



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Las hipotecas privilegiadas en Derecho Romano.
Excepciones al principio prior in tempore potior in iure.

Autor/es

PATRICIA VILLOTA PALACIO

Director/es

ALFONSO AGUDO RUIZ

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2018-19



Las hipotecas privilegiadas en Derecho Romano. Excepciones al principio prior in tempore potior in iure., de PATRICIA VILLOTA PALACIO
(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.
Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

Las hipotecas privilegiadas en Derecho Romano

Excepciones al principio *prior in tempore potior in iure*

TRABAJO DE FIN DE GRADO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PATRICIA VILLOTA PALACIO

GRADO EN DERECHO

TUTOR: ALFONSO AGUDO RUIZ

INDICE

1. Introducción y definición del proyecto
2. Marco teórico y origen de la *hypotheca* romana:
 - 2.1 Fases evolutivas
 - 2.2 Constitución del *pignus*
 - 2.3 Cosas que pueden ser objeto de *pignus*
3. El delito de *stellionatus* en el *pignus*.
4. El *principio prior tempore potior in iure* en derecho romano
 - 4.1 Pluralidad de acreedores hipotecarios: *successio in locum*, *ius offerendi*, hipotecas privilegiadas
5. Hipotecas privilegiadas en derecho romano:
 - 5.1. Época clásica
 - 5.1.1. La hipoteca privilegiada a favor del fisco
 - 5.1.2. La hipoteca privilegiada a favor del que ha dado dinero para la conservación o mejora de la cosa
 - 5.1.3. Hipoteca privilegiada a favor de los banqueros
 - 5.2. Época postclásica
 - 5.2.1. La hipoteca recogida en documento
 - 5.2.2. La hipoteca privilegiada a favor de la mujer por restitución de la dote
6. Acciones: la *actio pigneraticia*, *actio serviana*, *interdicto salviano* y *actio serviana utilis*
7. Extinción
8. Comparación situación actual en Derecho civil español
9. Conclusiones
10. Bibliografía

Resumen:

Con el presente estudio se pretende analizar a través de las fuentes del Derecho Romano, las cuestiones que han inspirado nuestro actual sistema hipotecario. Dado que se parte de un sistema sin publicidad registral, en el que la única vía para garantizar deudas son la prenda y la fianza con desplazamiento de la posesión, hasta un sistema que se configura alrededor de la hipoteca, la cual no requiere que se produzca el desplazamiento de la posesión del deudor al acreedor. Surgiendo un sistema cada vez más complejo por las exigencias que se van produciendo en la práctica, y con ello cuestiones como la pluralidad de acreedores o las hipotecas privilegiadas, a las que se les debe dar solución.

This study is intended to analyze through the sources of Roman law, the issues that have inspired our current mortgage system. Since it is part of a system without registration publicity, in which the only way to guarantee debts are the garment and the bail with displacement of the possession, until a system that is set up around the mortgage, which does not require that the displacement occurs From the possession of the debtor to the creditor. An increasingly complex system is emerging because of the demands that are being produced in practice, and with this, issues such as the plurality of creditors or privileged mortgages, which should be given a solution.

1. INTRODUCCIÓN Y DEFINICIÓN DEL PROYECTO

Para comenzar con esta labor de investigación partiremos de un estudio histórico de la institución de la hipoteca y su desarrollo a lo largo de las épocas debido a que en Derecho Romano no resultó de gran interés su utilización dando preponderancia a las garantías personales en lugar de las reales, por ello es conveniente situar su origen siendo las formas más utilizadas de garantía real la *fiducia* y el *pignus conventum*. Las citadas instituciones no tuvieron en la época romana la importancia que se les da en la época moderna, prefiriendo garantizar el cumplimiento de sus obligaciones los romanos por medio de garantías personales como la *cautio* o la *fianza*, que consistían en colocar junto al deudor, fiadores que se comprometían junto con él a pagar la deuda. Sin perjuicio de lo anterior en Roma también se utilizaron garantías de carácter real con la finalidad de aportar seguridad al acreedor, concediéndole facultades sobre determinadas cosas que formaban parte del patrimonio del deudor o de un tercero.

Respecto de la *fiducia* es preciso resumir que se trataba de una garantía que concedía al acreedor la propiedad de la cosa dada en garantía mediante la *mancipatio* o de la *in iure cessio* por lo que no concedía ningún derecho especial sobre la misma como ocurre posteriormente con la prenda y la hipoteca como veremos en este estudio, sino que obtenía el dominio de la cosa con las ventajas que ello conlleva. Mientras que el acreedor (*accipiens*) asume el compromiso de devolver la cosa en el momento en que se produjera fin querido por las partes involucradas, o a proporcionarle un destino determinado en el momento que ocurra una circunstancia que las partes pactan. Este pacto permite discernir si se trata de una *fiducia cum amico* (como un préstamo, un depósito o un comodato) o si por el contrario se trata de una *fiducia cum creditore* en cuyo caso la causa sería una deuda (Samper 1983:340). La historia de esta institución resulta difícil de concretar dado que se introdujeron varias interpolaciones en el Digesto sustituyéndola por el *pignus*, pero se sabe que la tutela judicial de esta figura fue muy posterior a su creación mediante la *actio fiduciae* en el procedimiento formulario dado que en época clásica se piensa que únicamente existía *la legis actio per iudicis arbitrive* (Volterra 1986:489).

J. Arias Ramos en su manual sobre Derecho Romano realiza una distinción apropiada en esta línea con el fin de diferenciar la *fiducia cum amico*: “aquella en la que el *accipiens* del esclavo *mancipado* se compromete a *manumitarlo*” de la *fiducia cum creditore contracta* la más utilizada para garantizar obligaciones: “el deudor, o un tercero en consideración a él, transmitía por *mancipatio* el dominio de una cosa al acreedor, y a tal transferencia de propiedad se acompañaba un pacto (*pactum fiduciae*) mediante el cual el *mancipatio accipiens* acreedor se comprometía a devolver el dominio de la cosa al *mancipio* dans deudor o tercero, cuando la obligación fuese cumplida”.

Cabe destacar asimismo que aunque se consideren los principales medios de garantía real el *pignus* y la *hypotheca*, también resultó importante precediéndoles la *fiducia* que supuso la primera pieza en el desarrollo de los modos de asegurar obligaciones. En un inicio existían la *fiducia* y el *pignus*, la primera con la transmisión de la propiedad y la segunda con la transmisión de la posesión debiendo ser restituida la cosa al cumplimiento de la obligación, lo

cual suponía un perjuicio para el deudor y que la cosa solamente pueda servir de garantía para una deuda en concreto, por ello se da solución a esta situación con una variedad del *pignus*, que se denominará *pignus conventum* en la que el traspaso de la posesión de la cosa que garantiza la deuda al acreedor no se hace efectiva en el momento de constitución del derecho real si no a partir del momento en que la deuda queda incumplida, y en este tiempo por tanto continúa en posesión del deudor el cual puede realizar los negocios jurídicos que considere oportunos con la misma. Podría decirse que se le concede al acreedor una facultad en potencia y *erga omnes* sobre la cosa que se hará plena y efectiva en el momento en que se produzca el incumplimiento, los juristas clásicos utilizaban la expresión *res obligata, obligatio rei* para definir esta situación (Arias Ramos, 1974:309-314).

Posteriormente tras situar el origen de la hipoteca y sus vicisitudes, es preciso concretar el estudio en la pluralidad hipotecaria, lo cual plantea un escenario complejo al que se le da solución estableciendo un orden en su ejecución en caso de que se produzca el incumplimiento por parte del deudor, aplicando el principio *prior in tempore potior in iure*, lo cual significa que un derecho de hipoteca podrá hacerse valer solo en el caso de que se hayan extinguido los derechos de hipoteca constituidos con anterioridad. Se trata de un principio que surge en derecho clásico y al que se añaden diferentes excepciones que alteran el orden temporal y la prioridad, pudiendo un deudor ejercitar el *ius offerendi* aun en contra de la voluntad del deudor que se sitúa encima del mismo, o con la existencia de las hipotecas privilegiadas.

Surge la necesidad de aportar seguridad a estos negocios dándoles carácter de públicos, dado que en Roma se operaba en un régimen de clandestinidad lo cual aportaba gran inseguridad a los acreedores hipotecarios debido a que no conocían si sobre la cosa objeto de la hipoteca existían hipotecas anteriores y por tanto preferentes, dado que hasta el momento se había operado con la fiducia y el *pignus* y por tanto ese derecho real que se adquiría sobre el bien era de publicidad posesoria.

2. MARCO TEÓRICO Y ORIGEN DE LA HYPOTHECA ROMANA:

Para adentrarnos en un estudio pormenorizado de la hipoteca y en concreto de las que se consideraban privilegiadas en Roma, es preciso en primer lugar introducir el concepto de hipoteca, así como su origen histórico y sus variables.

No es posible definir la hipoteca sin referirnos al *pignus* dado que en un primer momento surgió como variable de este, constando las primeras referencias que se tienen del mismo en los edictos del pretor. Con la prenda al contrario de lo que ocurre en la fiducia, no se produce la transmisión de la propiedad, simplemente se transmite el *ius possidendi* junto con la facultad que se le otorga al acreedor en caso de que no se haga efectivo el cumplimiento de vender la cosa para darse pago a la deuda con el precio de la venta llamado *ius distrahendi* (Volterra 1986:339), en definitiva se otorga un derecho real de garantía a favor del acreedor sobre la cosa, que puede ser del deudor o de un tercero.

