10. DERECHOS REALES DE GARANTÍA

SOBRE LAS GARANTÍAS REALES

CÉSAR RASCÓN
Universidad de León

A mi modo de ver, la finalidad de una ponencia como la que inmerecidamente me ha sido encomendada, es presentar ante los asistentes a este congreso el panorama de problemas de carácter doctrinal y práctico que plantea la materia de que se trata. En este caso el complejo entramado de cuestiones que las «garantías reales» ofrecen al estudioso de los derechos históricos. (Prefiero utilizar la expresión «garantías reales» porque considero que ofrece menor flanco a la discusión que la inicialmente adoptada de «derechos reales de garantía».)

Esto no es tarea fácil. Ahora entiendo que fui en extremo pretencioso cuando anuncié que trataría de hacer una enumeración de los puntos básicos sobre los que los autores han centrado el debate. Y ello cuando, por un lado, la labor está prácticamente hecha, al menos en lo que se refiere al Derecho Romano, en obras tan sólidas como la de Paolo Frezza [1], y por otro, porque no creo que haya aspecto alguno de esta materia que no haya sido objeto de controversia.

Ciertamente, los enigmas que se plantean a propósito de las garantías reales en el Derecho Romano y su recepción, ofrecen un interés especial y no somos pocos los autores españoles que nos hemos sentido atraídos por ellos. Pero mi propósito inicial desborda no solo mis magros conocimientos y mi casi nula capacidad para la síntesis, sino que sobrepasa algo que me inspira mucho más respeto: el carácter tolerante que ustedes manifiestan al soportar mi algo trasnochado y un poco mohoso verbo. Entono, pues, el *mea culpa* y voy tratar, humildemente, de mencionar algunas cuestiones que espero despierten su interés.

* * *

[1] *Le garanzie delle obligazioni*, I y II, Padova, 1962 y 1963.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

El acervo de «garantías reales», integrado por la *fiducia*, el *pignus* y la *hypotheca*, que constituyen momentos diferentes de la compleja evolución del Derecho Romano, fue fruto de la peculiar concepción originaria que del *dominium* tuvieron los quírites, identificado al principio con el *habere rem*. La posterior superación de la diferencia entre *res mancipi* y *nec mancipi* por la contraposición muebles-inmuebles, y la separación última entre propiedad y posesión, que permitió conservar intacto el elemento de producción en la *conventio pignoris* —con el consiguiente incremento de las posibilidades de satisfacer la deuda garantizada—, marcaron también los pasos sucesivos de las instituciones de garantía.

En lo que hace a la *fiducia*, ligada su decadencia a la de las formas solemnes de transmisión de la propiedad, la controversia doctrinal se ha centrado, fundamentalmente, en el problema que plantea el origen de la obligación de restituir que tenía el fiduciario, que, por otra parte, se presenta como consustancial a todas las garantías reales. Se trata de determinar si la obligación de restitución se fundaba en un *pactum fiduciae* añadido al acto solemne de transmisión (*mancipatio* o *in iure cessio*), pero independiente de éste, o del propio acto solemne realizado *fiduciae causa*, en el cual se mencionaría el fin de garantía de la enajenación, constituyendo así una *lex mancipio dicta* en la *nuncupatio* de la mancipación.

Interpretando Gayo 2,60 en el sentido de que la manifestación más antigua de esta garantía real fue la *fiducia cum amico* en la que la obligación de restituir se derivaba de la enajenación fiduciaria, en los casos de *fiducia cum creditore* y de *fiducia manumissionis causa*, la obligación de restitución nacería del *pactum fiduciae*, que condicionaba dicha restitución al cumplimiento de la obligación garantizada y a la manumisión del esclavo, respectivamente.

No menores son los problemas que ha planteado a la doctrina la determinación de los medios procesales de los que pudo disponer el deudor para exigir al fiduciario la devolución una vez satisfecha la deuda, a cuyo propósito algunos autores se han inclinado, en lo que se refiere a los primeros tiempos, por una protección de tipo sacral y luego censoria, mientras que han sostenido que puede defenderse mediante una *actio sacramento in personam*. A tenor de la información que nos proporciona el Edicto, en el procedimiento formulario contaría con una *actio in ius ex fide bona* que tuvo también su versión de *iudicium contrarium*.

