¹ Robles Velasco, L. M., La pluralidad hipotecaria en Roma : la aparición de la segunda hipoteca, 2001.

de la administración de su patrimonio. En segundo lugar, la hipoteca sobre la herencia a favor del legatario o fideicomisario, para garantizar el cumplimiento de los legados y fideicomisos. Por otro lado, destaca la hipoteca sobre los bienes del padre o de la madre casados en segundas nupcias, a favor de los hijos del primer matrimonio, en garantía de los derechos hereditarios. Por último, cabe mencionar la hipoteca a favor de la mujer sobre el patrimonio del marido, para garantizar la dote, que estudiaremos más adelante.

La hipoteca no exige el traspaso de la posesión de la cosa hipotecada, solamente se llevara a cabo si el deudor no satisface el crédito garantizado. El ejercicio del derecho a vender la cosa o *ius distraendi* solamente se podrá llevar a cabo ante unos supuestos tasados. Estos son: que la obligación haya vencido y sea exigible; mediante requerimiento formal por parte del acreedor al deudor con el fin de llevar a cabo la liquidación de la deuda o *denuntiatio*; que el acreedor haga pública su toma de decisión respecto de la venta de la cosa objeto de garantía.

No obstante lo anterior, existen una serie de facultades que se le conceden al deudor que hipoteca una cosa en garantía respecto de la cosa hipotecada, las cuales son: consolidación de su derecho de propiedad respecto de la cosa objeto de garantía mediante usucapión, constituir otras hipotecas sobre la misma cosa, ser quien recibe los frutos de la cosa hipotecada y, en último lugar, el deudor podrá enajenar la cosa hipotecada pero esta no desprenderá la condición de cosa gravada con hipoteca.

Los incumplimientos de las obligaciones que quedan garantizadas mediante la *pignus conventum* coinciden en su mayoría con las disposiciones de la *pignus datum*.

El fracaso del desarrollo del crédito hipotecario llegó a consecuencia de la libertad de forma para la constitución de la hipoteca unido a la inexistencia de un accesible sistema de inscripción y publicidad formal en relación con la gran proliferación de hipotecas legales y privilegiadas dando lugar a una inseguridad jurídica respecto de esta forma de garantía real. La única excepción a lo anteriormente mencionado eran las hipotecas a favor del fisco, en las que sí que era preciso la inscripción en un registro público con el nombre de los deudores e identificación de sus bienes. En el Derecho romano no existía el actual sistema de publicidad para que la constitución de la hipoteca sea válida mediante inscripción en el Registro de la Propiedad.

Se trataron de tomar una serie de medidas para disminuir la citada inseguridad del crédito hipotecario vigente destacando algunas como la formalización en documento público o quasipúblico, las cuales pasaban a tener preferencia sobre las supuestas hipotecas anteriores en el tiempo que no tuviesen prueba documental de este carácter incentivando documentar públicamente el crédito hipotecario. Con frecuencia en Roma se cometían actos delictivos, o actuaciones dolosas y fraudulentas en la esfera del crédito hipotecario, por lo que se llevó a cabo la tipificación del crimen *stellionatus*. Las actuaciones más frecuentes que se trataban de perseguir eran: la hipoteca de una cosa ajena, la simulación de la venta de una cosa hipotecada, o el solapamiento oculto de hipotecas que gravaban la cosa. Es decir, se hipotecaban una y otra vez una cosa ya hipotecada con anterioridad.

CAPÍTULO 2

LA PLURALIDAD HIPOTECARIA EN ROMA

El intensivo estudio de los derechos reales de garantía en el derecho romano va a darnos los pilares jurídicos para continuar con el objeto principal de la investigación: la concurrencia de varios créditos garantizados por hipotecas sobre el mismo objeto, lo que conocemos como la pluralidad hipotecaria. Esto ocurre debido a la falta de desplazamiento posesorio que permite la acumulación de garantías por distintas obligaciones sobre el mismo objeto, incluso sobre un objeto ya pignorado una vez en prenda posesoria. Esta parte del trabajo se refiere a un análisis del referente histórico de la figura de la hipoteca de la que subsisten actualmente numerosos privilegios crediticios en el Derecho positivo español.