En origen se plantea como un derecho del acreedor de retener hasta el cumplimiento de la entera obligación por parte del deudor, y en caso de no ser así este se vería indemnizado haciéndose propietario de la cosa o en su lugar vendiéndola y satisfaciendo la deuda con el precio. La primera opción fue prohibida por Constantino en el año 326, pero más adelante la jurisprudencia reconoció que en el pacto entre acreedor y deudor iba implícito el *ius distrahendi*, salvo expresa exclusión por las partes, en cuyo caso habrían de hacerse tres notificaciones al deudor, por lo que se deduce que se convirtió el *ius vendendi* en un elemento inherente al *pignus*. Pudiendo ya en época justiniana obtener el acreedor la propiedad si tras dos años no consigue encontrar compradores o acordar un precio justo con el deudor.

En época del emperador Gordiano se introduce la novedad de que aquella persona que posea créditos respecto del deudor, pero no todos garantizados con prenda, pueda retener en su posesión la cosa hasta que sean satisfechas todas las deudas y se le denominará *pignus Gordianum*. Se establece que puedan darse entre acreedor y deudor acuerdos como lo que se denominó la *antichresis* mediante la cual el acreedor podría hacer suyos los frutos, reduciendo así la deuda contraída (Samper 1983:304).

Una vez introducido el concepto de *pignus* podemos pasar al estudio del concepto de hipoteca que nace como una variante del *pignus* por ello en un principio se le llamó *pignus conventum* tratándose incluso como una misma institución, se engloban ambas en un principio bajo el nombre de *pignus* debido a que en la práctica se trataban indistintamente y se trata de un derecho real de garantía sobre una cosa cuya posesión no es del acreedor, por lo que se basa en el acuerdo entre ambas partes, acreedor y deudor, sin que se produzca la transmisión de la posesión de la cosa al acreedor como ocurría en la prenda.

El origen de la hipoteca se encuentra en los arrendamientos rústicos concretamente en las provincias orientales como garantía al arrendador de que se producirá el pago de las rentas, por lo que el arrendatario establece la hipoteca sobre lo que se denominaba *invecta et illata*, es decir, los semovientes que se consideraban a los animales y esclavos (*illata*) e instrumentos de trabajo o labranza y las cosas muebles (*invecta*) que llevaba al fundo para trabajar y explotar la tierra y que él mismo retenía y mantenía en su posesión por lo que el arrendador del fundo no tenía la facultad de realizar sobre ellos ninguna de las facultades que se le reconocían en la prenda. Para proteger esta situación Servio Sulpicio Rufo creó la *actio Serviana* y que desarrollaremos en adelante, que en épocas más tardías se extenderá para proteger cualquier tipo de deuda.

Finalmente, para completar el concepto de hipoteca es preciso hacer referencia a que el acreedor hipotecario en caso de que se produzca el incumplimiento por parte del deudor, tendrá la facultad de adquirir la posesión de la cosa, ejerciendo el *ius possidendi* y el *ius distrahendi*, por lo que como vemos el traspaso posesorio no se hace efectivo hasta el momento en el que se produce el incumplimiento. El gravamen se establece sobre la cosa, por lo que mientras perdure la posesión de la misma por parte del deudor este tendrá la facultad de establecer otro tipo de gravámenes sobre la misma o de incluso enajenarla.

2.1. Fases evolutivas

Una vez introducido el origen de la hipoteca es preciso que pasemos a comentar las etapas que ha atravesado en su evolución. Como ya hemos citado con anterioridad el principio de la hipoteca se sitúa en el *pignus* y más concretamente en los arrendamientos rústicos, pero el origen de la utilización de la palabra "*hypotheca*" no es claro dado que en época clásica a pesar de ser cierto que se cita en algunas ocasiones, no es claro que se utilizara como institución distinta al *pignus*. Se encuentran varias interpolaciones en el Digesto las cuales se deducen que son de época postclásica pero el origen concreto no se encuentra dilucidado, por lo que en los textos clásicos se pueden apreciar continuas confusiones terminológicas.

Con respecto a la evolución que sigue la hipoteca en derecho romano es preciso hacer referencia a que hunde sus raíces en los arrendamientos rústicos, en los que comúnmente mediaba un pacto entre acreedor y deudor mediante el cual los *invecta et illata* (Bernad Segarra 2011:16) que introdujera el arrendatario para realizar su labor servirían como garantía de la deuda que contraía con el arrendador, por lo que no podrían ser retirados del fundo hasta que no se solventara la deuda al completo. Lo cual no sucedía en aquella época en los arrendamientos urbanos, en los cuales el pretor protegía al inquilino para que este pudiera retirar los muebles en el caso de que no hubiera existido pacto alguno con el arrendador de que esos muebles estuvieran afectos al pago de esa deuda. Ya en la última época clásica será el arrendatario quien debe ejercitar el *interdictum de migrando* cuando habiendo pagado la renta y por tanto cumplido su obligación el arrendador le impide llevarse los muebles.

El pretor por tanto concede al arrendador de fundos rústicos un interdicto en caso de que no se produzca el pago del precio extendiéndose asimismo a los frutos que obtuviera el colono, denominado *interdicto Salvianum* con el cual se le permite entrar a poseer los *invecta et illata* pero únicamente se trataba de un interdicto contra el arrendatario que en un principio se consideraba de retener y posteriormente le permite hacerse con la posesión, por lo que en caso de que el arrendatario hubiera enajenado los bienes que formaban parte de los *invecta et illata* se producía una situación de inseguridad hacia el arrendador debido a que no podía reclamar su deuda contra terceros que fueran en ese momento poseedores de los *invecta et illata*. Por lo que con el fin de paliar esta situación y ofrecer una mayor protección al arrendador se le concede una *actio Serviana* con la que podría dirigirse contra cualquier poseedor e incluso propietario de los *invecta e illata* en el momento del incumplimiento de la obligación por parte del arrendatario.

Tras esta evolución podemos comprender que se produjera la extensión a cualquier tipo de obligación de esta garantía real sobre cualquier cosa corporal, por lo que en defensa de ese derecho se dio la *actio Serviana* que también se denominó *quasi Serviana*, *Serviana utilis hypothecaria* y *pigneraticia in rem*, la cual podía ser ejercida una vez se había verificado el incumplimiento por parte del deudor contra cualquiera que tuviera en su poder la cosa objeto de la hipoteca.

Por lo que en la creación de esta acción se observa la diferenciación entre *pignus* e *hypotheca* dado que sobre esta última recae una acción que permite dirigirse contra cualquier poseedor de la cosa en el momento del incumplimiento, sin que anteriormente se haya producido desplazamiento posesorio hacia el acreedor, verificándose el *ius possidendi* en un momento

posterior, pero en época romana no se apreció esta diferencia por lo que en los textos en multitud de ocasiones se refieren a ambas instituciones bajo el nombre genérico de *pignus*, aunque posteriormente ya en la época moderna se haya llevado a cabo esta diferenciación.

2.2. Constitución del *pignus*

En primer lugar y previo a realizar un estudio más pormenorizado de la institución del *pignus* es preciso realizar una síntesis del derecho de prenda y lo que conlleva, dotando de dos facultades primordiales al acreedor pignoraticio que son la de hacerse con la posesión de la cosa (*ius possidendi*) y en segundo lugar la de venderla en caso de que incumpla su parte de la obligación el deudor y satisfacer la deuda indemnizándose con el precio producto de la venta (*ius distrahendi*) pudiendo producirse asimismo el conflicto con respecto de la responsabilidad del acreedor en caso de que un tercero reclame al adquirente la propiedad de la cosa que ha vendido. En definitiva, se trata de dos facultades ejercitables en diferentes momentos según si estamos ante una prenda o una hipoteca. En ningún caso el *pignus* dota de la facultad de usar la cosa al acreedor pignoraticio aunque pueda convenirse según la voluntad de las partes que este pueda hacerse con los frutos aplicándolos a los intereses del total de la deuda y por tanto reduciendo la misma, denominándose este acuerdo anticresis, aunque parece probable que dicho acuerdo ya en época de Justiniano se extendía no solo a los frutos si no a determinadas clases como son los animales o los hijos de las esclavas, sin necesidad de que antes mediara un convenio entre ambas partes. (Arias Ramos 1974:318)

El *pignus* puede constituirse en derecho romano ya sea por la voluntad que manifiestan dos individuos en un pacto o acuerdo que media entre ambos, es decir, por un acuerdo privado, o por un acto mortis causa, otra manera de constituirlo es porque una ley así lo determine o por decisión judicial (Arias Ramos 1974:314,315).

Con respecto a la primera de las maneras de constitución, la voluntad privada, se permite que el que constituya la garantía sea una persona diferente al que contrae la deuda, por lo que un tercero podrá garantizar una deuda contraída por otro individuo con sus propios bienes, lo relevante en este tipo de pactos es que el que garantiza la deuda posea un derecho sobre la cosa que le permita pignorarla, hipotecarla o enajenarla, dado que se trata de una garantía real y por tanto recae sobre la cosa, independientemente de la persona que contrae la deuda o de quien la tenga en su posesión en el momento que deba hacerse efectiva.

En esta constitución de *pignus* por convenio entre partes no se exige ningún tipo de formalidad, únicamente se exigía el acuerdo entre los intervinientes debido a que en derecho romano no existía un registro público en el que se recogieran las afecciones de cada bien, a que se consideraba suficientemente notorio el hecho de la entrega de la cosa al acreedor en la prenda, pero sucede que en la hipoteca esta *traditio* no se produce, pudiéndose gravar una cosa con varias cargas sin que los acreedores fueran conocedores de esta situación pudiendo no resultar real la garantía por lo que nos da una visión del porqué en derecho romano se prefirieron utilizar otras figuras como garantía antes que la hipoteca dado que no aportaba seguridad a los acreedores, no obstante en época del emperador León se ordenó que se diera preferencia a las hipotecas públicas por lo que se empezaron a utilizar libros de registros en Oriente, pero en general como ya hemos destacado el sistema hipotecario en aquel momento

era imperfecto por lo que explica la tardía extensión de las acciones hipotecarias dado que se preferían las garantías personales.