Pignus e *hypotheca*, constituyeron también pasos sucesivos en la evolución de las garantías reales. La diferencia entre ambas figuras la establecieron las fuentes: *proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit: hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem* [2] lo que pudo llevar a afirmar a Gayo: *pignus proprie rei mobilis constitui* [3], aunque el objeto podía ser inmueble e incluso los derechos y los créditos (*pignus nomi-*

[2] *Ulp. 28 ad ed.* D.13,7,9,2 e I.4,7,6.

[3] *6 ad leg. duod. tab.* D.50,238,1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

nis). Pero son las propias fuentes las que proporcionan las claves para pensar en un origen común: *inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus difert* [4], iniciando la hipoteca su desarrollo a partir del régimen comisorio de los *invecta et illata* en los arrendamientos rústicos, como se pone de relieve en los pactos catonianos [5] y en la evolución de la protección procesal *(interdictum Salvianum, actio Serviana* y *actio cuasi-serviana).*

La problemática planteada por estas figuras es muy amplia. Ya la cuestión preliminar de su ubicación en el Edicto suscita un especial interés. La rúbrica *Serviana formula* se incluyó en el título cuadragésimo tercero (D.20), mientras que la *rúbrica de pigneraticia actione vel contra,* se introdujo en el título decimoséptimo, *de rebus créditis* (D.13,7).

Esto llevó a los compiladores justinianeos a dar una doble explicación del cambio introducido en las Pandectas: «hemos colocado el libro *ad formulam hypothecariam* —dice la constitución *Omnem*— en el oportuno lugar en el que hablamos de las hipotecas; para que, como es émula de las acciones pigneraticias que están puestas en los libros sobre las cosas, no se separe de ellas, dado que el estudio de una y de las otras tiene casi la misma materia [...] y para que las prendas y las hipotecas no se aparten de las compraventas y demás contratos de los que son como servidoras».

En todo caso, el horizonte de cuestiones que se ofrece al estudioso en el momento en que desciende al análisis pormenorizado de estas instituciones, es enorme. Y en muchos casos las soluciones difíciles. Pensemos, por ejemplo, en el problema relativo al contenido del derecho de los acreedores hipotecarios *primus* y *secundus* en caso de hipotecas generales sucesivas cuando después de constituida la primera y antes o, incluso, después de constituida la segunda, se incorpora un nuevo objeto al patrimonio hipotecado por el deudor.

El orden de los temas a debatir lo pueden proporcionar las rúbricas de los Títulos del Libro vigésimo del Digesto: «de las prendas y de las hipotecas, de cómo se constituyen y de sus pactos»; «por qué causas se constituye tácitamente prenda o hipoteca»; «qué cosas no se pueden obligar dadas en prenda o hipoteca»; «quiénes se consideran preferidos en la prenda o en la hipoteca y quiénes suceden en el lugar de los primeros acreedores»; «de la venta de las prendas y de las hipotecas»; y «de qué modos se disuelve la prenda o la hipoteca». Sin embargo, siendo ésta una reunión sobre el Derecho Romano y su recepción, voy a referirme a tres hitos, a mi modo de ver importantes, en la evolución de la regulación de las garantías reales, que determinaron el punto de llegada, es decir, la codificación del XIX y la legislación especial posterior.

* * *

[4] *Marcianus 1 ad form. hyp. D.20,1,5,1.*

[5] *de agri cultura 146-150.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

En primer lugar me referiré a la legislación del Rey Sabio.

La controvertida obra legislativa debida a Alfonso X, Las Siete Partidas, de la que se discute desde la época en que pudo ser redactada hasta su vigencia durante el reinado del Rey Sabio y épocas posteriores, es la más famosa de nuestro derecho histórico. Se trata de una obra de gran calado jurídico cuya elaboración final no es posterior a 1265 y que, en lo que concierne a la materia que hoy nos reúne, ofrece un interés enorme ya que representa un punto de inflexión en la evolución del Derecho.

Dos son las grandes innovaciones que representa respecto a todo el derecho anterior. En el Derecho Romano, hasta la compilación justinianea, la exposición de las garantías reales conforme al sistema expositivo edictal, como hemos visto, fue la siguiente: La *formula Serviana* se encuadró en el Título cuadragésimo tercero del Edicto; *de pigneraticia actione*, es decir, el *pignus*, en el Título decimoséptimo, bajo la rúbrica *de rebus creditis*; y la *fiducia* en el Título decimonoveno, bajo la rúbrica *de bonae fidei iudiciis*.