1. LA SEGUNDA HIPOTECA

El nacimiento de las segundas hipotecas se produjo a través de un proceso evolutivo gradual: primero por la necesidad de la devolución previa de los antiguos acreedores para que surgieran las hipotecas posteriores. Esto significa que es necesario el efecto de disolución de la hipoteca anterior. De esta forma, el primero es garante de la misma cosa, mientras que el segundo no puede tener virtualidad (ROBLES VELASCO, 2001)³².

El siguiente paso es permitir que se construya una segunda hipoteca, incluso si en la hipoteca anterior no se alcanzó el cumplimiento de la obligación. Dicha hipoteca anterior continuará existiendo y coincidirá con la segunda y nueva hipoteca, surgiendo el efecto de la existencia de dos hipotecas sobre la misma cosa. Estudiemos más de cerca estas dos etapas de esta evolución.

D.20.1.15.2:

“Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam

³² Robles Velasco, L. M., La pluralidad hipotecaria en Roma : la aparición de la segunda hipoteca, 2001.

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, cum primo debito liberata res fuerit? De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae? Et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus”³³.

Gayo documenta de forma clara el funcionamiento del *superfluum*: se da garantía al deudor en dos casos posibles, esté o no satisfecho el primer acreedor. En principio, una segunda hipoteca sólo puede constituirse de tal manera que el primer acreedor tenga garantía para ser pagada, de modo que el segundo acreedor pueda tomar plena seguridad de toda la cosa. Parte de la doctrina explica el texto de Gayo de que la segunda hipoteca recae sólo sobre la parte necesaria del valor costero, pero también está condicionada a la extinción del derecho del primer acreedor. Si lo entendemos así, podríamos pensar que es absurdo asimilar y extender el *superfluum* de garantía al conjunto de las cosas cuando la garantía de la que hablamos recaerá sobre objetos distintos, o el margen generado en exceso del valor, o a cambio de la suma del valor del inmueble, suponiendo que la garantía difiera en cantidad y valor, haría incomprendible el texto.

Podemos concluir que el segundo acreedor no puede tener más derechos que los del *ius offerendi*, salvo por supuesto que sea un acreedor privilegiado, concepto del que hablaremos más adelante en este artículo.

D.13.7.2:

“Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit, tunc tibi numos credidisti, quos Lile solvit ei creditori, cui pignus dederat, tibi que cum eo convenit, ut ea res, quam iam vendiderat, pignori tibi esset, nihil le egisse constar, quia rem alienam pignori acceperis; ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere coepisse, neque ad rem pertinuisse, quod tua pecunia pignus sit liberatum”³⁴.

En el supuesto que nos plantea el texto, el deudor vende y entrega la cosa dada en prenda, pagando al acreedor cuya garantía desaparece. El nuevo acreedor solicita constituir un

³³GAYO LIBRO SINGULARI AD FORMULAM HYPOTHECARIAM, D.20.1.15.2.

³⁴POMPONIIUS LIBRO SEXTO AD SABINUM, D.13.7.2

derecho de prenda sobre la propiedad vendida, pero dado que es probable que el primer derecho de prenda se libere con el dinero del segundo acreedor, la propiedad ya no está en la propiedad y no constituye un nuevo derecho de prenda. La mano del deudor; en cambio, cuando se paga al acreedor actual, el nuevo cliente no recibirá ningún gravamen. Aquí, siempre que el comprador reciba el artículo de forma gratuita, es imposible establecer una prenda sobre un artículo que ya pertenece a otra persona.

C.8.19.1:³⁵

“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 creditur, ut Idem pignus et obligetur et in locum eius succedat.”

El texto destaca que la sucesión del acreedor hipotecado no siempre se produce cuando se paga al acreedor hipotecado, sino sólo cuando se constituye una nueva garantía por el mismo crédito y sucede un nuevo acreedor en lugar del anterior.

