

## NUEVOS ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO ROMANO

En los dos últimos años han aparecido tres monografías de Derecho hipotecario romano referentes a problemas de convalidación y de rango; el trabajo de WUBBE que trata de la pignoración de cosa ajena<sup>1</sup>, el nuestro sobre el rango hipotecario<sup>2</sup> y el de TONDO que abraza ambos temas estudiándolos por separado<sup>3</sup>. El hecho de que estos trabajos se hayan cruzado ha impedido que sus autores pudieran tener en cuenta y valorar mutuamente sus resultados<sup>4</sup>. En cambio, hemos tenido la suerte de que un romanista tan insigne como el profesor KASER se haya ocupado de la materia —en un artículo sobre el libro de WUBBE y una recensión sobre TONDO y MIQUEL<sup>5</sup>—, haciendo un balance de los resultados alcanzados en la investigación y aportando, a su vez, soluciones nuevas a puntos concretos. De este modo comienza a llenarse una laguna en materia tan descuidada por la moderna romanística. La meta debe ser lograr una exposición de conjunto de los derechos reales de garantía en Roma, pues la maravillosa obra de DERNBURG<sup>6</sup> no responde, como es lógico, a las exigencias de la actual investigación histórica.

Vamos a intentar resumir los resultados alcanzados por WUBBE y TONDO en materia de convalidación para referirnos luego a la segunda parte del libro de TONDO que trata el tema del rango hipotecario.

I. Los trabajos de TONDO y de WUBBE difieren mucho entre sí, tanto por los puntos que tocan dentro de la misma materia como por el método empleado. Mientras el primero de estos autores trata ampliamente del tema de la convalidación en una exposición sugestiva, profunda, aguda, y, a la vez, convincente, la médula del trabajo del romanista holandés está integrada por el estudio de la expresión *in bonis*, tanto en la acción Pu-

---

1 F. B. J. WUBBE, *Res aliena pignori data. De verpanding van andersmans zaak in het klassieke Romeinse Recht*. Leiden, 1960.

2 Vide AHDE, 29 (1959), 229-316.

3 S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*. Roma, 1959.

4 WUBBE pudo consultar la obra de T., pero ya en un estado muy avanzado de su investigación.

5 SZ, 78 (1961) y ib. Gracias a la amabilidad del autor me fué posible consultar estos trabajos antes de su publicación. La orientación que de ellos he recibido no queda del todo reflejada por las veces que los cito. El magnífico estudio *in bonis esse* constituye, a más de un excelente resumen del trabajo de WUBBE, una verdadera aportación en la materia.

6 DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des klassischen römischen Rechts*. Leipzig, 1860-64.

bliciana como en la Serviana, cayendo, paradójicamente, su mejor aportación — sus brillantes tesis sobre la *actio Publiciana* y la *exceptio rei venditae et traditae*— fuera del tema propuesto. Ambos autores comienzan fijando los presupuestos metodológicos sobre los que se va a apoyar su labor, siendo esta toma de posición radicalmente diversa: mientras WUBBE —siguiendo la orientación hoy día dominante<sup>7</sup>— parte del concepto de acción, si bien separándolo y contraponiéndolo exageradamente al derecho subjetivo<sup>8</sup> y dando una importancia excesiva a cuestiones de prueba<sup>9</sup>, TONDO, en cambio, nos ofrece una muestra del llamado método dogmático, empezando su labor con «brevi considerazioni di carattere dogmatico» con objeto de «rimouvere alcuni grossi equivoci che hanno talmente offuscato la visione del problema de determinare autentiche sturture» (pág. 3), en vez de comenzar por interrogar directamente a las fuentes.

Para analizar y valorar las aportaciones de ambos autores se impone —dada la diversidad aludida— un análisis separado de sus concepciones.