En siguiente lugar haremos referencia al *pignus* constituido porque una ley así lo establecía, se dio mayormente en época clásica y respecto de la hipoteca se dieron en épocas posteriores, pudiendo ser especiales o generales, según si gravan determinados bienes o un patrimonio en su totalidad, Arias Ramos cita algunas en su manual de Derecho romano como la que gravaba la casa que había sido reparada a favor de quien había colaborado a su reparación establecida por un senadoconsulto en la época de Marco Aurelio, o la del arrendador sobre los *invecta et illata* respecto de las especiales, y las que garantizaban predios a favor del Fisco, el Emperador o la Emperatriz, el patrimonio del curador o del tutor respecto de su responsabilidad con el pupilo o incapaz establecida en un rescripto de Severo y Caracalla, las que servían para garantizar la devolución de la dote, las donaciones *propter nuptias* y de los parafernales cuya administración tenía el marido, la que recaía sobre el padre viudo para proteger bienes que debían pertenecer a los hijos y las que garantizaban la promesa de dote entre otras. (Arias Ramos 1974:315) .Respecto de las hipotecas establecidas judicialmente podrían surgir por una *adiudicatio* de una sentencia judicial o por una *missio in possessionem* con vocación de garantía la cual fue muy común en la época clásica.

En caso de que finalmente se produjera el incumplimiento, es decir, el plazo había finalizado, la deuda no había sido pagada, y el acreedor había realizado las notificaciones pertinentes al deudor también denominadas *denuntiationis*, como ya hemos citado el acreedor pignoraticio estaba facultado para vender la cosa por el *pactum de distrahendo pignore*, siendo esta privada y sin estar sujeta a formalidades. Una vez producida la venta podrían presentarse escenarios diferentes, el primero de ellos es que se extinga la obligación debido a que el precio cubre en su totalidad la deuda, y en segundo lugar el crédito puede subsistir en el caso de que el precio obtenido con la venta no sea suficiente, en cuyo caso continuará existiendo por la diferencia no cubierta, y finalmente en caso de ser superior el precio obtenido a la deuda, este exceso deberá ser devuelto al deudor o constituyente del *pignus*. (Arias Ramos 1974:318)

En caso de que la venta no se hiciera efectiva debido a que no encontraba comprador, el acreedor debía dirigirse al emperador mediante la *imperatio dominio* para que la cosa transcurridos dos años pasase a ser propiedad del primero y por tanto se produciría la extinción de la deuda, quedando fuera este supuesto de la prenda judicial.

2.3 Cosas que pueden ser objeto de pignus

La vocación tanto de la prenda posesoria como del *pignus conventum* es la de actuar como garantía para el acreedor y que en caso de que se produzca el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, el primero pueda indemnizarse con el precio de la cosa, por lo que es notorio que podrá ser objeto de *pignus* cualquier cosa que se encuentre dentro del comercio de los hombres, es decir, que se pueda vender. Se debe precisar que en el *pignus conventum* al no transmitirse la posesión permite aplicarse a más supuestos que la prenda propiamente dicha. La prenda posesoria únicamente permite que puedan ser objeto de la misma las cosas individualizables, muebles o inmuebles.

J. Arias Ramos en su obra sobre Derecho Romano divide en cuatro apartados las cosas susceptibles de ser pignoradas, en el primer grupo engloba las cosas singulares materiales; en el segundo se refiere a los conjuntos de cosas como puede ser un rebaño; en tercer lugar sobre derechos ya sea reales como puede ser la servidumbre personal, la enfiteusis, el derecho de superficie entre otros e incluso el propio derecho de prenda (*subpignus*) donde el subpignoratario podrá ejercer el *ius distrahendi* y finalmente se refiere a los patrimonios en su totalidad de los cuales forman parte las cosas presentes y las futuras que pueda adquirir en un momento posterior la persona titular del patrimonio. Cabe mencionar que en un principio en derecho clásico únicamente se admitía como objeto de prenda las cosas corporales y que fue en una época posterior con Justiniano cuando se comenzó a admitir las no corporales como el patrimonio, las cosas futuras o los derechos. Se consideró también válido el *pignus* de cosas ajenas cuando el propietario de la cosa consiente o si el deudor se hace propietario de esa cosa.

3. EL PRINCIPIO DE ANEPAFIA EL DELITO DE *STELLIONATUS* EN EL PIGNUS.

Previo al estudio de la pluralidad hipotecaria y el rango que se le da a cada una de las garantías constituidas sobre una cosa es preciso referirnos al principio de la *anepafia* que surge en el derecho ático y en virtud del cual ningún individuo podría reutilizar como garantía de otras obligaciones la misma cosa aunque fuera este dueño de la misma, y por todo ello no podría volver a disponer de ello de manera libre quedando pendiente de la reclamación del acreedor, en definitiva en el caso que nos ocupa sobre la hipoteca se trataba de la prohibición de hipotecar una cosa ya hipotecada. Esto sucedió con los *horoi* que surgieron en la antigua Grecia donde se daba publicidad al derecho del acreedor sobre ese bien dejando latente que ese bien en concreto no podría garantizar deudas posteriores, al menos hasta no quedar libre de la anterior garantía, por lo que se acepta como un medio para dejar patentes las transacciones realizadas sobre un bien (Robles Velasco, tesis doctoral: 22, 30, 57)

Este principio y su eficacia se encontraban condicionados por las notificaciones y avisos en negocios privados que se deberían hacer respecto de las vicisitudes que afectarían a los bienes dados en garantía, en definitiva, a la voluntad del deudor del cual dependía el emitir una declaración en la que expresara que el bien dado en garantía estaba libre de gravámenes. No obstante, se sabe que a pesar de las prohibiciones legales de la época fue un principio vulnerado con frecuencia en la práctica debido a que resultaba más rentable para el acreedor realizar un nuevo pacto que le permitiera tener un derecho crédito. Por todo ello se estableció como pena ligada a la vulneración de este principio, el delito de *stellionatus* el cual castiga como delito grave dar en garantía y como libres las cosas que se encuentran gravadas con anterioridad. Ya en época de Papiniano no se consideró necesario la continuidad de este delito por lo que no se incluyó en intervenciones públicas ni en acciones privadas. (Robles Velasco, tesis doctoral: 60)

Como ya hemos dicho no surgió en el Derecho Romano, pero tuvo influencia en la práctica dado que trasladándolo al derecho romano suponía que un bien únicamente pudiera ser

objeto de una garantía, lo cual queda referido en textos latinos advirtiendo que entraña un riesgo vender una cosa que se encuentra pignorada, así como la obligación del deudor de advertir al acreedor de los gravámenes que recaen sobre ese bien.

4. EL PRINCIPIO *PRIOR TEMPORE POTIOR IN IURE* EN DERECHO ROMANO

Con lo ya comentado podemos deducir que no es posible en derecho romano la pluralidad de prendas posesorias sobre un mismo bien, pero sí que es posible que se acumulen varias hipotecas o que convivan con una prenda las cuales sirvan para garantizar deudas de diferentes acreedores pignoratícios, lo cual puede dar lugar a conflictos debido a que resulta dudoso saber quien tiene preferencia en caso de que existan diferentes acreedores sobre un mismo bien, por ello en derecho romano esta cuestión se soluciona acudiendo al principio *prior tempore potior in iure* pero en caso de que la garantía se haya constituido en el mismo momento y por tanto sean simultaneas, será satisfecho el que tenga en su posesión la cosa pignorada.

Es clave en este punto dilucidar en qué momento exacto se considera constituida la hipoteca para posteriormente determinar cuál será la que tenga prioridad sobre la otra y cómo interactúan entre ellas atendiendo a su rango, en este punto Lucía Bernad Segarra en su estudio "*La pluralidad hipotecaria, excepciones al principio temporal en Derecho Romano y en Derecho civil español*" trata el tema y cita a dos autores Miquel y Regelsberg que siguen la misma línea en el estudio de esta cuestión afirmando que el momento a tener en cuenta a la hora de determinar la prioridad de una hipoteca sobre otra es el de constitución de la misma, dado que a partir de ese momento los bienes que sean objeto de esa garantía y que por tanto forman parte del patrimonio de una persona quedan a partir de ese momento condicionados al cumplimiento de esa obligación con independencia de que en momentos posteriores sirvan también de garantía para otros acreedores.

Cita también a Puchta dado que no es una cuestión pacífica, el cual entendía que el momento decisivo para determinar el rango es el de creación del derecho que depende de tres elementos: el crédito que se garantiza, el objeto que funda la garantía y la causa que da lugar a ese derecho que como hemos citado con anterioridad puede tener su origen en un convenio, en una decisión judicial o en una disposición legal.

En jurisprudencia romana se han sucedido casos en los que la prioridad variaba según las circunstancias de cada caso, pero siempre se ha observado que independientemente del resto de factores, la hipoteca se entenderá constituida desde el momento en que acreedor y deudor pactan en obligarse y por tanto el deudor vincula sus bienes como garantía al cumplimiento de esa obligación sin poder tomar otra decisión, ni poder desvincularse.

Se discute la naturaleza de la segunda hipoteca que pueda quedar constituida sobre un mismo bien, planteándose varias incógnitas que se han resuelto a lo largo de las épocas, en primer lugar sobre si se considera la segunda hipoteca pura o por el contrario se condiciona su existencia a la desaparición de la primera, siendo por tanto un negocio condicionado sujeto a una condición suspensiva, o si el deudor que se sitúa en posesión de la cosa objeto de la

garantía debe hacer saber al segundo acreedor que sobre esa misma cosa existe una hipoteca anterior a la suya y por tanto preferente, o si el objeto de la segunda hipoteca es la cosa entera o por el contrario el remanente de la primera. Bernad Segarra en el estudio citado con anterioridad hace referencia a un texto de Marciano que data de finales de la época clásica, donde se trata como un negocio jurídico puro la segunda hipoteca y por tanto ambos acreedores gozan de la misma protección, con la salvedad de que el primer acreedor un derecho preferente sobre el segundo, pero ambas hipotecas se consideran validas y puras sobre la cosa en su totalidad y desde el momento de su constitución.