D.20.4.13:

“Insulam tibi vendidi et dixi. prioris anni pensionem mihi. sequentium tibi accessuram, pignorumque ab inquilino datorum ius utrumque seculurum; Nerva, Proculus, nisi ad ultramque pensionem pignora sufficerent, ius omnium pignorum primum ad me pertinere, quia nihil apertum dicitur 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 primum quamque pensionem pignorum causa sequatur”³⁶.

El texto nos plantea dos supuestos. El primero, si un no propietario pignora la misma cosa para dos acreedores seguidos, se da preferencia al primero. Sin embargo, en el segundo caso, si dos no propietarios constituyen una prenda a favor de dos personas diferentes, Paulo cree que es preferible el que es propietario.

³⁵ SEVERUS ET ANTONIUS, C.8.19.1

³⁶ PAULUS LIBRO QUINTO AD PLAUTIUM, D.20.4.14.

Resumiendo lo anterior, podemos concluir que el surgimiento de las hipotecas secundarias debió ser un proceso paulatino, pero es probable que el origen esté en la fórmula *si quid superesset* o fórmula que conviene al resto, recayendo en lo superfluo, aunque sea también se admitió en una evolución posterior: incluso como cláusula puramente de estilo, no habría acuerdo sobre la fórmula anterior. Apoyando la estructura formulaica está el hecho de que los juristas romanos solo desarrollaron sus métodos de juegos de acción en lugar de teorías abstractas, y según ROBLES VELASCO, lo lógico es pensar en un progresivo desarrollo a través de las fórmulas procesales.

2. PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD

Este principio jurídico nos permite conocer en qué momento se determina el alcance de una hipoteca. Existen dos opciones: este momento es bien cuando se constituye la hipoteca, bien cuando se hace efectivo el derecho. Para el estudio de este precepto, vamos a analizar los siguientes textos:

D.20.4.1:

“Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit: subsequuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit: mox residuae quantitatis numeratio impleta est: quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem qui dotem promisit compellitur, non utique solutionem observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis. Nec probe dici in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur”³⁷.

Según Papiniano, considerando las obligaciones que no son en especie, como las hipotecas con convenio de amortización de dote, es necesario considerar la naturaleza de las obligaciones que definen su momento constitucional. Por lo tanto, es necesario prestar atención a la composición de la obligación, no al tiempo de entrega. Lo que hace válida una hipoteca es el momento en que se produce el cumplimiento o incumplimiento de la obligación.

D.20.4.9; D.20.4.9.1:

³⁷ PAPINIANO LIBRO OCTAVO QUAESTIONUM, D. 20,4.1.

“Qui balneum ex calendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur: idem ante calendas iulias eundem erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem erotem locatorem praetor tueri deberet, respondit debere: licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea causa eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potioem eius causam habendam.

1. Amplius etiam sub condicione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit, si modo non ea condicio sit, quae invito debitore impleri non possit”

³⁸.

En estos textos, se considera que el arrendamiento del baño garantiza el pago de esta obligación al esclavo. Para África encontraremos prioridad a la hora de crear obligaciones, ya que este es un derecho que puede constituir protección.

D.20.4.11y D.20.4.11.1:

“Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.

1. Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat condicio, ut potior sit qui postea credidisset. Sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. Quod et melius est”³⁹.

En este texto, Gaius o Gayo prioriza a quien pide dinero prestado primero y obtiene una hipoteca; pero esta preferencia es a pesar de que previamente accedió a otro hecho, a pesar de que no recibe ninguna cantidad de él. En D.20.4.11.1 fue un paso más allá y admitió que la prioridad era el primer acreedor, aparentemente considerado un acreedor posterior -aunque en este caso el último que entregaba el dinero prestado y aceptaba al acreedor hipotecario- no el acreedor primario. Pero esto no formaliza su obligación de tener su crédito garantizado con

³⁸ AFRICANO LIBRO OCTAVO QUAESTIONUM, D20.4.9; D.20.4.9.1.