En el sistema expositivo del *ius civile* no tuvieron un albergue independiente. Y, en todo caso, ni en el sistema del *ius civile* ni en el edictal se puede hablar de un orden expositivo interno, propio para las garantías reales.

El problema perduraría en la legislación bárbara recibida en la Península y la Glosa tampoco modificó la situación en este orden de cosas, aunque en la Glosa Magna aparezcan sistematizadas en alguna ocasión las opiniones de los diversos glosadores. Pero el método de trabajo de glosadores y comentaristas hizo que no se produjeran avances a este respecto.

Sin embargo, los redactores salmantinos, profesores de Derecho formados en la escuela de Bolonia, introdujeron por primera vez en la obra alfonsina una estructura expositiva característica, cuya importancia se manifiesta en el hecho de que todavía perdura en la *forma mentis* de quienes hemos estudiado en las facultades de Derecho de las universidades españolas con anterioridad a la reforma de los planes de estudio iniciadas hace pocos años, constituyendo una verdadera seña de identidad.

Ciertamente fue la Pandectística la que llevó a sus últimas consecuencias la elaboración de una dogmática jurídica que se reflejaría en los Códigos del XIX y en los planes de estudio de las facultades de Derecho europeas, pero los pandectistas, profundos conocedores de la Glosa, tuvieron un admirable precedente en la obra legislativa del Rey Sabio.

La estructura a la que me refiero se refleja en la materia de las garantías reales con especial nitidez [6].

[6] Obviamente no empleo esta expresión —«estructura»— en el sentido que se le dio en la corriente que conocemos como estructuralismo, la cual tuvo, como es sabido, una amplia difusión precisamente en Argentina, uno de cuyos órganos, la revista *Estructuralismo*, editada en Buenos Aires, sirvió eficazmente a la difusión de sus ideas, sino en un sentido vulgar de orden de distribución.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

El Título decimotercero de la Partida quinta, que lleva la rúbrica «De los peños que toman los omes muchas vegadas por ser mas seguros que les sea mas guardado, o pagado lo que les prometen de fazer o de dar», se inicia con un preámbulo en el que se describe dicho orden expositivo, que es el siguiente:

I. CONCEPTO: «queremos aquí dezir que cosa es el peño» [7].

II. CLASES DE «PEÑOS»: «e quantas maneras son del».

III. OBJETO DEL «PEÑO»: «e que cosas pueden ser dadas en peño».

IV. FORMA: «e en que manera».

V. SUJETOS: «e quien las puede empeñar».

VI. ACCIONES: «e quales pleytos pueden ser puestos por esta razón de los peños e quales no».

VII. CONTENIDO: «e que derechos gana ome en las cosas que recibe en peño e quando las debe tomar a aquel cuyas fueren».

VIII. EXTINCIÓN: «e por que razones se desate la obligacion del peño».

IX. VENTA: «otrosi decimos como e cuando pueden ser vendidas o enajenadas».

Pero esta estructura expositiva que nos recuerda a los manuales clásicos, exige un presupuesto que constituye, a mi modo de ver, la otra gran aportación de Las Partidas.

El estilo (y perdóneseme la expresión por abreviar) del Derecho Romano, determinó su evolución. Ciertamente las obras de Instituciones de los juristas clásicos contribuyeron a ordenar el conocimiento del Derecho y las de Justiniano dedicadas *cupidae legum iuventuti*, se convirtieron, incluso en norma aplicable, es decir, en Derecho vigente —probablemante por la necesidad de dar sentido al complejo mundo normativo—. Pero no dejaron de ser obras destinadas a la enseñanza. Sin embargo, las Leyes de Partidas, en lo que atañe, al menos, a la materia de garantías reales, aunque lo que voy a decir pueda parecer una exageración, constituyeron una verdadera «dogmática jurídica» en la medida en que las reglas que establecieron para regular los distintos aspectos de los «peños», se elaboraron a partir de una serie de «conceptos», «clasificaciones» y «principios» que las propias Partidas formularon, sin los cuales carecerían de sentido dichas reglas.

Veamos algunos ejemplos que corroboran este aserto.