Luis Mariano Robles Velasco en su obra "*La pluralidad hipotecaria en el Derecho Romano*" hace referencia a que las hipotecas se constituían sobre una cosa de manera provisional a expensas de que un fiador o una persona de confianza del deudor llegara para garantizar la deuda, es decir, se constituía una hipoteca a la espera de una garantía personal que realmente diera seguridad al acreedor. Al contrario de lo que sucede en la actualidad dado que como hemos comentado no existió un sistema de publicidad hasta la época de León en la que se comienza a labrar un registro, por lo tanto se trataba de una situación en la que se podían constituir varias hipotecas sobre un mismo bien, surgiendo la necesidad de otorgar un rango a cada una de ellas, tal y como cita el autor es en el Digesto donde se encuentran las primeras fuentes acerca de la pluralidad hipotecaria: "*Qui potiores in pignore, vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt*", donde aparece la necesidad de dar solución a esta cuestión y ofrece una visión de las dificultades para encontrar un criterio homogéneo entre juristas de diferentes épocas. (Robles Velasco, tesis doctoral: 134). El principio *prior in tempore potior in iure* es aludido en diferentes ocasiones y sirvió para solucionar diversos conflictos, por lo que se asume como una manera de paliar ciertas situaciones, pero no se trataba de un principio asumido de manera total y clara en la toda la doctrina por lo que se suceden las contradicciones.

En definitiva, se permite la creación de nuevas garantías reales sobre un mismo bien basándose en la voluntad de las partes, siendo fundamental la determinación y reconocimiento del deudor, esto da lugar a una situación en la que uno de ellos debe ser preferido al otro, por ello se recurrió a la regla *melior est condicio possidentis* con la cual se afirmaba que en caso de que existiera concurso de acreedores sería preferido el poseedor. Pero esta regla solo resuelve la situación del *pignus possessionis*, pero no la del *pignus conventum*, La solución viene dada por el principio *prior in tempore potior in iure* en caso de que se haya producido una pignoración sucesiva y en caso de que varios deudores constituyan prenda y ninguno pueda demostrar ser propietario de la cosa, será preferente el que tenga la posesión. Por ello fue necesario avanzar y retirar los obstáculos que impedían que una cosa fuera gravada por más de una garantía (Robles Velasco, tesis doctoral: 64)

Respecto de la aparición de la segunda hipoteca es preciso destacar que la posición sobre los romanistas respecto del comienzo de la sustitución del *pignus* por la *hypotheca* es que se produjo en la época de los Severos dejando de al margen que pudiera tener origen helénico a pesar de que algunos autores como Paoli continúan defendiendo este origen. Observándose esta cuestión en textos clásicos previos a Diocleciano, en los que pasó a sustituirse el término *pignus conventum* por el de *hypotheca* (Robles Velasco, tesis doctoral: 68). Por lo que en

definitiva nada obsta para que sobre una misma cosa puedan constituirse varias garantías reales, dando lugar por tanto a la pluralidad hipotecaria por la *sola voluntas*. Por lo que el origen de la segunda hipoteca en Roma podemos situarlo en las fuentes a través de las cuales podemos ver que se trató de una aparición gradual.

En los inicios de esta cuestión era preciso que se satisficiera al primer acreedor para después pasar a constituir más garantías sobre el mismo bien, por lo que hasta que la primera no estuviera solucionada no era posible constituir hipotecas posteriores, y mientras la primera de ellas estuviera vigente la segunda no tiene fundamento. Esta idea es propia del Derecho Clásico, por ello en esta época se encuentra en práctica la declaración de la que hemos hablado previamente que realizaba el deudor afirmando que la cosa se encontraba libre de hipotecas. Se alude en los textos al *periculum* o dicho de otra forma el riesgo que entrañaba constituir dos garantías sobre una misma cosa debido a que era considerado delito de *steliionatus* lo cual conllevaba la pena de destierro, que podía ocurrir cuando un acreedor decía en su declaración estar libre la cosa sin estarlo. Todo ello nos lleva a concluir que en la práctica se producía con frecuencia el desplazamiento posesorio. (Robles Velasco, tesis doctoral: 69, 70)

Seguidamente se permitió la constitución de la segunda hipoteca, aun siguiendo vigente la primera hipoteca, por lo que serían coincidentes, pasando a existir dos hipotecas sobre la misma cosa, siendo una previa a la otra. Con el fin de evitar el peligro en que pudieran incurrir aquellos que se obligaran respecto de dos acreedores dando la misma cosa en garantía, se estableció que la segunda hipoteca únicamente puede recaer sobre lo que exceda de la cosa de la primera hipoteca o una segunda opción es que quede obligada la cosa en segunda hipoteca en el momento en que se extinga la primera hipoteca. Se puede observar que con todo lo anterior la segunda hipoteca tenía carácter condicionado, es decir, la segunda hipoteca será efectiva en el momento en que la primera haya desaparecido.

Pueden darse por tanto dos situaciones una en la que se produce la venta de la cosa sobre la que recaía una prenda y paga al acreedor por lo que la cosa quedará libre de prenda y seguidamente aparece un segundo acreedor que exige la constitución de la prenda sobre la cosa vendida, que como ya hemos dicho se encontraba libre dado que el primer acreedor ya había sido satisfecho, por lo que no se constituye una segunda prenda, y el segundo acreedor la recibe libre. La segunda de las situaciones que se plantea es aquella en la que se produce la sustitución de un acreedor por otro, es decir, el segundo acreedor que exija constituir hipoteca sobre la cosa ya dada en prenda, pasará a ocupar el lugar del primer acreedor. (Robles Velasco, tesis doctoral: 72)

Las dos situaciones planteadas tienen en común que las dos partes buscan constituir una nueva hipoteca sobre la cosa ya hipotecada, por lo que Robles Velasco en su tesis doctoral llega a la conclusión que desde antiguo se permitía esta segunda hipoteca, pero con el matiz de que se produjera bajo una condición tal y como se observa en los dos casos tratados. En el primer caso no se trata como tal de una segunda hipoteca debido a que el deudor ya no era propietario de la cosa hipotecada debido a que la había vendido por lo que no podía constituir una hipoteca sobre una cosa que ya no formaba parte de su patrimonio y en el segundo caso

propuesto ambas partes acuerdan la sustitución del primer acreedor por el segundo en la relación jurídica a condición de que la cosa queda libre para este. Por lo que se trata de una segunda hipoteca condicionada, dado que la segunda hipoteca únicamente se hará efectiva en el momento que la primera desaparezca y por tanto la cosa queda libre.

Respecto de la situación a la que da lugar esta cuestión en la que el primer acreedor deja vacante su posición debido a que su hipoteca desaparece y esa posición pasa a ocuparla el segundo acreedor existen dos posiciones al respecto: la primera de ellas es aquella que considera que se produce una expectativa futura de que la segunda hipoteca se hará efectiva cuando la hipoteca quede libre, formulada dicha teoría por Carcaterra; la segunda posición considera que la hipoteca se constituye desde ese mismo momento pero que se encuentra condicionada por una circunstancia determinada, que en este caso sería que desaparezca la primera, formulada por Volterra.

Robles Velasco en su tesis se sitúa más cercano a las opiniones de Carcaterra, es decir, el primer posicionamiento dado que en época clásica los negocios jurídicos condicionales no producían efectos, por lo que no tendría existencia la hipoteca hasta el momento en que se produjera la desaparición y en segundo lugar según la teoría general de la condición esta se produce cuando un efecto se hace depender de una circunstancia incierta y en este caso se trata de un acontecimiento cierto por lo que se trata de un plazo, no una condición, por lo que si se siguiese la segunda posición el acreedor no tendría ningún tipo de protección. (Robles Velasco, tesis doctoral: 73. 74)

En Roma por tanto se consideró como una garantía en potencia que se haría efectiva en el momento en que desapareciera la primera hipoteca dado que no implicaba contacto posesorio, por lo que se producen dos momentos, uno en el que se constituye y otro en el que se hace efectiva y por tanto es susceptible de ser ejecutada de manera plena. Por lo que en definitiva no se produce un juego simultaneo de dos hipotecas, sino que más bien se trata de dos deudas, pudiendo únicamente garantizar la segunda en el momento que desaparezca la primera. (Robles Velasco, tesis doctoral: 74).

En esta línea se nos plantean otros dos casos que resuelven de manera diferente. El primero de ellos si un no dueño constituye dos prendas sobre una misma cosa de manera sucesiva como garantía de dos acreedores, en cuyo caso se resuelve dando preferencia al primero que la haya constituido. En segundo lugar, el caso en que se tratase de dos personas que no son propietarios de la cosa y cada uno constituye una prenda sobre la misma cosa, prevalecerá según Paulo el que ostente el *ius possessionis*. (Robles Velasco, tesis doctoral: 76)

Pero ni siquiera de este segundo caso podemos inferir que se trataba de una segunda hipoteca dado que el segundo acreedor desconocía que sobre la cosa recaía una primera hipoteca, pero su aparición como hemos dicho se trató de un proceso gradual no obstante su origen concreto no se trata de una cuestión pacífica dado que algunos consideran que se sitúa en la fórmula *si quid superesset* (cláusula de residuo) que recae sobre el *superfluum* (cantidad que sobra de la venta efectuada que será restituida al deudor) y por otra parte los juristas tradicionales y clásicos consideran que la segunda hipoteca nace del *superfluum* y por su parte D' Ors

considera que se sitúa en el negocio jurídico de la subrogación. (Robles Velasco, tesis doctoral: 78).