³⁹ GAYO LIBRO SINGULARI AD FORMULAM HYPOTHECARIAM, D.20.4.11; D.20.4.11.1.

hipoteca. Esta situación parece contradecir la del fragmento anterior, pero busca protección en la noción de que las obligaciones se consideran inherentemente puras una vez que se cumplen las condiciones.

D.20.3.4:

“Titius cum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam: quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur. Respondit, cum in potestate fuerit debitoris post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit”⁴⁰.

El pensamiento final es que los juristas romanos no parecen haber abordado explícitamente el problema de prioridad de las hipotecas múltiples. Esto fue al menos antes del siglo II d.C. C. Y posiblemente hasta principios del III d. C. Los conflictos de jerarquía se entienden resueltos por *condicio melior possidentis*.

Fue a mediados del siglo III d.C. C., cuando el plural de hipotecas parece estar bien definido y el conflicto de preferencia de un acreedor sobre otro se articula por la introducción de la regla de prelación temporal (*prior in tempore potior iure*) establecida en D.20.4.11. Gayo, habiendo formulado el principio de prelación, parece tener dudas de si podemos interpretarlo como una consecuencia de la idea de dar garantía hipotecaria a una obligación condicional, y por tanto, en la mentalidad romana, no existe. por esta razón, el estudio de equivalencia del binomio complejo preferencial puede consultarse primero a través de la fuente (ROBLES VELASCO, 2001).

Después de analizar textos básicos como Africano D. 9 , Papiniano. D. 20, 4, 1; Paulus. D. 20, 3, 4; Gayo. D. 20, 4, 11, hemos concluido que el momento decisivo que indica la ubicación de cada acreedor hipotecario es el momento en que se encomiendan los bienes para el cumplimiento de sus obligaciones, es decir, el momento en que se constituye la hipoteca.

⁴⁰ PAULUS LIBRO QUINTO RESPONSORUM, D.20.3.4.

3. LA HIPOTECA LEGAL PRIVILEGIADA

Las hipotecas privilegiadas garantizan créditos independientemente de su fecha en el tiempo. Es por ello que se califican independientemente de la fecha en que se formó la hipoteca. Los ejemplos más destacados de hipotecas privilegiadas son las constituidas a favor del fisco, y las realizadas por quienes adelantan fondos para adquirir o conservar la garantía, porque la acción beneficia a otros acreedores hipotecarios, por ejemplo, suponiendo que la cosa se pierde, y por tanto se da en el objeto del trato preferencial de la hipoteca.

En el caso de varios acreedores con hipotecas prioritarias sobre una misma cosa, la ley debe establecer una jerarquía colocando el crédito en primer lugar a favor del erario público, luego a favor de las mujeres que devuelven las dotes y en último lugar a los intereses de los acreedores refraccionarios.

3.1. Época Clásica

3.1.1. *Privilegium Fisci*

El argumento más tradicional en la doctrina, que el crédito hipotecario a favor del fisco se refiere al período clásico, supone la quiebra sobre el principio de prelación. Sin embargo, no creemos que el privilegio de tesorería sea suficiente para invalidar los derechos de un tercero, especialmente si los derechos de terceros se basan en actos anteriores de los derechos de tesorería, aunque la transferencia posterior de bienes sujetos al privilegio de tesorería no impedir que haga valer esos derechos.

Como sujeto de derecho privado, el fisco puede constituir una hipoteca a su favor, no diferente de la hipoteca de cualquier sujeto privado (Scaev. D. 20, 4, 21 pr.), sin embargo, según el Emperador Caracalla 213 y 215 Los dos Constituciones de (C. 8, 14 [15], 1 y 2), la aparición de hipotecas legales a favor del Tesoro para cobrar impuestos impagos, y, además,

prevaleciendo sobre las hipotecas privadas, también extendió el privilegio de contratar hipoteca (ROBLES VELASCO,2001) ⁴¹.