1. WUBBE arranca —de acuerdo con sus presupuestos metodológicos— del tenor de la fórmula Serviana, intentando precisar el significado del requisito de que la cosa esté *in bonis* del pignorante al tiempo de la *conventio pignoris* (págs. 11 ss.). Defiende la tesis de que la expresión *in bonis* es totalmente incolora, frente a la moderna romanística, que le otorga un significado técnico. Cita aquí WUBBE el conocido texto de Gayo 2.40 y 41. Según Gayo hubo en Roma dos tipos de propiedad *ut alius possit esse ex iure Quiritium, alius in bonis esse*. Así, el que transmitió una *res Mancipi* —no por *mancipatio* o *in iure cessio*, sino por simple *traditio*— sigue siendo propietario *ex iure Quiritium*, en cambio, el adquirente tiene la cosa simplemente *in bonis* hasta que se consume la usucapión, momento en que pasa a tenerla *in bonis et ex iure Quiritium*. La moderna romanística llama propietario bonitario a la persona que habiendo adquirido una *res Mancipi, a domino*, por simple *traditio*, se encuentra usucapiéndola. De aquí se deduce que tener la cosa *in bonis* no es lo mismo que ser propietario bonitario, pues éste deja de serlo, consumada la usucapión, para convertirse en propietario quiritario, y, en cambio, sigue teniendo la cosa *in bonis*. WUBBE terminará por concluir que es erróneo exigir en la acción Serviana la prueba de la propiedad bonitaria o quiritaria del hipotecante en el momento de la *conventio pignoris* (pág. 16). Desde luego creemos que el problema planteado por WUBBE puede reducirse a una mera cuestión terminológica. Se trata simplemente de que nos pongamos de acuerdo en la terminología a emplear. Si decimos que tanto el propietario bonitario de la moderna romanística, como el propietario quiritario

<sup>7</sup> Por todos vide Rabel, *Grundsätze*, 3; D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano* (1943), 22 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht* I (1955), 198.

<sup>8</sup> KASER, SZ, 78 (1961).

<sup>9</sup> KASER, 1c.

tienen la cosa *in bonis* (Gayo 2, 41) y la fórmula Serviana pide la prueba de que la cosa estuvo *in bonis* del usucapiente en el momento de la *conventio pignoris*, es claro que este requisito no coincide con la propiedad bonitaria. Ahora bien: si se hace equivalente *in bonis* y propiedad bonitaria afirmando que ésta no se transforma en quiritaria, sino que viene englobada por ésta, entonces podemos decir que basta que el pignorante sea propietario bonitario. Argumentar pasando de una posición a otra es puro juego. Estamos de acuerdo con las precisiones terminológicas de WUBBE pero siempre que no se desorbite su alcance.

A continuación (págs. 18 ss.) estudia WUBBE el origen de la *actio Publiciana*, partiendo de la distinción de KASER entre la propiedad relativa de la época de las acciones de Ley y la propiedad absoluta del procedimiento formulario: mientras en la *actio sacramento in rem* el juez tenía que decidir cuál de los pretendientes a una cosa en un litigio tenía mejor derecho, en la fórmula petitoria debía, en cambio, decidir la cuestión de cuál de los dos era propietario. De este modo, la acción Publiciana habría venido a llenar la laguna que surgía en el tránsito de una ordenación a otra, es decir, ahora la podían emplear los litigantes que, no pudiendo demostrar su propiedad, pudieran, en cambio, probar un mejor derecho que sus oponentes<sup>10</sup>. Consecuentemente ataca WUBBE la tesis de Lenel según la que la *actio Publiciana* fué creada para el adquirente de una *res Mancipi* por simple *traditio*. Si el pretor, arguye WUBBE, hubiera querido proteger al llamado propietario bonitario, es probable que hubiera fingido en la fórmula que la *res Mancipi* había sido transmitida por *mancipatio* y, de este modo, el actor no se hubiera ahorrado la prueba de que el enajenante era propietario (pág. 37). Sobre todo, añade convincentemente, no hubiera configurado el tenor de la fórmula de modo que correspondiera a todo adquirente con título, lo mismo *a domino* que *a non domino*.