Por su parte en el Anuario de Historia de Derecho Español 29, 1959 Juan Miguel González sitúa el origen de la segunda hipoteca en la autonomía de la voluntad, concretamente en el momento en que se asume que no es necesario que el segundo pague al primero, sino que es posible que a este segundo acreedor la cosa le sea entregada con la condición de que quedará liberada del primero, sea quien sea el que le pague al primer acreedor (el segundo acreedor o el propio deudor) se produce el nacimiento de la segunda hipoteca. Juan Miguel González en su estudio sitúa el primer texto acerca de la segunda hipoteca en un texto de Africano D 20, 4, 9, 3 del cual se extrae que Juliano fue el inventor de esta segunda hipoteca.

En la subrogación hipotecaria que venimos estudiando se requieren dos circunstancias, la primera que el *creditor antecedens* sea satisfecho para que pueda constituirse la hipoteca a favor de otro acreedor y la segunda es que la cosa se encuentre *in bonis* del deudor, puede darse por tanto el caso de que el deudor acuerde con el primer acreedor retrasar el pago, por lo que pueden no coincidir el momento de constitución de la segunda hipoteca con el de satisfacción del primer acreedor, por lo que el jurisconsulto Juliano consideró que allí se encontraba una verdadera segunda hipoteca, y seguidamente el desarrollo de la segunda hipoteca fue en la línea de conceder cada vez más derechos al segundo acreedor. (Juan Miguel González 1959: 26-29)

La tendencia en épocas posteriores fue mantener los derechos que se le habían concedido al primer acreedor y aumentar paulatinamente los del segundo acreedor que ocupaba la vacante que dejaba el primero, aunque según consideran los autores nunca se le llegó a conceder el derecho al segundo acreedor de vender la cosa pignorada. Por lo que en definitiva esta cuestión se trataba de la sustitución de uno por el otro a través del *ius offerendi*, donde el segundo acreedor pagaba con su propio dinero al primero para ocupar su lugar y convertirse así en el acreedor preferente, lo cual podía producirse por dos vías, la primera ofreciéndole el pago al situarse en un lugar posterior, o que el primer acreedor ceda su crédito al no preferente produciéndose la novación hipotecaria y subrogándose este en todos los derechos del anterior (Robles Velasco, tesis doctoral: 78)

4.1. Pluralidad de acreedores hipotecarios: *successio in locum, ius offerendi*

En la línea de lo que venimos estudiando se nos presentan varias circunstancias en las que ya se produce la intervención de un segundo acreedor, en la primera de ellas se produce la subrogación del segundo acreedor en el puesto que deja el primer acreedor pero para ello se debía producir la satisfacción del primero, concretamente en la *successio in locum* es preciso que el segundo acreedor ofrezca al primero su propio dinero, produciéndose por dos vías, la primera en la que el acreedor no prioritario le ofrece al preferente el pago donde se daría el *ius offerendi*, o en segundo lugar el acreedor preferente le ofrece su crédito al no prioritario para que se produzca la subrogación en el crédito hipotecario produciéndose una novación hipotecaria, por lo que la segunda hipoteca no condiciona su existencia a la desaparición de la primera, sino que la hipoteca tendría existencia antes del ejercicio del *ius offerendi*, lo que se

produce es la sucesión en el lugar del acreedor preferente, es decir el segundo acreedor pasa a convertirse en preferente, para lo cual era necesario el consentimiento del deudor.

Respecto de la sucesión en el lugar del primer acreedor se pueden diferenciar según Dernburg dos tipos de sucesión la originaria y la derivativa, pudiendo considerarse que el derecho del acreedor anterior se separa del mismo y pasa a su sucesor o se puede considerar que se trata de un propio derecho del sucesor el cual mejora ocupando la posición que poseía el primero. El mismo autor define la sucesión hipotecaria como “la transmisión del rango y posición de un derecho de hipoteca que se extingue a un derecho de hipoteca posterior”. Se considera por tanto que pasa a ocupar la posición que ocupaba el otro y por tanto los mismos derechos que este tenía y con ello el rango hipotecario (Juan Miguel González 1959: 299-302).

Pasaremos seguidamente a analizar la figura del *ius offerendi* que se define como el derecho del que consta el segundo acreedor hipotecario de satisfacer al primero realizando la venta y cobrándose el crédito como hemos mencionado con anterioridad, pasando por tanto a ocupar su posición, que surge con Juliano, surgiendo esta institución junto con la segunda hipoteca. Debiendo tener en cuenta que no se produce una transmisión de uno a otro, si no que uno pasa a ocupar del otro al haber satisfecho su crédito y con ello haber desaparecido la hipoteca del primero, por lo que el segundo pasaba a tener las acciones hipotecarias, y el *ius distrahendi*. Se especifica también que el segundo acreedor hipotecario al vender la cosa podrá cobrarse su propio crédito y lo que le pagó al primer acreedor para ocupar su lugar. (Juan Miguel González 1959: 302-303).

Lucía Bernad Segarra en su estudio “La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio temporal en Derecho Romano y en Derecho Civil español”, realiza un resumen de las relaciones que se establecen cuando se da el supuesto de que existen varios acreedores hipotecarios y todos ellos poseen un privilegio, dado que se dan controversias para los casos de que por tratarse de un privilegio distinto no pueda aplicarse el principio temporal y para ello se refiere a Frezza el cual afirma que será privilegiado aquel que haya pagado una mayor cantidad.

Ahora bien respecto de los créditos privados se da una alteración cuando créditos del Fisco concurren con la hipoteca para la restitución de la dote, en cuyo caso se equiparan y habrá de estarse al momento en el que el marido contrajo la obligación con el Fisco que en caso de ser posterior, no gozará de privilegio sobre sus bienes y serán destinados a restituir la dote, por lo que se produce una vuelta a la utilización del privilegio temporal.

En caso de que la hipoteca para la restitución de la dote, y la hipoteca de la *versio in rem* y para ello Justiniano establece en uno de sus textos que no es correcto que la mujer se vea perjudicada en caso de que se disuelva el matrimonio, por lo que únicamente cede ante este caso el privilegio de la *versio in rem* y ante el caso de que el crédito traiga causa de acceder a un puesto en la milicia (Bernad Segarra 2011:89-94).

5. HIPOTECAS PRIVILEGIADAS EN DERECHO ROMANO

Tal y como hemos comentado en los apartados anteriores y como expone Luis Mariano Robles Velasco en su obra “Las hipotecas privilegiadas en el Derecho Romano” las se venía aplicando la regla *prior in tempore potior in iure* que tiene su origen en el jurista romano Gayo en D.20.4.11: “es preferido en la hipoteca quien prestó el dinero y recibió la hipoteca”. Por lo que las hipotecas privilegiadas supondrán una excepción al principio mismo, considerándolo como algo favorable a una persona en contraposición al derecho común, aunque pudo ser desfavorable según la época.

La introducción de los privilegios en determinadas hipotecas dio lugar a la interacción entre acreedores y a un cambio en las relaciones a como se venía haciendo en épocas anteriores, en este sentido Luis Mariano Robles lo califica como una nueva vía para la resolución de conflictos, debido a que altera el rango de todo tipo de acreedores, sean hipotecarios o no.

Realizada esta breve introducción es preciso pasar a un estudio pormenorizado de cada uno de los tipos de privilegios que se atribuían a las hipotecas, diferenciados en este caso según su época de implantación.

Lucía Bernad Segarra en su estudio para la Revista General de Derecho Romano (Nº15,2010), establece la línea evolutiva que ha seguido esta cuestión desde la tradición romana, en un principio con aplicando el principio de prioridad temporal, seguido este régimen en las Partidas, concretamente en la Partida V, Ley XXXI, donde se refiere a la hipoteca integrada en documento público, extendiéndose a los territorios de América.

5.1. Época clásica

5.1.1. La hipoteca privilegiada a favor del fisco

Existe un presupuesto inicial necesario acerca de este tipo de privilegios en los que se parte de la idea que todos los bienes de los contribuyentes estaban gravados por una hipoteca, lo cual se deduce de textos como el D.49.14.46.3: “*fiscus semper habet ius pignoris*”, lo cual según opinión de Miquel puede no ser un privilegio siempre favorable para el Fisco. Cabe destacar que se establecen dos diferencias, la primera cuando realmente el Fisco constituye una hipoteca sobre el bien del contribuyente (*aerarium*) o cuando actúa en virtud de un privilegio (*princeps*), considerando este como un derecho de embargo sobre los bienes del deudor, pudiendo dirigirse directamente contra este y hacerse con sus bienes, pero no de forma indiscriminada e ilimitada. Constituye por tanto una equiparación al resto de acreedores hipotecarios cuando no existe hipoteca realmente (Bernad Segarra 2011:46). En el momento en que se incluía en una relación de créditos junto con otros deudores era cuando adquiría el privilegio, concediéndoles una protección determinada frente a otros como ocurre con la dote de la mujer. Pero cabe destacar que no es suficiente para hacer nulos actos anteriores como la transmisibilidad de un bien, ni por tanto afectar a terceros adquirentes siempre y cuando fueran anteriores, dado que su transmisión posterior no impide al Fisco su reclamación. En definitiva, el Fisco podía ejercitar el *ius pignoris* cuando se producía un incumplimiento en el pago de tributos.

Su origen según Frezza se sitúa en las constituciones del emperador Caracalla, en la primera se produce el surgimiento de la hipoteca a favor del fisco y en la segunda en la que se reconoce el privilegio a todas las deudas que se contraigan con el Fisco. (Bernad Segarra 2011:48)

Debe actuar directamente en dicha reclamación el Fisco, aunque también puede darse el caso en que este derecho sea cedido a un particular, con la preferencia incluida, denominada *persequitio bonorum*, siempre que no supusiera un fraude, dado que podía dar lugar a abusos en la práctica, en cuyo caso sería anulada. Puede darse también esta relación a la inversa, en la que el Fisco asume deudas de particulares, en las que estará limitado por lo prometido por el acreedor principal. (Robles Velasco 2005:27-50).