3.1.2. *Versio in rem*

Otros casos de privilegio hipotecario del período clásico analizados por el autor son aquellos en los que el acreedor presta dinero al deudor para reparar o mejorar la garantía (la versión in rem), en virtud de la prohibición del enriquecimiento injusto (Pomp. D. 50 , 17, 206) y en el emperador Marco Aurelio (Ulpiano. D. 12, 1, 25; D. 42, 3, 1; D. 42, 5, 24, 1; D. 42, 5, 24, 1; Pap. D 20, 2, 1) o los que han pagado el precio de la garantía (aquí a favor de la constitución del autor del emperador Diocleciano en 293, C. 8, 8[17], 7, contra los que ven un origen clásico (Ulpiano-Marcus D. 20, 4, 7, 1).

Con la versión de privilegio sobre la propiedad o *versio in rem*, se da preferencia a quienes constituyen una hipoteca sobre dicha propiedad como garantía de un préstamo para reconstruir un edificio destruido. Sus orígenes se encuentran en los decretos de Marco Aurelio, que inicialmente se aplicaban a la reconstrucción y reparación de edificios, aunque un número creciente de interpretaciones jurídicas promueven la aplicación y extensión del privilegio a otros supuestos similares, como por ejemplo para Gastos de reconstrucción, armamento, y navegación de barcos.

Finalmente, se asimila la prerrogativa de la versión objetual en la trama *salvam fecit totius pignoris causam*, cuyo mérito es proteger aquellas cosas introducidas en graneros, o bienes inmuebles similares (ROBLES VELASCO, 2001)⁴².

3.2. Época Postclásica

3.2.1. *Instrumentum Publicum*

Sólo el *Instrumentum publicum* o las escrituras públicas redactadas por Tabellio son el vehículo idóneo para constituir una hipoteca, al aportar una cierta garantía de autenticidad, que

⁴¹ Robles Velasco, L. M., La pluralidad hipotecaria en Roma : la aparición de la segunda hipoteca, 2001..

⁴² Robles Velasco, L. M., La pluralidad hipotecaria en Roma : la aparición de la segunda hipoteca, 2001.

goza del reconocimiento de prelación documental por su propia función de dar a conocer la garantía.

Por tanto, el instrumento o documento redactado por tabellio es un documento profesional de carácter técnico, que es apto no sólo para la reflexión escrita de los actos judiciales, sino también para los convenios o actos extrajudiciales, y es un vehículo ideal para constituir actos más allá de la hipoteca (ROBLES VELASCO, 1999)⁴³.

La constitución imperial de Constantino de 316 ya estipulaba que el acto de acuerdo no necesita ocultarse, lo que presupone que el documento tabelional ha de ser obra de un técnico a diferencia de la escritura privada. Encontramos su equivalencia en el *secrete confecta*. (ROBLES VELASCO, 2018).⁴⁴.

Como expone ROBLES VELASCO, “los documentos redactados por tabellio necesitan ser saneados (*in mundum*), excepto la suscripción de tres testigos, la autorización (o finalización) de tabellio y la entrega del acuerdo entre las partes (*absolutio*). En este sentido, se diferencia de las simples actas de asamblea o partidas contractuales (*scheda conscripta*), ni de los simples mundos, o tal vez de los documentos limpios para el trabajo auxiliar de tabellio”.

Por lo tanto, el documento debe declararse como una fórmula perfecta (una declaración por *complevit et absolvi*). A partir de ese momento, está obligado a cumplir el contrato. En occidente, la entrega de los documentos al destinatario la realiza el propio tabellio previa mediación entre las partes según esquemas tradicionales.

El documento de Tabellio no tiene fides publica, que se reserva para los actos notariales in actis de quienes han sido otorgados ius actus confizandorum, aunque tiene trascendencia como prueba suficiente en aquellas diligencias del tribunal donde se cita el documento.

Así, los documentos notariales redactados por tabellio ofrecen cierta garantía de autenticidad, aunque con algunas características de privacidad y confidencialidad. Estas

⁴³ Robles Velasco, L. M., Privilegios hipotecarios en favor de los municipios en el Derecho Romano postelásico, 1999.