La Ley primera del Título decimotercero de la Partida quinta no puede ser más expresiva. No contiene precepto alguno. Su rúbrica es: «que cosa es peño e cuantas maneras son del». Comienza con la definición diciendo: «Esto es propiamente aquella cosa que un ome empeña a otro apoderandole della, e mayormente cuando es mueble» y continúa: «e son tres maneras de peños [...] la primera es la que hacen los omes de si e de su voluntad», es decir, el *pignus* convencional; «la segunda es, quando los juzgadores man-

[7] En Las Partidas también se utiliza el término genérico de peño, tanto para la hipoteca como para la prenda.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

dan entregar», o sea, el *pignus* judicial; «la tercera es la que se hace calladamente», es decir, el *pignus* tácito. Las dos primeras «se hacen por palabra» (forma).

Desde el punto de vista de la que ya podemos llamar doctrina tradicional de Larenz, se trata de normas jurídicas incompletas que proporcionan el sentido de validez de la ley. No son proposiciones enunciativas sino «partes de órdenes de validez». Salvando algunos supuestos del título *de verborum significatione* (D.50,16) y del *de diversis regulis iuris antiqui* (D.50,17), su uso, como técnica legislativa, no se generalizó hasta la codificación. De ahí el interés de la obra de Alfonso X.

En el Derecho Romano, la técnica de la definición y la de la clasificación basada en la contraposición género-especie, se restringió, salvo excepciones, a las obras pedagógicas del *ius civile* que, salvo la de Justiniano, no tuvieron carácter legislativo [8], independientemente de que alguno de los fragmentos de las *Institutiones* se incluyeran en el Digesto. Sin embargo, los códigos modernos están cuajados de este tipo de normas. Es más, podemos afirmar sin riesgo de equivocarnos, que constituyen la esencia misma de la codificación. El art. 667 de nuestro vigente CC, por ejemplo, establece: «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento», para en su art. 676 decir: «El testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado [...].»

Las Partidas, como obra legislativa, abrieron el camino que culminó en la pandectística, tanto desde el punto de vista dogmático como desde el punto de vista sistemático, digamos interno, cerrándose el ciclo en el movimiento codificador europeo.

Si hacemos un salto histórico desde Las Partidas hasta el proyecto de CC español de García Goyena de 1851, nos sorprenderá encontrar la misma estructura básica en la regulación de la prenda:

I. CONCEPTO (art. 1771): «La prenda es el derecho concedido al acreedor de retener en su poder la cosa mueble que se entrega para seguridad de su crédito hasta que le sea pagado, y de cobrar este en otro caso con el importe de la misma cosa recibida en prenda, según la forma que determina la ley.»

II. OBJETO (art. 1772): «Solamente pueden darse en prenda los bienes muebles.»

III. FORMA (art.1773): «Para constituir válidamente la prenda se requiere: 1.º La existencia de una obligación principal válida. 2.º La entrega real de la cosa dada en prenda por parte del deudor, y la tenencia de la misma cosa por el acreedor.»

Y así sucesivamente.

De la regulación atécnica del Fuero Juzgo [9] a la del Fuero Real [10] no fueron muchos los cambios que se produjeron en nuestra decadente legislación histórica desde el punto

---

[8] Y ello, probablemente, en un intento de dar solución al problema del orden interno del sistema jurídico, intuyendo la solución que hasta la legislación alfonsina no se hizo realidad.

[9] 5.6,1-6.

[10] 3,19,1-10.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

de vista de la técnica legislativa. Habrían de ser Las Partidas del Rey Sabio [11], fruto de la influencia de la renaciente Bolonia, el medio utilizado por los redactores salmantinos para introducir una regulación que recogió los beneficios de la Glosa. Pero que, al mismo tiempo, retornó a los aspectos fundamentales de las instituciones que habían pasado inadvertidos en la legislación española anterior, heredera del Derecho postclásico, creando una manera nueva de hacer el Derecho que transcendió hasta nuestros días.

No tiene nada de particular que este nuevo Derecho, aun siendo reflejo del Derecho justinianeo interpretado por los glosadores, resultara tan distinto, que suscitase el rechazo de la recelosa sociedad hispana y tardara siglos en ser reconocido siquiera como Derecho supletorio.

* * *

No menos importantes fueron, no ya en cuestiones de método de crear derecho del calado de las que acabamos de ver, sino de fondo jurídico, las aportaciones de la Pandectística. Fue a partir de Dernburg cuando, por ejemplo, se cuestionó la indivisibilidad del *pignus*. No podían los autores considerar indivisible el *pignus*, porque indivisible, decían, es solo aquel Derecho que no admite en modo alguno división, siendo así que el *pignus* es susceptible de ser dividido cuando las partes así lo quieren. De manera que nada impedía que las partes acordaran que, satisfecha una parte del crédito, quedase extinguido el *pignus* sobre la parte correspondiente del objeto pignorado.