La fórmula de la acción Publiciana, cuyo tenor conocemos por Gayo (4, 36), exige que el actor demuestre que le fué vendida la cosa y luego que le ha sido entregada por el vendedor. WUBBE se plantea aquí (págs. 23 ss.) el problema de si el actor tiene que probar los requisitos de *bona fides* y *res habilis*. Con razón contesta negativamente a esta pregunta. Pero va mucho más lejos aún con su tesis de que la falta de los requisitos *res habilis* y *bona fides* en el actor no aprovecha al demandado como no tenga un título mejor. Ahora bien: en el caso de que el demandado tenga un título mejor ya no tiene que probar el vicio de la cosa o la mala fe para defenderse con éxito. De modo que estos dos requisitos sólo juegan un papel cuando una de las partes intenta apoyar su propiedad en una usucapión ya consumada. Para defender esta tesis tan radical se fija WUBBE en los requisitos de la fórmula de la *actio Publiciana* donde no se menciona ni *res habilis* ni *bona fides* puesto que no forman el

---

10 Comp, KASER. RPR, I (1955) 368.

tema de la prueba. KASER<sup>11</sup> ha objetado certeramente: a) Que las fórmulas no suelen enumerar las circunstancias que son materia de prueba del actor, sino las condiciones de la *condemnatio*, siendo indiferente quien haya de probarlas. b) Que, en realidad, la fórmula Publiciana tiene en cuenta los requisitos mencionados, si bien bajo la ficción de la usucapación<sup>12</sup>. Al estudiar la legitimación activa en la acción Publiciana (páginas 62 ss.) aconseja WUBBE juiciosamente que no se emplee este término para designar a la persona que reúna los presupuestos materiales de la *condemnatio*, pues es el juez quien decide esta cuestión y no el pretor. Es mejor, por eso, decir que se encuentra legitimada activamente para la *rei vindicatio* la persona que afirma *in iure*, que *apud iudicem* probará su propiedad, y para la acción Publiciana la persona que quiere probar que le ha sido vendida y entregada la cosa que posee el demandado. Se encuentra también legitimado para la acción Publiciana aquel que, en realidad, no necesitaba de la usucapación e, incluso, aquel que nunca hubiera podido usucapir (p. e.: por tratarse de una *res furtiva*).

Como complemento de la acción Publiciana estudia WUBBE la *exceptio rei venditae et traditae* (págs. 39 ss.). Mientras la opinión dominante, que sigue a Lenel, ve aquí la excepción del propietario bonitario contra la *rei vindicatio* del propietario quiritario, advierte WUBBE certeramente, que la *exceptio rei venditae et traditae* es simplemente la excepción del comprador contra el vendedor que le entregó la cosa basándose en el contrato de compraventa. Es indiferente, a este respecto, que el vendedor reclame con la *rei vindicatio* o con la *actio Publiciana*. Naturalmente WUBBE no excluye que en el caso concreto pueda también el propietario bonitario utilizar esta *exceptio* frente al propietario quiritario, pues su formulación cubre también este supuesto.

En el capítulo II de su libro pasa WUBBE a estudiar las palabras *in bonis* en la fórmula Serviana. Partiendo del dogma de que nadie puede probar un derecho de otro (pág. 95), encuentra WUBBE absurdo que el acreedor hipotecario tenga que probar la propiedad civil o bonitaria del hipotecante al tiempo de la *conventio pignoris*. Para él la *actio Serviana* sólo exige del actor que demuestre frente al tercer poseedor la tenencia fáctica de la cosa en el pignorante *tempore conventionis*, esto es, la simple prueba de que se hubiera podido entregar la cosa de haberse constituido una prenda manual. Naturalmente, no podemos compartir una tesis que lleva el sello de lo improbable. La consecuencia absurda de esta tesis, que WUBBE admite expresamente (págs. 79 ss.), es que el ladrón pueda pignorar válidamente y que el tercero adquiriera la acción Serviana<sup>13</sup>.

11 KASER, SZ. 78 (1961).

12 KUNKEL (RPR<sup>3</sup>, 142, núm. 1) destaca con razón cómo en la fórmula de la *actio Publiciana* se presupone que, aparte de una válida *iusta causa* de adquisición, se encuentran también presentes todos los demás requisitos de la usucapación, y, en especial la buena fe.