⁴⁴ Fernández De Buján, A., Derecho Romano: Manual Universitario, 2ª Edición, 2018, p.335.

características, que serían un obstáculo para su comprobación en la actualidad, eran, en su momento, muy del gusto de la nobleza bizantina de la época, y por ello tendían a rechazar la vía documental, y todo lo que supusiera revelar sus asuntos comerciales y económicos. . Precisamente, esta hostilidad a la transparencia documental ha llevado a otorgar un privilegio especial a los banqueros para que, sin tener que admitir en su propia contabilidad documental, sin que tuvieran por ello que recurrir a la publicidad documental (ROBLES VELASCO, 2018)⁴⁵.

3.2.2. *Privilegium Exigendi Dotis*

Otro privilegio de la hipoteca es el privilegio de la mujer de devolver su dote, que comenzó a manifestarse entre los juristas clásicos (Paul. D. 42, 5, 18; Ulp. eod. 17, 1), pero esto cobrará cada vez más importancia, hasta que Justiniano (el eminente legislador uxorius) lo consagró por fin, concedió a las mujeres un derecho real a la restitución de la res uxoria, que era una hipoteca tácita y también privilegiada ante todos, con exención de impuestos (Iust. C. 5, 13, 1; 5, 12, 30; 8, 17 [18], 12; 96 nov., 2). Este es el origen de la hipoteca Dotal, un sistema con una larga historia, incluso en nuestro derecho positivo (cf. art. 169 y ss. LH).

La obligación de devolver la dote tiene su precedente en la constitución de Antonino Caracalla del 213 d. C., quien admite que *Privilegium exigendi dotis* tiene una preferencia indiscutible por el crédito personal, incluso superior al crédito real posterior. Sin embargo, para considerar el crédito por la devolución de la dote como una acción real, es necesario pasar de la conducta prescrita anteriormente al reconocimiento de la legitimidad de la mujer y al reconocimiento de la legitimidad de la mujer de carácter individual (ROBLES VELASCO, 2005)⁴⁶.

Sin embargo, pasará bastante tiempo antes de que surja el crédito dotal garantizado por prendas estatutarias y pueda ser considerado universal frente a otros créditos privilegiados distintos del erario público. Para ello es necesario establecer que la garantía hereditaria de la dote es verdadera, tendencia iniciada por Caracalla (C.7.73.2) y completada por Justiniano bajo

⁴⁵ Robles Velasco, L.M., *Instrumenta, notarius y publicidad. la forma documental hipotecaria*, 2018.

⁴⁶ Robles Velasco, L. M.. *El reconocimiento de la legitimación de la mujer en el derecho romano: el privilegium exigendi dotis*, 2005.

la constitución del año 529 d.C. C. (C.5.12.30) - Reconocer la acción real a favor de la mujer si los bienes están en el patrimonio del marido, o la propia acción hipotecaria si no lo está ya.

Finalmente, sólo un año después, Justiniano (C.5.13.1) no sólo abolió la *actio rei uxoriae*, sino que concedió una hipoteca como garantía de la devolución de la dote. Dicha hipoteca se convierte en mora y preferencia sobre otras hipotecas.

ROBLES VELASCO nos indica a grandes rasgos que la retribución real de la dote sólo puede entenderse como derecho de la mujer, siempre que haya contraído matrimonio y éste sea válido. Lo confirma el texto de Ulpiano recogido en D.23.3.3, donde se consigue el resultado de identificar la dote con el matrimonio, de tal forma que si no se puede mantener el matrimonio, no hay dote. Así, al menos en el derecho clásico, SOLAZZI concluye que "el privilegio es crédito dotal, pero no dote sin matrimonio, de modo que aunque se hiciera una contribución hereditaria en ausencia de matrimonio, me resulta imposible reclamar el privilegio".

Por eso, Hermogeniano distingue cuando la mujer da dote, abriéndole así la posibilidad de "actos de soltería", y cuando aún no está casada o es menor de doce años, por lo que incluye una condición como dote entre conductas individuales.