Pasaremos a estudiar de manera más concreta los diferentes tipos de privilegio del Fisco que había en derecho romano. En primer lugar existe una hipoteca expresa a favor del Fisco entre las que se encuentran las que afectan a los bienes de los que establecen un contrato con el fisco es decir, sobre los bienes de las personas que ejercían el deber de recaudación recaía un derecho de especial afección a favor del Fisco sobre aquellos bienes que resulten de la administración y recaudación de tributos, y por lo tanto sirve para garantizar el derecho del Fisco hasta que transcurría el quinquenio a través del cual se obligaban como arrendatarios. (Robles Velasco 2005: 53-58).

En segundo lugar, nos encontramos con la hipoteca expresa que recae sobre los bienes de los contribuyentes, partiendo de la consideración de que el Fisco estaba generalmente dotado de una hipoteca, comenzándose a reconocer por Marciano. Donde se establece una sujeción especial y expresa sobre los bienes de los contribuyentes, pero sin producirse desplazamiento posesorio, el cual pasa a ser un deudor fiscal. (Robles Velasco 2005:61,62).

Respecto de las hipotecas tácitas del fisco sobre los bienes de los deudores, debido a que se trataba de una práctica tan común que comenzó a no considerarse necesario hacer explícita dicha sujeción, convirtiéndose en prenda general, en definitiva, se establece la presunción de que los bienes de las personas que celebran un contrato con el fisco están sujetos a título de prenda, aunque no se exprese de manera especial. Más tarde se extiende como una presunción sobre la totalidad de los bienes de los censados los cuales pueden llegar a estar obligados por prenda, teniéndolo como una facultad en potencia del Fisco de ocuparlos en caso de que se produzcan incumplimientos respecto del mismo. (Robles Velasco 2005:65-67).

Como ya hemos dicho se trataba de un privilegio general sobre los bienes de los censados y contribuyentes a favor del fisco, pero es preciso estudiar también lo que ocurría en caso de que concurriera con otras hipotecas dado que debía respetar los créditos anteriores. Como ya hemos citado con anterioridad la regla general era el principio *prior in tempore potior in iure* en los casos en los que se daba esta concurrencia, pero esta regla sufre variaciones en el momento en el que media con créditos privilegiados cuyo acreedor no es anterior. Pueden darse variaciones también en caso de que exista un mejor poseedor o que uno pague la cantidad antes que otro. La prioridad del Fisco respecto de todos los créditos que se constituyan después se explica en función de la *protopraxia* teoría enunciada por Wieacker la cual refleja que la preferencia del Fisco se establece sobre el patrimonio ya existente y el patrimonio futuro del deudor, por lo que las cosas que adquiriera nacen ya grabadas por esa

hipoteca, siempre y cuando se considere al fisco como un acreedor privilegiado, cuando existan acreedores anteriores. (Robles Velasco 2005:68-77)

Con respecto a la concurrencia que pudiera darse con bienes del pupilo el Fisco no siempre es preferente, únicamente lo será cuando goce de privilegios que son consecuencia de su actividad, frente a créditos posteriores e incluso existen casos en los que se le trata como un particular más sin ningún privilegio. (Robles Velasco 2005:94)

Para concluir lo que sucede cuando en la práctica concurre con otros privilegios un privilegio del fisco cito textualmente una idea que plante Luis Mariano Robles en su obra "Las hipotecas privilegiadas en Derecho Romano" (2005) pág. 185: *"El fisco cuando sucede en el derecho de un particular usa el derecho de los particulares si el derecho de estos es anterior al del propio fisco, pero si el derecho del fisco es anterior usa de su propio privilegio"*.

5.1.2. La hipoteca privilegiada a favor del que ha dado dinero para la conservación o mejora de la cosa

Denominado también el privilegio de la *versio in rem* y encuentra su origen en un edicto de Marco Aurelio. Hace referencia al privilegio que se le da a la hipoteca posterior en garantía de un crédito que adelanta el dinero para la reconstrucción, adquisición, conservación o mejora de la cosa y por lo tanto tiene preferencia sobre acreedores anteriores, por lo que quiebra también en este caso el principio temporal para la preferencia de hipotecas, mientras que el dinero haya sido destinado a esa causa. En definitiva, se concede una preferencia frente a los anteriores al que solicita un crédito para la reconstrucción de un edificio y constituye una hipoteca en garantía del dinero invertido. Por lo que es claro que la cosa adquiere su mayor valor y por tanto ahí reside el origen del privilegio dado que provoca una mejora de la misma o su consecuente utilización lo cual supone una gran inversión para el que lo ejerce independientemente de que existan acreedores anteriores. (Robles Velasco 2005: 165,166).

La base del privilegio viene a ser que en el caso de que un acreedor posterior invirtiera dinero en la mejora de una cosa, produciría por razones obvias un aumento de valor en la misma lo cual provoca que los acreedores anteriores los cuales no han invertido ese dinero, puedan dar pago a su crédito y por tanto se da una situación injusta y de desproporción de no existir este privilegio. En un inicio aparece como compensación a quien invirtió dinero en la reparación de un edificio, pero en más tarde se reconoce a cualquiera que invierta dinero con el fin de mejorar la conservación de la cosa objeto de la hipoteca. (Bernad Segarra 2011:64)

Lucía Bernad Segarra en su artículo *"Sobre la versio in rem. Del privilegium exigendi a la hipoteca legal privilegiada en derecho romano"* para la Revista General de Derecho Romano 29 (1959), sitúa el fundamento de este privilegio en un texto de Pomponio D. 50, 17, 206 (Pomp. 9 var. Lect.), que dicta lo siguiente: *"Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem"* el cual hace referencia al enriquecimiento injusto que se produce cuando alguien se beneficia en perjuicio de otra persona.

Se produjo su nacimiento debido a la cantidad de ruinas que existían en la Roma imperial por ello comenzó a concederse un privilegio a las personas que se preocupaban de su restauración o reedificación. Como ocurre en un texto de Ulpiano (D.42.3.1) donde se reconoce ese

privilegium exigendi por haber sido el dinero destinado a la reparación del edificio, dado que en un primer momento los autores consideran que nació como un privilegio concursal que pasó a ser sustituido por un *privilegium exigendi* que necesariamente alteraba el orden de prelación del rango hipotecario. (Bernad Segarra 2011:66).

Lucía Bernad Segarra en su obra "*La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en Derecho Romano y en Derecho Civil español*" establece dos diferentes situaciones que nos ayudan a entender este privilegio, la primera de ellas es el privilegio que se da a favor de quien ha pagado el precio por el que se ha adquirido la cosa objeto de la hipoteca, cuyo origen ha sido discutido dado que aparece una referencia en un texto de Marcelo y en la constitución de Diocleciano, y se confirma en una constitución del mismo donde se establece que el acuerdo del derecho de prenda a favor del que prestó el dinero para comprar la cosa debe ser expreso, para que el mismo exista.

De la interpretación de un texto de Marcelo algunos autores afirman que formaba parte también el dinero del patrimonio hipotecado cuando se establecía una hipoteca general sobre los bienes presentes y futuros de una persona, por lo que lo que adquiriera con ese dinero hipotecado pasaba a ser un bien hipotecado. Otros destacan que en esa época aun no existía ese privilegio dado que en el mismo no se hace mención y sitúan el inicio en la citada constitución de Diocleciano donde se declara de manera expresa la prioridad que tiene el que ha invertido dinero para la compra del fundo. Por lo que se sugieren dos presupuestos para la existencia del privilegio: en primer lugar, que el dinero del acreedor se haya utilizado para la adquirir la cosa y en segundo lugar que se produzca un negocio crediticio y pignoraticio de manera simultánea.

El siguiente supuesto que se nos plantea es el privilegio que tiene aquel cuyo dinero se utiliza para la conservación o mejora de la cosa hipotecada, encontrando su origen en un texto de Ulpiano donde se afirma la inaplicación del *principio prior in tempore potior in iure* cuando el acreedor da una cantidad de dinero para armar o repara la nave objeto de la hipoteca, siendo necesario que el dinero que se ha prestado haya sido destinado a ese fin. Posteriormente en los textos se encuentra otra exigencia que es la de que el dinero prestado efectivamente repare la nave, es decir, que cumpla el objetivo.

Lucía Bernad Segarra en la obra citada con anterioridad hace referencia a dos textos en los que se considera admitida en aquella época la existencia del citado privilegio, el primero de ellos es un texto de Ulpiano en el que se compra un fundo para un pupilo con el dinero de otro pupilo y se afirma que presta el dinero tendrá un derecho de prenda sobre ese fundo y el otro de los textos que cita es el de la constitución de Caracalla en el cual se plantea el caso de que el tutor manumite esclavos que había comprado en un primer momento con dinero del pupilo afirmándose que sobre todo lo que haya sido comprado con el dinero del pupilo existe un derecho de prenda por parte del pupilo. No obstante, la autora plantea dudas acerca de que en la primera parte del texto de Ulpiano pueda apreciarse la existencia de la *versio in rem* debido a que no se produce la concurrencia de hipotecas (Bernad Segarra 2011:67-75).