Esto les llevó a hablar no de indivisibilidad del *pignus*, sino de integridad de la cosa pignorada hasta la total liquidación de la deuda garantizaba. Cohonestabron de esta forma su peculiar concepción de los negocios jurídicos con la viejas instituciones romanas de la prenda y la hipoteca. Se trataba de allanar cualquier obstáculo que se opusiera a considerar la voluntad del individuo como gozne sobre el que giraba todo el espectro de relaciones individuales. El iusnaturalismo racionalista culminaba así su influencia en la práctica a través de la concepción de la libertad de pacto como cimiento sobre el que se construyó la teoría de la voluntad y del negocio jurídico.

Probablemente fuera el mismo motivo el que les llevó a cuestionar también la posibilidad del *pignus* testamentario para una época anterior al desarrollo de los fideicomisos. Les resultaba impensable la posibilidad de imponer al heredero la carga de constituir un *pignus* convencional ni siquiera mediante el expediente, nunca del todo bien definido, del *modus*. Solo lo entendieron a través del fideicomiso, en cuyo caso, el fideicomisario, que no se habría podido beneficiar de la acción hipotecaria, pudo disponer de una *missio in possessionem* frente al gravado, pero no contra los terceros poseedores de buena fe. De manera que consideraron que el reconocimiento del *pignus* testamentario tuvo que ser posterior a Constantino.

---

[11] 5,13,1-50.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

En correlación con C.8.15 (*si aliena res pignori data sit*) estimaron la imposibilidad de adquirir el derecho de *pignus* por *usucapio*, y uno de los momentos más vivos de la discusión doctrinal fue el relativo al de la determinación del nacimiento del *pignus* por deudas futuras o condicionales.

El alcance del principio según el cual el acreedor que vende el *pignus* no responde por evicción también fue objeto de debate. Si el comprador era vencido, el vendedor que le vendía el *pignus* no estaba obligado a ninguna garantía. Esto es lo que se afirmaba en el discutido texto de Paulo *etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditionem non potest*. Sin embargo, el comprador podía dirigirse contra el deudor al que pertenecía la cosa como si hubiera sido él el que se la había vendido. El comprador podía, así, pues, intentar contra el deudor la *actio empti utilis* y, si lo prefería, podía hacerse ceder por el acreedor que le vendió la *actio pigneraticia contraria* [12].

Pero había algunos casos excepcionales en los que el que vendía estaba obligado por evicción. Paulo decía que el acreedor respodía por evicción si había vendido no *iure creditoris* sino *iure communi* [13]. Cuiacio entendió la expresión *iure communi* utilizada por Paulo en el sentido de *si cum vendidit de evictione rei promissit*, como se explica en C.8,45,2, o cuando había vendido el *pignus* como cosa propia. Pero en estos casos, el acreedor que había indemnizado al comprador, podía dirigirse contra el deudor con la *actio pigneraticia contraria* [14].

El acreedor estaba también obligado por la evicción cuando al momento de la venta conocía el derecho del tercero que después vencería en juicio [15]. Y en este caso tampoco disponía de la acción de regreso contra el deudor. Los pandectistas interpretaron, siguiendo a Cuiacio, que en este supuesto era de aplicación la regla general contenida en D.47,2,12,1 [16] *nemo de improbitate sua consequitur actionem.*

Cuando el vendedor tenía una hipoteca y había lugar a la evicción tenía por la acción de un acreedor hipotecario anterior, el acreedor que vendía debía ser garante ante el comprador del propio derecho a vender «porque el que vende por derecho de *pignus* debe ciertamente responder de esto: que él es preferente a los demás acreedores» [17]. Y lo mismo ocurre cuando en la venta no fueron observados todos los requisitos y es el deudor quien reivindica la cosa. Sin embargo, los pandectistas consideraron, en este caso el *pignus* del acreedor perdura. Como en los otros supuestos en los que el acreedor está obligado a la garantía por evicción frente al comprador, renace su crédito frente al deudor no habiendo obtenido el pago mediante la venta del *pignus*. «Pero si, demandado por

---

[12] D.21,2,38, por ejemplo.
[13] D.17,1,57,4.
[14] D.13,7,22,4 Ulp.30 *ad ed.*
[15] D.19,1,11,16 Ulp.40 *ad ed.*
[16] Ulp. 29 *ad ed.*
[17] C.8,45,1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

la acción de la compra, el acreedor hubiese pagado al comprador, puede él perseguir del deudor la deuda, porque apareció que no se liberó» [18].