4. CONCLUSIONES

1- Los autores abordan una cuestión fundamental de cuál es la solución cuando múltiples acreedores privilegiados acuerdan hipotecar un mismo objeto. En el caso de igualdad de privilegios, se aplica la regla de prioridad temporal.

2- Si existen múltiples acreedores con el mismo crédito privilegiado o hipotecas con distintos tipos de privilegios, la solución no es tan sencilla. En la primera hipótesis, parece que los pagos deberían hacerse por orden de límite de crédito. En el segundo caso, en cambio, los juristas romanos justinianos debían establecer un conjunto de reglas que favorecían expresamente al erario frente al crédito público, que habían sido proclamadas en la época clásica y confirmadas en épocas posteriores. Período clásico. Algunos autores creen que esto está justificado, dado el interés público que persigue la tributación.

3- De igual modo, los autores romanísticos examinan la cuestión de la consistencia entre el privilegio de la dote y la hipoteca real, y muestra cómo Justiniano tendió al privilegio de las mujeres en general.

4- En el caso de hipotecas múltiples, un acreedor puede sustituir a otra clase de acreedores por herencia. Así sucede cuando un acreedor de una clase posterior se ofrece a sí mismo un derecho de prelación o de otra clase, el llamado *ius offerendi*: así el acreedor que hace la oferta es desinteresado y paga a la persona que le dio el dinero en sustitución de su preferencia.

5- Consentimiento para resolver los derechos de hipoteca, dando prioridad a los derechos de hipoteca consistentes en bienes temporales para que los acreedores de rango superior agoten su prenda ejerciendo su derecho de venta, mientras que los acreedores de rango superior no tienen garantía real.

6- La prelación se determina por la fecha de la hipoteca, no por el crédito garantizado, la falsificación de fechas es sancionada con delito falso.

7- Si la garantía se constituye simultáneamente a favor de una pluralidad acreedores, el poseedor tiene prelación: *poseis meliorem esse condicionem*. Esta prioridad se cambió a favor de las hipotecas que se consideran privilegiadas, ya fueran tradicionales, legales o favorables al fisco.

8- En el caso de hipotecas múltiples, un acreedor puede subrogarse en otro nivel (sucesión subrogada). Este es el caso (*ius offerendi*) cuando un acreedor superior ofrece una oferta sobre la cantidad que debe. Para ellos, el acreedor que hacía la oferta era desinteresado, y el acreedor que le pagaba tenía su prioridad.

9- El principio de *prior tempore potior iure* estará sujeto a una serie de excepciones que pueden basarse ampliamente en estos dos grupos: Prioridad de Privilegio y Prioridad de Documento. Para que más tarde un segundo acreedor pudiera subrogarse en una hipoteca, era necesario un acuerdo previo, por lo que la cláusula condicional redundante podía, salvo en lo derivado de la práctica griega y, por tanto, no propia del derecho romano clásico, aparecer como una cláusula de estilo, suponiendo que la segunda hipoteca existe, si la cosa no existe la primera hipoteca, por lo que se extiende a toda la cosa, y en todo caso existe sobre la cosa superflua.

10- El derecho de *ius offerendi* permitirá la subrogación de los derechos del acreedor precedente así como la afirmación de estos al nuevo acreedor que le sucede.

11- La doctrina se ha inclinado por la aplicación del principio de que la hipoteca más antigua prevalece sobre todas las demás hipotecas. De ello concluimos que el primer acreedor tiene enormes derechos sobre todos los demás acreedores, y estos privilegios tienen el poder de perjudicar en algún momento a los demás acreedores hasta perder la garantía real. A tal efecto, se dictaron las siguientes medidas: el acreedor hipotecario debe declarar si su propiedad está garantizada por un *pignus conventum* con anterioridad; el antiguo acreedor hipotecario tiene derecho a desinteresarse a otra persona y sustituir a aquella cuyos derechos se han extinguido.

12- Hay algunas excepciones al principio de primera hipoteca en fecha, debido a la naturaleza del crédito, ciertas primeras hipotecas tienen prioridad sobre todas las demás hipotecas independientemente de la fecha.