Es preciso en este momento hacer referencia a las situaciones en las que concurre con otro privilegio sobre el mismo bien, como sucede con el Fisco el cual es en época justiniana siempre preferente, mientras que en época clásica solo se mantiene el privilegio del fisco frente al crédito privilegiado de la *versio in rem* en caso de que este último fuera posterior, ya que en caso de ser anterior se aplica el principio temporal en esta época. (Robles Velasco 2005: 188,189)

5.1.3 Hipoteca privilegiada a favor de los banqueros

En primer lugar, es preciso hacer referencia a la labor que llevaban a cabo los banqueros en época clásica. Se encontraban los *argentarii* que eran agentes que guardaban objetos de valor para su custodia, como pueden ser depósitos de dinero, servían de avalistas y negociaban préstamos y anticipos en las subastas, eran la figura más parecida a lo que hoy conocemos como banqueros. Seguidamente se encuentran los denominados *nummularii* que son cambistas, comprobadores y tasadores de monedas, por otro lado, los *stipulatores argentarii* que redactaban los contratos en las subastas. (García Garrido, M.J 2001:33).

Los *argentarii*, se encargaban como hemos dicho de custodiar depósitos y por tanto debía intervenir en las negociaciones entre *deponens* y *depositarius* manteniéndose como propietario aquel que depositaba el dinero y pudiendo recuperarlo cuando así lo deseara, siendo de gran relevancia la voluntad de las partes. Se daba también la circunstancia de que una persona depositara un dinero por una relación de confianza, pero sin tener preferencia sobre los demás acreedores, únicamente ostentando un derecho de crédito y se debe mencionar asimismo la actividad de dar dinero a crédito. (Robles Velasco 2005: 225 y 227)

Su origen no resulta una cuestión pacífica para los autores, ya que pudiera calificarse de depósito irregular en el caso de que les fuera cedida una cantidad de dinero a los *argentarii*, para que devolvieran una suma equivalente y por tanto constituir un depósito irregular, o en su caso transmitir la propiedad para la consecución de sus propios fines en cuyo caso, se trataría de un mutuo (García Garrido, M.J 2001: 53). Siendo la jurisprudencia en el siglo III d.C tendente a considerarlo como mutuo, para después pasar a considerarlo como un depósito (Robles Velasco 2005:229)

Pueden darse en esa línea dos tipos de depósitos, el primero en el que le entregaba una cantidad determinada de dinero al *argentarii* para que le fuera devuelta en un tiempo determinado como un depósito irregular y otra en la que se le transmitía la propiedad para emplearlo en un fin determinado. Pero es latente que esta situación sitúa al depositante en una situación de riesgo dado que no consta de garantías con las que poder hacer efectivo su derecho de crédito y por tanto se produce el desarrollo de un *privilegium exigendi* sobre los bienes del depositario, en este caso el banquero, no solo sobre su dinero para el caso de que se produjera una ruptura en la relación de confianza que ostentaban, sino sobre todo su patrimonio. Se relaciona también este privilegio según Solazzi con la intención de desarrollar la confianza en la banca. (Robles Velasco 2005: 228-232)

En caso de que se produjera la quiebra de la banca surge el problema difícil de resolver de determinar quién era preferido para cobrar el dinero que había depositado o los que

ostentaban otros créditos con el banco y en este sentido existen textos en contradicción, el primero (D.16.3.7.2) en el que serán preferidos los depositarios, siempre que no hubieran aceptado recibir intereses, ya que de lo contrario se considera que han renunciado al depósito, frente a otros acreedores privilegiados. Por otra parte existe el supuesto del que trata el texto D.42.5.24.2 donde se establece la preferencia a favor de los acreedores privilegiados, en perjuicio de los depositantes. En este sentido Luis Mariano Robles hace referencia a un fragmento (24.2) que pudiera resolver esta cuestión tan controvertida en el que se establece una diferenciación entre los que recibieron intereses por su dinero y los que no. Concluye que: “ si existe el dinero en la caja del banquero puede ser reclamado con preferencia a los demás acreedores privilegiados, mientras que en caso de recibir intereses perderían esa preferencia”. (Robles Velasco 2005: 232-235)

Se hace una distinción entre si el dinero se entregaba a los *mensularii* que eran funcionarios públicos o si se entregaba a los *numularii* los cuales eran banqueros privados y por tanto los acreedores de los mismos no estarían amparados por la fe pública, por ello se les concede una mayor protección a los que depositan el dinero a los *argentarii* garantizándolo con los bienes del banquero, por lo que tienen una garantía real. Por su parte los *mensularii* mencionados son oficiales públicos a los cuales les eran entregados bienes dentro de un cofre el cual era restituido cuando el depositante lo reclamaba y en caso de cantidades de dinero si percibían intereses, no se les da distinto trato, por lo que estos no son percibidos y únicamente el banquero está obligado a pagar la misma cantidad que le fue entregada, se convierte en un mutuo.

En el caso distinto de que concurriera con otros depositantes no se establece preferencia si no que todos acudirán a la vez para la restitución de su depósito, recibiendo el mismo trato todos y cada uno de los depositantes y en caso de no ser suficiente la cantidad, se prorratea entre todos por la cantidad que cada uno hubiera depositado. (Robles Velasco 2005: 237-239)

Existe también una peculiaridad que dio lugar a abusos en la época y por ello más tarde sufrió modificaciones que fue el hecho de que con los cargos públicos en aquella época y eran los créditos destinados a la obtención de un cargo público en la *militia*, el cual se adquiría por herencia, pero se podía negociar con el mismo. Por lo que se puede obtener la conclusión de que los citados préstamos gozaban de un privilegio respecto del resto, pero para evitar los abusos a favor de familiares y parientes, se establecieron en las constituciones imperiales una serie de restricciones para las personas que ejercían su trabajo en un taller con la excepción de los vendedores de plata, dado que estos financiaban las armas y guardaban vinculación asimismo con la banca para los cuales resultaba muy beneficioso este negocio, pero más tarde se extiende la restricción a estos últimos. Se sigue desarrollando en el tiempo y proceden a redactar la presunción de que en caso de que los citados negociantes obtengan un cargo público para alguno de sus parientes, se considerará que ha sido financiado con dineros de sus clientes y por tanto deberán probar lo contrario. Esto dio lugar a quejas por parte de los banqueros dado que les situaba en una situación de desprotección en la que estaban expuestos a multitud de reclamaciones, y con Justiniano se les reconoce el privilegio también a los banqueros y sus hijos. (Robles Velasco 2005: 240-251)

Como hemos dicho ya en época de Justiniano se reconoció el privilegio a favor de los banqueros para paliar la situación en la que se vieron envueltos en épocas anteriores, en este momento por tanto la banca busca soluciones frente a la insolvencia de los deudores para que no se produjera el cese de su actividad, dado que en la práctica era de reconocido prestigio la actividad que llevaban a cabo debido al riesgo que asumían y los beneficios que proporcionaban al conjunto de la comunidad. Se lleva a cabo un sistema en el que estos podrían dirigirse contra el deudor y los fiadores en caso de insolvencia. (Robles Velasco 2005: 252-256).

Justiniano en contra de constituir una hipoteca tácita, que era lo que solicitaban los banqueros, se muestra favorable la constitución de una hipoteca presunta. Los banqueros perseguían que el derecho de hipoteca surgiera automáticamente por la mera existencia de un crédito a favor del banco contra el cliente. El Emperador no acepta la solución propuesta pero exige la constitución voluntaria de una hipoteca presunta por las deudas que ostenten los clientes, sin necesidad de que su voluntad conste en documento de manera expresa, si no que son suficientes para su constitución manifestaciones ambiguas. (Díaz Bautista 1987:115).

5.2. Época postclásica

5.2.1. La hipoteca recogida en documento

Luis Mariano Robles determina en primer lugar los diferentes tipos de documentos y la eficacia que pudieran tener con su consecuente fuerza probatoria, así como las personas que los redactaban. Se encontraban con todo ello los *instrumenta publice confecta* que engloba a los documentos elaborados públicamente, aunque más tarde comienzan a establecerse figuras como los *notarii*, *librarii*, *actuarii*...que denotan la importancia que empezó a tener la escritura a finales de la república, aunque no son figuras equiparables a los notarios de la actualidad, cuya función la cumplían en aquel momento los *tabelliones* y *tabularii*.

Tal y como establece el autor en el siglo III se desarrolla un escriba de carácter profesional que se dedicaba a escriturar negocios jurídicos entre particulares que se denominaron *tabellio* y en segundo lugar *los tabelliones* que se trataba de profesionales libres que desarrollaban su actividad en la jurisdicción voluntaria, redactando documentos, contratos, testamentos, declaraciones... acostumbraban a ejercer su actividad en lugares estables pero no tenían la condición de funcionarios públicos, por lo que no podían dar fe pública ni formalizar expedientes para la actuación ante autoridades (*ius actorum conficiendorum*).

Su profesión estaba relacionada con el asesoramiento acerca del derecho, y por tanto eran responsables de los negocios en los que intervenían en caso de ser estos prohibidos o contrarios a la ley. Les eran limitadas las funciones judiciales por parte de los *praesides* de las provincias lo cual es latente en algunos textos de la época. Respecto de los *tabularii* citados con anterioridad en ocasiones han sido confundidos con la figura de los *tabelliones*, pero nada más lejos de la realidad ya que como establece Luis Mariano Robles Velasco en su obra: “*eran funcionarios subalternos de la curia municipal que realizaban labores de contabilidad, recaudación de impuestos, archivos municipales dada la finalidad de su empleo burocrático*”, y sí eran considerados como un cargo público, aunque no ostentaban funciones plenas. (Robles Velasco 2005: 285-290)

Realizada una breve introducción sobre las figuras que intervenían en este privilegio es posible pasar a analizar las clases de documentos que existían y su valor probatorio. Se podían distinguir respecto de las escrituras que se elaboraban en la época, las escrituras privadas, es decir aquellas suscritas por particulares con testigos; en segundo lugar se encuentra la escritura quasi publica confectae con la presencia de 3 o más testigos rogados o idóneos, seguidamente se encuentran las escrituras instrumenta publice confecta elaboradas por los profesionales mencionados con anterioridad, que requerían ser pasados a limpio lo que en ese momento se denominaba *in mundum*, la suscripción por tres testigos la autorización del *tabellio* y la conformidad entre las partes (*absolutio*), por lo que con todo ello obligaba a las partes firmantes, así lo dicta Robles Velasco, siendo estos los únicos considerados *instrumentum publicum* y finalmente se encontraban los documentos que se registraban en actas del *praesides* de la provincia.