No menos interesante fue la polémica que mantuvieron acerca de la venta del *pignus* a propósito del texto de Ulpiano («ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit furti obligatur; nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit» [19] [«pero cuando se convino que no se vendiese, el acreedor, si la hubiere vendido, se obliga por hurto, si por tres veces no se hubiese requerido al deudor para que pague y hubiera dejado de hacerlo»]) y del siguiente de Pomponio: «idque iuris est, sive omnino fuerint pacti, ne veneat, sive in summa aut conditione aut loco contra pactionem factum sit» [20] («y este mismo derecho hay si en absoluto hubieren pactado que no se venda, ya si respecto a la suma o a la condición o al lugar se hubiera ido contra lo pactado»).

Tal vez haya sido el relativo a la venta del *pignus* uno de los aspectos en los que más influyó la doctrina pandectística.

En los títulos de las Pandectas, por lo que hace a la venta del *pignus*, no se distingue tampoco entre prenda e hipoteca ni se menciona la venta judicial. Sin embargo, fue compartido por los autores del XIX que la venta judicial ofrece más garantía, aunque en la mayoría de los casos depende de la voluntad del acreedor.

Sólo en C.8.22,2 parece que se prescriba la venta judicial del *pignus* y es en relación con el constituido en ejecución de sentencia dictada en cosa juzgada: «cum in causa iudicati res pignori capitur, per officium eius qui ita decrevit venumdari solet, non per eum qui iudicatum fieri postulavit» («cuando por causa de lo juzgado se toma en prenda alguna cosa, suele ser vendida por los oficiales de quien así lo decretó, no por quien pidió que se ejecutase lo juzgado»). Sin embargo, los pandectistas manifestaron que solo el *pignus* manual voluntario podía ser vendido por el deudor extrajudicialmente. Cualquier otro tipo de prenda y todas las hipotecas debían venderse por medio de la autoridad judicial. Entendieron, asimismo, que en el supuesto de *pignus judicial*, había de ser la autoridad judicial la que vendiese a petición del acreedor, cuando, dentro de los dos meses de la pignoración, no siguiera el pago.

La regla de los dos meses, aunque no he podido constatarlo, tiene su origen más probable en la práctica judicial alemana. No he encontrado referencia a dicho plazo en la Glosa a C.8,22,2 y GLÜCK lo menciona sin hacer referencia alguna a su origen [21], como si se tratara de un lugar común.

En estos casos, cuando no se encontraba otro comprador o no se hacía una oferta aceptable —*dignum pretium*— el acreedor debía ser considerado como otro comprador.

* * *

[18] D.20.5.12,1. Triph. *8 disp.*

[19] *Quadragesimo primo ad Sabinum (D.13,7,4.)*

[20] *Nono decimo ad Sabinum (D.13,7,5).*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

Me he referido intencionadamente a alguno de los aspectos en los que la discusión doctrinal centró su interés, en el ámbito de lo que ha sido preocupación permanente, no resuelta, sin embargo, hasta el pasado siglo: la protección de los terceros adquirentes de buena fe.

La necesidad de un sistema de publicidad fue sentida por el Derecho Romano. Recordemos que en tiempos muy antiguos los fundos pignorados pudieron señalarse con mojones blancos, y que algún autor ha puesto el origen de la palabra *pignus* en relación con la raíz indoeuropea *peig, peik*, que indica pintar, colorear o manchar, de la que deriva *pingo*, pintar. Pero llegar a un sistema que diese satisfacción a la compleja trama de necesidades impuesta por las garantías reales aglutinadas históricamente bajo la denominación genérica de *pignus* en el Derecho Romano y «peños» en las Leyes de Partidas, ha sido tarea no resuelta hasta mediados del siglo pasado y no del todo.