13 Contra WUBBE, acertadamente, KASER, SZ. 78 (1961).

Tras haberse referido a la pignoración por el que tiene la cosa, y a la relación entre pignoración y representación pasa WUBBE a estudiar la convalidación, tratando del célebre texto de Africano D. 20, 4, 9, 3. Aquí se plantea el romanista holandés la hipótesis de que Ticia no hubiera adquirido la propiedad. En tal caso, dice WUBBE, Ticio hubiera vencido al marido por encontrarse el inmueble *tempore conventionis in bonis Titiae* y no plantearse el problema de la propiedad. Como no aceptamos la interpretación de WUBBE de las palabras *in bonis* es lógico que no aceptemos su tesis en este punto. En cambio, es de aplaudir el que WUBBE siga a la opinión dominante al afirmar la condicionalidad de la segunda hipoteca. El capítulo termina con una interpretación muy sugestiva de la célebre antinomia entre Paul D. 13, 7, 41 y Mod. 20. 1, 22.

En el capítulo III trata WUBBE de la *actio pignoratitia*. Frente a la opinión dominante sostiene la improbable tesis de que esta acción no encuentra aplicación en el caso de que el demadado pueda, pero no quiera, entregar la cosa. WUBBE afirma que es imposible un no querer doloso o culposo. Parece fuera de duda que el problema planteado no existe en realidad: consecuentemente los textos que cita no prueban nada. La consecuencia que saca WUBBE de su teoría es que la acción reivindicatoria del propietario no concurre normalmente con las acciones de depósito, comodato o prenda.

En el capítulo IV, estudia WUBBE los interdictos pignoraticios y su conexión con la acción Serviana. Respecto al *interdictum de migrando* (página 175 ss.) que limita las extraordinarias facultades del propietario frente al inquilino, sostiene WUBBE, de acuerdo con Ulp. D, 43, 32, 1, pr. y Gayo. eod. 2, que el interdicto no presupone que las cosas estén *in bonis* del pignorante. Frente a KRELLER defiende WUBBE, a nuestro juicio sin demasiados argumentos, que el tercero no podía liberar sus propias cosas en poder del arrendatario con la acción real derivada de la *perclusio*. Respecto al *interdictum Salvianum* (págs. 122 ss.) WUBBE se adhiere con acierto a la tesis de KRELLER y de KASER, para quienes este interdicto no se dirigía únicamente contra el arrendador, sino también contra cualquier tercero. Pero otra vez dominado por la tendencia general de su obra, cree WUBBE que el propietario no pueda vindicar sus cosas del arrendador que las posee, ni siquiera hacer valer su derecho de propiedad contra el interdicto.

El remate del libro de WUBBE lo constituye el capítulo V, donde estudia la interpretación extensiva de las palabras *in bonis* en la fórmula Serviana. Después de tratar de la pignoración de patrimonios, de cosas que aún no existen, pasa a la pignoración de una *res futura*. A este respecto, queremos destacar que W. intencionadamente, no tiene en cuenta la distinción de DERNBURG entre pignoración anticipada y convalecencia que constituye uno de los pilares sobre los que se asienta el trabajo de TONDO.

Es posible que estas breves referencias sirvan para dar una idea del trabajo de W. En general, podemos decir que se trata de una obra en

que no faltan observaciones agudas y sugestivas, pero los resultados a que llega su autor son casi siempre poco convincentes. El modo de llevar siempre el raciocinio hasta sus últimas consecuencias, aun cuando choque con la realidad, el radicalismo fácil, fruto de una originalidad quizá excesiva, y, sobre todo, la falta de sentido práctico para comprender las soluciones viables, quedan compensadas por la agudeza conceptual, por la coherencia lógica de un sistema unitario y por lo sugestivo de las observaciones. Por eso queremos destacar que la obra de W. hay que enjuiciarla más que por las conclusiones a que llega por los problemas que plantea y por los caminos que abre a todo el que quiera profundizar en los temas tratados.