5. BIBLIOGRAFÍA

Arias Ramos, *La doctrina de la conventio y el origen de la hipoteca romana*, 1943, RDP, 313.

Álvarez, M.B., *Los derechos reales de garantía en el derecho romano y su recepción en el código civil argentino*. Universidades de Belgrano, Buenos Aires y Flores, 2021.

Bernad Segarra, L., *Excepciones al principio prior in tempore potior in iure en la pluralidad hipotecaria : el privilegio a favor del fisco, estado de la cuestión en nuestro ordenamiento actual*. Revista General de Derecho Romano, 2010, 15, 3.

Bernad Segarra, L., *Sobre la versio in rem : del privilegium exigendi a la hipoteca legal privilegiada en Derecho romano*. Revista General de Derecho Romano, 2013 . 21, 6.

Bueno Delgado, J. A., *Precedentes romanos del derecho de retención de la prenda*. RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano, 2013 . 10, 120–166.

Bustos Pueche, J. E., Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio. *Anuario de Derecho Civil*, 539-572, 1990.

De Angel Yagüez, R., *Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Enero-Febrero 1973, pág. 50

Diaz- Bautista Cremades, A. *Origen y evolución de las garantías reales en Roma*. Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo, Universidad de Murcia, 2014.

D'Ors, A. *Derecho Privado Romano*. EUNSA, Universidad de Navarra, 1998.

Fernández de Buján, A., *Derecho romano: manuales universitarios*. Aranzadi - Thomson Reuters, 2018.

Fuenteseca Degeneffe, M., *La hipoteca en Roma*, 2013.

Gómez Buendía, C., *La fiducia en el derecho romano clásico y su posterior evolución*, 2006.

Jordano Barea, J.B. *EL negocio Fiduciario*, J.M.Bosch, Barcelona 1959, pág.26.

Miquel, J., El rango hipotecario en el Derecho romano clásico. *Anuario de historia del derecho español*, 1959,p. 229-316.

Moro Serrano, *Las formas de garantía real en Roma*, 1989,RCDI, 65, pp. 715- 736.

Murga Gener, *Una aparente contradicción entre Juliano y Gayo-Paulo sobre el rango hipotecario*. Estudios Iglesias, II Madrid, 1988, pp. 859-873.

Navarro Martorell, M., *La propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950, pág.31.

Orroño Ullrich, B. I., & González Bodor, M. I., *Evolución histórica de los derechos reales de garantía*. Doctoral dissertation, Universidad Finis Terrae (Chile) Facultad de Derecho, 2017.

Pérez De Ontiveros Baquero, C., *Consideraciones En Torno Al «pacto De Fiducia Cum Creditore»*, Universidad de Las Palmas, 2015.

Rascón García, C.. Sobre las garantías reales. (Buenos Aires, 1999). *Fundamentos romanísticos del Derecho Contemporáneo*, 2021, 1221-1236.

Robles Velasco, L. M., *La pluralidad hipotecaria y el principio de prioridad: prior tempore potior iure*, 2001.

Robles Velasco, L. M., *Privilegios hipotecarios en favor de los municipios en el Derecho Romano postclásico*, 1999.

Robles Velasco, L. M., *La pluralidad hipotecaria en Roma : la aparición de la segunda hipoteca*, 2001.

Robles Velasco, L. M., *Instrumenta, notarius y publicidad; su relación con la hipoteca en el derecho postclásico y justiniano*, 2002.

Robles Velasco, L. M., *El reconocimiento de la legitimación de la mujer en el derecho romano: el privilegium exigendi dotis*, 2005.

Santos, A., & Javier, F., Libros. BERNAD SEGARRA, L.:La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en Derecho Romano y en el Derecho Civil español». ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 2013, 1402-1405.

Velasco, L. M. R.. *La pluralidad hipotecaria y las hipotecas privilegiadas en el derecho romano* (Doctoral dissertation, UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)), 2021.

Vilella, J. F., *Introducción al estudio de los derechos reales de garantía*. Anuario de derecho civil, 1960, 13(1), 37-62.