En el Derecho español la Ley decimocuarta del Título tercero de la Partida quinta, regulaba una particular forma de prenda consistente en la entrega de la carta de donadío (heredad o herencia) o de compra del fundo o de la casa, con lo que quien la recibía se entendía poseedor del objeto. Así, si el deudor, antes de vencer la deuda, vendía o entregaba a otro el inmueble, el acreedor solo podía reclamar la cosa a quien la recibió después de intentar fallidamente el cobro al deudor pignorante mediante el ejercicio de la correspondiente acción procesal.

A esta figura solo le faltaba la anotación en el instrumento escrito de los posteriores préstamos para llegar al *mortgage*, figura histórica francesa cuya significación literal es la de «prenda muerta», que yo prefiero traducir por deuda inamortizable.

Pero no fue hasta la Novísima Recopilación [22] que se ordenó abrir un registro de censos, tributos e hipotecas y se mandó inscribirlos en el plazo de seis días, sin cuyo requisito no podían hacer fe ni perjudicar a terceros. La norma no debió cumplirse porque siglo y medio después se dictó la Ley segunda, que disponía «medios rigorosos» para asegurar su cumplimiento.

Entre 1768 y 1859, los plazos de inscripción, siempre incumplidos, fueron reiteradamente modificados y ampliados, y, en todo caso, quedaron excluidas de la inscripción las hipotecas legales.

No resisto la tentación de reproducir aquí algunas observaciones de Claudio ANTÓN DE LUZURIAGA al art. 1786 del Proyecto de Código Civil de 1851, que establecía lo siguiente: «La hipoteca, por razón de su título, es legal o voluntaria, pero una y otra deben inscribirse en el registro público, y solamente después de su inscripción surten efecto contra tercero». Dice el autor a propósito de la Orden del Ministerio de Gracia y Justicia que reconoce la necesidad de una reforma en profundidad que confía al momento de la

[21] Lib. 20, p. 428.

[22] Ley 1, Tit. 16, Libro 10.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

publicación del Código —justificando, por tanto, la importantísma innovación operada en el Derecho español redactada por él mismo: «En esta situación —dice LUZURIAGA—, lo que hay que admirar no es el aniquilamiento del crédito territorial y agrícola, sino la temeridad de los que compran bienes inmuebles o prestan sobre ellos, porque temerario es dar su dinero por fincas o sobre fincas cuyo valor líquido es imposible conocer. Aunque se prescinda del peligro de que sobrevenga un comprador desconocido que se anticipó a tomar la posesión, o que por lo menos sea acreedor del todo o parte del precio, es imposible estar seguro de que no se presentará un censualista que reclame un capital mas o menos grande con sus veinte y nueve anualidades de intereses. Algo dice sinó lo que está pasando en muchas de nuestras provincias, por no decir en todas; bien rara es, en Castilla a lo menos, donde dejan de existir dos o tres prestamistas, afamados como logretos, que prestan a los labradores bajo pactos que, mal disfrazados con los precios ficticios que ponen al pacto que dan, y al grano que reciben, lucran un interés de ciento, doscientos y hasta trescientos por ciento, arruinando así a los infelices que se suicidan por salir de una necesidad perentoria. Y no consiste esto en que falten capitalistas a quienes convenga sacar de su dinero un interés decente, sino en que por un lado se ven amenazados con la ley de las usuras y por otro con el peligro de verse defraudados si reciben como hipoteca las tierras del deudor [...].»

Un hecho había servido para confirmar a los legisladores españoles que el sistema alemán resolvía estos problemas. En Baviera regían dos legislaciones. En la Baviera oriental, la legislación germánica; en la Baviera del Rhin, el código francés. Y los bancos operaban poderosamente en la Baviera alemana mientras que no podían hacerlo en la Rhenana. El sistema alemán había aumentado el valor de las propiedades, había regenerado el crédito sobre los inmuebles, había reducido el interés del dinero y había colaborado al desarrollo de la industria y la agricultura, hechos que no se habían producido en Francia.

El Proyecto español partió, por tanto, de la distinción entre prenda e hipoteca, excluyendo la posibilidad de constituir hipotecas sobre cosas muebles. Distinguió entre hipotecas legales y voluntarias, comprendiendo estas últimas las contractuales y las testamentarias, con lo que quedaba diferenciada la hipoteca legal de las figuras históricas de prenda judicial y pretoria.

Se trataba de conseguir la publicidad más completa que evitase los problemas históricos que había planteado la «clandestinidad» de las hipotecas. Para ello tomaron los redactores del Proyecto el modelo alemán, dadas las ventajas que los teóricos le asignaban y la práctica constataba.