2. La obra de TONDO comienza con una «impostazione del problema della convalida per sopravvenuto acquisto dell'*in bonis*. Distingue a este respecto, entre pignoración de cosa ajena y pignoración subordinada a la adquisición futura<sup>14</sup>. Ambos problemas son distintos: el primero se refiere al tratamiento del negocio inválido con vistas a su posible sanatoria y, en cambio, el segundo implica que entre la celebración del negocio y la entrada en vigor de la regulación de intereses que éste supone, debe haber una distancia cronológica (pág. 3). Por tanto, el diagnóstico de la validez o invalidez sólo puede tener sentido en el momento en que el negocio va a desplegar sus efectos. De ahí se desprende claramente que hay una correlación lógica entre la invalidez y el planteamiento del problema de la convalidación: presupuesto esencial de ésta es la invalidez inicial del negocio jurídico. Aquí ataca TONDO duramente a KOSCHAKER<sup>15</sup> por creer que no es lógicamente compatible hablar de invalidez y reconocer luego la posibilidad de convalidación. Y es paradójico que T. censure al eximio autor alemán por utilizar un concepto formalístico de invalidez cuando él mismo está operando con conceptos procedentes de la pandectística<sup>16</sup>. También ataca T. a KOSCHAKER por haber introducido los conceptos de convalidación directa e indirecta: la primera tiene lugar en el ámbito de los negocios de Derecho honorario; la segunda, en cambio, en los de Derecho civil, es decir, el negocio civil inválido en un principio no se convalida más que indirectamente en el marco del Derecho honorario. Con razón arguye T. que esta distinción no hace más que introducir una perspectiva falsa en el estudio del tema (pág. 7).

En la investigación de las fuentes toma T. como punto de partida Pap. D. 20, 1, 1, pr., sosteniendo que el tema central del texto lo constituye la contraposición entre la pignoración de cosa ajena y la pignoración subordinada a una futura adquisición. En el primer caso es distinto

14 Comp. DERNBURG *oc.* I, 276.

15 KOSCHAKER, *Ein Beitrag zur Lehre vom Nachbündrecht und vom bedingten Rechtsgeschäft*, en "Scritti Ferrini (Milano) III (1948), 234 ss., y *ir.* 4, 23 D. 44, 4 *Contributo a la storia e alla dottrina della convalida nel diritto romano*, en "Iura" 4 (1953) 1 ss.

16 En este sentido KASER, SZ, 78 (1961).

el tratamiento según el acreedor pignoraticio ignora que la cosa era ajena (aquí se concede una *actio utilis*) o no (se le concede una simple *retentio*). En cambio, es irrelevante el estado de conciencia del acreedor pignoraticio en la pignoración de una *res debita*. Para sostener la clasicidad del texto, T. lo compara con D. 37, 6, 8, también de Papiniano. No obstante, no nos parece acertado tomar como punto de partida de toda la exposición un texto tan sospechoso como D. 20, 1, 1, pr. y mucho menos, claro es, construir sobre él toda una teoría. Por una parte, hay que destacar que el tema central no es aquí la contraposición entre la pignoración de cosa ajena y la de una *res debita*, sino la contraposición que T. ha pasado por alto, entre pignoración de todos los bienes presentes y futuros y la cosa singular<sup>16 bis</sup>. Por otra parte, hay que volver a insistir en que la clasicidad del texto no está asegurada<sup>17</sup>. Pasa luego T. a estudiar D. 20, 4, 9, 1. propugnando una reconstrucción que, naturalmente, viene a confirmar sus resultados. Con el mismo fin se refiere a D. 16, 1, 58. Al advertir, en cambio, en D. 41, 4, 42 un tratamiento distinto cree T. poder fijar una evolución en el pensamiento de Papiniano: mientras en las *Quaestiones* —siguiendo la orientación dominante— habría considerado irrelevante el estado de conciencia del acreedor pignoraticio, en las *Responsa* habría distinguido tal como hemos visto en la L. 1, pr. En este punto no podemos estar de acuerdo con el autor, pues dada la interpolación de las palabras *qui-alienum*, nos inclinamos a creer que no existe tal evolución y que Papiniano no se apartó en este punto de la orientación general de los juristas clásicos.