El Código español del ochenta y nueve, posterior a la legislación especial, siguió sustancialmente las directrices del proyecto del cincuenta y uno, pero la práctica trajo consigo nuevas necesidades. La Ley de 15 de diciembre de 1954, introdujo la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento. Se cerraba así el círculo histórico, volviendo al origen, precisamente por la misma causa: la necesidad siempre sentida de salvaguardar

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

los medios de producción en manos del deudor, para facilitar la satisfacción de los créditos garantizados.

* * *

No quisiera terminar este esquema histórico urgente sin hacer una breve reflexión, sugerida por este retorno tan frecuente a soluciones que se encuentran en los orígenes, sobre algo que como estudioso de la Historia me inquieta de forma recurrente. Desde hace siglos hemos vivido en la idea de progreso; de perfeccionamiento por transformación, por mejoramiento de lo anterior. Nada es capaz de erradicar esta idea de nuestra sensibilidad; de nuestra manera de pensar; de nuestra manera de ser, en definitiva. Y, sin embargo, la razón, escrita con mayúscula, se resiste a corroborar este hecho, porque la ciencia y la filosofía se niegan a confirmarlo. La Ciencia enseña desde Platón, que lo imperfecto no puede producir lo perfecto ni lo menos bueno lo mejor. Hay una ley de la ciencia que dice que una transformación de energía inferior en energía superior no puede ser consecuencia más que de una transformación, al menos equivalente de una energía superior en energía inferior, de manera que el movimiento descendente es siempre la condición previa del movimiento ascendente.

Yo estoy convencido de que una ley análoga rige las cosas espirituales. Transformado el principio científico en metáfora para las ciencias sociales, podemos afirmar que el nivel de perfección de nuestro derecho vigente es consecuencia del influjo sobre el mismo de otro que fue mejor y después sufrió un período de decadencia. Y este es, a mi modo de ver, el valor actual del derecho del pasado: del Derecho Romano.

La bibliografía sobre estas cuestiones es abundantísima, por lo que me limitaré a proporcionar datos sobre alguno de los lugares en los que se pueden encontrar referencias bibliográficas muy amplias y de carácter general. Así, para la doctrina alemana del diecinueve es útil el vol. 20 del *Commentario alle Pandette*, de GLÜCK, traducido y anotado por ASCOLI (Milano 1895), en el que, además, al tratar las diferentes controversias, se hacen referencias constantes a la Glosa y al derecho intermedio, así como a las materias concomitantes tratadas en el vol. 13 de la misma obra de GLÜCK (*de pigneraticia actione vel contra,* Milano, 1906, pp. 203-459), traducido y anotado por CUGUSI, y con un muy valioso apéndice del mismo autor italiano.

También es muy valiosa hasta el año 1958 la referencia bibliográfica de BURDESE en la voz «Fiducia» *(diritto romano)* en la tercera edición del NNDI, Torino 1975, pp. 294-295.

También hay una relación bibliográfica con abundantes referencias a trabajos sobre esta materia hasta el año 1976 en *Pignus y custodia en el Derecho Romano clásico,* publicado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo en 1976, pp. 207-220.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

Una manera muy práctica de acceder a la bibliografía sobre la materia, que permite, además, seleccionarla por sectores de problemas, es el sistema informativo integrado sobre derechos de la antigüedad *Biblioteca Iuris Antiqui*, Catania 1994, realizado bajo la dirección de PALAZZOLO, que contiene una lista exhaustiva de obras, ordenada por autores y materias, que permite un acceso muy rápido a la información.

Por lo que al Derecho español se refiere es imprescindible la obra de GARCÍA GOYENA *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, de la que hay una edición de 1974 hecha al cuidado de la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, que contiene una tabla de concordancias con el Código Civil vigente de gran utilidad.

La literatura actual sobre la materia de Derecho hipotecario y registral español es enorme y tiene su propio órgano (*Revista crítica de Derecho inmobiliario*). Sólo el catálogo del librero español Marcial Pons de 1995 titulado *Ensayo de bibliografía jurídica*, pp. 137-141, menciona más de ochenta obras generales y colecciones legislativas básicas, entre ellas las más conocidas como las de ROCA SASTRE y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, por ejemplo.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414

https://doi.org/10.55104/FRDC_0414