La justificación de la convalidación la busca T. acertadamente en la imposibilidad de *venire contra factum proprium*. Sigue luego una parte muy interesante del libro de TONDO, donde se examina el caso en que el pignorante de cosa ajena sucede al propietario y el supuesto contrario. En el primer caso, las fuentes contestan a la pregunta de un modo unitario: es evidente que aquí se opera, sin más, la convalidación y T. aplica en este punto, acertadamente, el principio de la imposibilidad de *venire contra factum proprium*, atacando justamente la tesis de Bonfante de una sucesión en la voluntad del difunto (pág. 76 ss.). Pero también en el caso contrario en que el propietario sucede al pignorante es acertada la idea de T. Las fuentes nos han conservado en este punto una controversia: mientras Paulo en D. 11, 7, 41 se inclina por la solución negativa, Modestino en D. 20, 1, 22 se muestra partidario de la convalidación. La razón de la diversidad la encuentra T. —siguiendo a su maestro Betti— en que Paulo considera que el hecho de la sucesión no prejuzga sobre un derecho que le compete con independencia de ésta (pág. 77 ss.).

16 bis KASER loc. cit.

17 Aunque no podamos admitir totalmente la radical crítica de KASER en este punto, no obstante, nos inclinamos a creer con RABEL *oc.* 495, núm. 4, que las palabras *qui-alienum* no son clásicas.

Ahora bien: Paulo aparece preocupado por atenuar en un plano práctico las consecuencias de su tesis mediante la concesión de los oportunos remedios, de modo que la contradicción viene de este modo a atenuarse (pág. 118 ss.).

II. La segunda parte del libro de TONDO, que trata del «concorso di pegni successivi», produce la impresión de haber sido algo menos trabajada que la primera. Por eso, se acentúan aquí los defectos que en la primera parte aparecían difuminados. El lastre dogmático del trabajo aparece con toda claridad. Los textos no se encuentran colocados escalonadamente por épocas, sino que aparecen polarizados en un mismo plano, con lo que de ordinario se pierde la perspectiva histórica, desdibujada ya por falta de crítica textual. Falla también la sistemática: ésta no responde a una idea unitaria, sino que las materias se van acumulando al ir surgiendo los problemas. Por último hay que aludir a las extensas lagunas que presenta el tratamiento de la materia, es decir, hay muchos problemas que no han sido estudiados. Pero por encima de todos estos defectos, brilla a gran altura la personalidad del autor y un pensamiento dogmático muy fuerte, que profundiza siempre en los problemas sin resbalar sobre ellos.

TONDO comienza su estudio con un análisis del célebre texto de Africano<sup>18</sup>. De acuerdo con la opinión dominante<sup>19</sup>, defiende la condicionalidad de la segunda hipoteca<sup>20</sup>, aunque sin explicarnos su gestación<sup>21</sup>, con lo que naturalmente se pierde la razón de una configuración tan extraña. Examinando las fuentes que dan testimonio de una pluralidad de hipotecas, rechaza T. acertadamente la opinión de Manigk respecto a D. 20, 4, 13, y D. 20, 4, 14 (págs. 138 ss.), pero en cambio, afirma que D. 20, 3, 3, contiene ya un caso de concurrencia sucesiva de hipotecas sobre una misma cosa (págs. 150 ss.). Según él se trata aquí de una forma de *successio* que tiene lugar en favor del que, dando un

18 Es inexacto decir que el fr. 9, 3, no contiene ningún indicio que muestre su procedencia de Juliano, pues T. olvida aquí el estilo indirecto de toda la frase *quia neque possit. PLECEBAT* no confirma, sino que contradice su opinión.

19 Comp. los autores citados por T. en p. 137, núm. 7. Vide también *El rango*, 251 ss.

20 En este punto discrepa KASER (ib. núm. 37) de nuestra opinión según la que para que surja la segunda hipoteca es necesario que la cosa esté in *bonis* o bien al tiempo de celebrarse la (segunda) *conventio pignoris*, o bien en el momento de la satisfacción del primer acreedor. Pero las razones que aduce no nos parecen suficientes frente al tenor literal del texto que dice "*quid negat tunc cum Marcio si hypothecar scilicet cum Titio solvere in bonis mulieris fuerit nullum tempus inveniri quo pignus Marcii contrahere possit*".

21 Quizá la verdadera aportación de nuestro trabajo (que, paradójicamente, KASER no señala en su recensión) haya consistido en mostrar cómo el negocio de subrogación en el puesto que un acreedor hipotecario es el antecedente inmediato de la segunda hipoteca. Vide, *El rango*, 242 ss.

crédito al pignorante, haya consentido que con éste se pague a un acreedor precedente en rango para ocupar él su lugar. Pero esta opinión es extremadamente improbable por las razones que apuntábamos en otro lugar<sup>22</sup>. Tras unas interesantes consideraciones sobre la *successio in locum*<sup>23</sup>, se plantea T. el problema de si esta forma de sucesión es compatible con la naturaleza condicionada de la segunda hipoteca (págs. 156 ss.). Para ello estudia Marc. D. 20, 4, 12, 8, perteneciente, como bien destaca el autor, a una época en que la segunda hipoteca no estaba ya condicionada a la extinción de la primera<sup>24</sup>. Para demostrar que en Gayo está presente aún la concepción de la primera época, cita D. 20, 4, 11, 4, cuando en realidad tenía testimonios mucho mejores. Luego, estudia Gayo D. 20, 1, 15, 2: aun discrepando del autor en bastantes puntos concretos<sup>25</sup>, queremos señalar que acierta a mostrar dos concepciones distintas de las sucesivas hipotecas, una que parte de la condicionalidad, y otra, posterior, que tiene por objeto el *superfluum*. También estamos de acuerdo con el autor en señalar a Marcelo como el primer jurista que considera que la segunda hipoteca no está condicionada a la extinción de la primera: en cambio no podemos seguir su teoría sobre el paso de un estadio a otro, según la que la concurrencia de una hipoteca condicionada con otra pura ha constituido el puente para pasar de una concepción a otra<sup>26</sup>. T. somete el problema del tratamiento de la hipoteca constituida en garantía de una relación obligatoria no actual a un examen muy detenido, y hemos de decir que, en general, nos parecen más acertadas sus conclusiones en este punto. Termina T. haciendo un análisis de D. 20, 4, 9, 3, mostrándose excesivamente retraído en la crítica textual al defender la clasicidad del final del texto<sup>27</sup>.

El juicio general de la obra de T. ha de ser por fuerza favorable en extremo. El mejor elogio que podemos hacer del autor es decir que, a veces recuerda al jurista Celso, por lo violento de sus ataques, por su cortante modo de razonar (*ridiculum est — reductio ad absurdum*), por su fina penetración y por su originalidad fruto de un cierto radicalismo. Estas virtudes oscurecen por completo los defectos de la obra ya aludidos. Quizá el reproche más fundado que pueda hacerse al autor es que no haya tomado una postura crítica frente a las fuentes, pues si bien es cierto que hoy día la moderna romanística está muy lejos en este punto de las

22 *El rango*, 243.

23 *Comp. El rango*, 298 ss.

24 *Comp.*, no obstante, *El rango*, 269 con TONDO, 158 y KASER, SZ. 78 (1961), núm. 45.

25 *Comp. El rango*, 258 ss. con KASER. Desde luego ya en la época de GAYO se practicaba la pignoración aislada del *superfluum* según exponemos en nuestro trabajo. De ahí que no sea la razón de que llamemos a GAYO con D'ORS "prepostelásico", sino por el proceso de generalización y simplificación que acomete del Derecho clásico.

26 *Comp. El rango*, 268.

27 *Comp. KASER, loc. cit.*, n. 35.

exageraciones de hace algunos decenios, también lo es que aceptar dogmáticamente las afirmaciones de las fuentes, tal como hace T. implica un retroceso, pues lo que hay que lograr es un equilibrio en el empleo del método. Nuestra ciencia ha ascendido aquí en espiral: volvemos a pasar por el mismo punto que antes, pero ahora estamos un grado más arriba. Rechazar la crítica de interpolaciones —o no emplearla en la debida medida— implicaría perder una perspectiva metodológica, fruto del trabajo de varias generaciones.

JUAN MIQUEL