Seguidamente es preciso analizar las hipotecas privilegiadas en virtud de documento público, se trató de un privilegio como dicta Lucía Bernad Segarra en su obra “La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en Derecho Romano y en Derecho Civil español” que nace en el año 472 con el emperador León, aunque de manera previa el emperador Constantino (año 316) ya lo había referenciado un momento anterior. Fue recogido en un texto por los compiladores el cual sufrió modificaciones en época justiniana. (Bernad Segarra 2011:77-80)

Las hipotecas constituidas en documento público se recogen por primera vez en el texto C.8.17.11 en una constitución de Emperador León, del 472 donde contrapone los *instrumenta publice confecta* a las escrituras privadas, estableciendo una preferencia por las primeras, a pesar de que se constituyan con fecha posterior a las privadas. (Fernández Buján A. 2004, Revista General de Derecho Romano). Se hacía referencia a que las mismas o las constituidas en documento privado con firma de tres testigos idóneos se anteponían al resto de hipotecas. En el mismo texto entre otras cuestiones relevantes destaca que en cuanto a prenda e hipoteca serán preferentes las constituidas en instrumento público, y en caso de haber sido privado, pero reunir los requisitos citados con anterioridad, se considerará como si se hubieran hecho públicamente. Todo ello con el fin de minimizar el riesgo que existía al no hacer públicos sus negocios jurídicos, como sucedía en época clásica donde prevalecía el carácter oculto y oral, por lo que se produce un gran avance. (Robles Velasco 2005: 297-301)

Abordamos ahora en concreto las hipotecas constituidas en documento privado, las cuales como hemos citado en caso de ser firmadas por tres testigos idóneos se equiparaban a las públicas (Nov.73 y C.4.2.17) donde dicha intervención aporta legitimidad al documento, dándole fuerza probatoria, aunque no obstante a ello debía probarse la autenticidad del documento en sí. En el fragmento que recoge Luis Mariano Robles en su estudio Ed. 7.2.1 donde se dicta: *“así los banqueros como los que promovieron litigio sobre tales particulares, como a su vez contra aquellos, mandamos que si se produjeran tales cartas autógrafas de los contratantes que o el mismo de quien se dice que son herederos o los sucesores del mismo (...) no se puede oponer la exceptio non numeratae pecuniae (excepción de dinero no entregado). Además de esto si el banquero pudiera confirmar con un instrumento público la escritura de su propia mano o si él prescindiera de esto, pero su adversario no pudiera argumentar como falsa aquella escritura (..) hágase cotejo de documentos autógrafos, confirmados con la firma de*

testigos (...)” Por lo que es notoria la necesidad de veracidad de los documentos y de probar la misma para el reconocimiento de las pretensiones de cobro, por lo que veda las posibilidades de ejercitar la acción a los deudores. La *exceptio non numeratae pecuniae* invierte la carga de la prueba sobre los acreedores, los cuales debían probar la autenticidad del negocio jurídico. Por lo que en definitiva como se aprecia en el texto recogido establece una serie de ventajas probatorias para los *argentarii*, con la innecesidad de que la deuda tuviera una garantía hipotecaria dado que podría dirigirse contra los bienes de los implicados. (Robles Velasco 2005: 301-309)

En definitiva, serán preferidas en el orden de prelación en caso de reclamación hipotecaria una hipoteca constituida en instrumento público aun en el caso de que se constituyera en fecha posterior, aunque serán iguales en este orden en caso de que se haya constituido en documento privado, pero incluya la firma de tres testigos. (Bernad Segarra 2011:79)

5.2.2. La hipoteca privilegiada a favor de la mujer por restitución de la dote

En primer lugar es preciso referir lo que suponía la dote en época postclásica, debido a que en un principio resultaba un deber moral, una liberalidad que tenía causa en el matrimonio, siendo una aportación que realizaba generalmente el padre de la novia (*dos profecticia*) aunque también pudiera darse el caso de que fuera la propia mujer o un tercero (*dos adventicia*) quien hacía la aportación al marido para que este pudiera proceder al mantenimiento de la mujer y la familia mientras durara la unión. En un inicio se consideraban propiedad del marido, pero más tarde se entendió como una masa de bienes que entraban a formar parte del patrimonio familiar (Bernad Segarra 2011:81) aunque la jurisprudencia de la época era tendente a considerarlo como un patrimonio propio de la mujer dentro del matrimonio (*res uxoria*), por lo que el poder del marido sobre esta dote no era ilimitado.

En un inicio en época clásica se realizaba por declaración formal o mediante en forma de *stipulatio (promissio dotis)*, y seguidamente ya en época postclásica se llevaba a cabo mediante un pacto dotal entre ambas partes. Siendo por tanto la causa de esta figura el matrimonio, y confirmando al marido la disponibilidad sobre la mujer, que se consideraba el objeto dotado, y en caso de no llegar a hacerse efectivo el matrimonio o disolverse queda sujeto el esposo a una acción crediticia con el fin de que sea restituida la dote al que la constituyó.

Por lo que una vez se produjera la disolución del matrimonio o la muerte de uno de los contrayentes debía ser restituida a la mujer o a sus familiares, que en el derecho clásico se configuró la *actio rei uxoriae*, inspirada en la buena fe. En esta línea establece Lucía Bernad Segarra que en caso de no haberse hecho efectiva la unión, pero sí haberse aportado la dote al marido, se deberá reclamar mediante la *condictio*, como una acción personal, lo cual también se reconoce para el caso de que sea menor de edad, dado que el privilegio no puede admitirse. Con Justiniano que es la época en la obligación de restituir como una garantía real, por lo que se concibió como un patrimonio dominio de la mujer, sobre el cual el marido únicamente ostenta un derecho de usufructo durante el tiempo que dure el matrimonio, sin que se

produzca retención alguna. Queda gravado su patrimonio en caso de que no pudiera ejercitarse la devolución efectiva y se denominó a la acción *ex stipulati*, en la que el marido responde por culpa. Se completa esta cuestión con las donaciones *propter nuptias* del marido a la mujer las cuales debían cubrir económicamente la dote. (Samper 1983:260-264)

En los textos se reconoce como un privilegio que se le reconocía a la mujer de manera personal, por lo que únicamente era ella la que podía emprender acciones tendentes a su restitución. No obstante, como se verá a continuación se admiten algunos supuestos en los que puede ser transmitida, por lo que se compone un régimen más flexible y se reconoce la *actio de dote* la cual sustituiría a la *actio rei uxoriae* mencionada, en definitiva la mujer tiene acción y se presume que si no se dice lo contrario, hizo la estipulación para sí. (Robles Velasco: 2005:119-122)

Relacionado asimismo con la transmisibilidad de la acción y las alteraciones que pudiera sufrir la dote, se podía reconocer el *pactum de non petendo*, gracias al cual la dote no era devuelta si el matrimonio tenía hijos, o se decía que el marido podía retener para sí ciertas cuotas según la causa que hubiese llevado a la disolución del matrimonio y con él a la restitución de la dote. Luis Mariano Robles recoge dos textos que resultan de relevancia para analizar esta cuestión, el primero de ellos de Celso (D.2.14.33, CELSIUS, lib.I *Digestorum*) donde un abuelo hace una promesa de dote por su nieta, pero establece que la restitución se le haga a un coheredero que no es su hijo, el padre de su nieta. El segundo de los textos, de Pomponio D.23.4.10, POMPONIUS lib. XXVI donde dice un abuelo que recibe su nieto la dote pero que no se le reclame a él ni a su hijo, si no otro coheredero. (Robles Velasco 2011:123-128).

EL autor cita a VOICI (Diritto ereditario romano PAG.273 n.219) donde aclara la confusión que pudieran producir los citados escritos y afirma lo siguiente: “muerta la mujer, ninguno puede pedir la dote. Muerto el marido, o sobrevenido el divorcio, el crédito es atribuido o a la mujer *sui iuris* o a su *pater familias*, pero no es transmisible a los herederos respectivos...”

Respecto de la transmisibilidad mortis causa, se refiere Luis Mariano a un texto de Africano (D.23.4.23) donde dicta: “el padre acuerda que caso de disolución del matrimonio por muerte de la hija, existiendo hijos, un tercio lo retendrá el marido y dos tercios serían para el padre o después de su muerte a sus hijos en potestad” (Robles Velasco 2011:135). Teniendo en cuenta lo anterior se plantea el problema de si se suceden las dos muertes (la de la mujer y su padre), si la dote le corresponde en su totalidad a los hijos del matrimonio o si con esa *stipulatio* será de los hijos del que la constituyó, siendo favorables a tener a los herederos del mismo como *adiecti* y por tanto concederles la parte de la dote (en ese caso dos tercios) que le correspondería a su padre en caso de no haber fallecido, en lugar de restituirla por entero a los hijos de la mujer.

En definitiva, concluye SOLAZZI en su obra “Il Concorso dei creditor” (p.170) que la transmisión al heredero va a depender de que exista un pacto o no, dado que de no haber sigue el régimen de la época clásica basado en la intransmisibilidad, considerando el privilegio como personal (C.7.74.1) (Robles Velasco 2005:134-139). Se establece por tanto una distinción para determinar, según de donde traen razón cada privilegio, si es transmisible o no, por lo que afirma Robles Velasco que los personales son intransmisibles y para ello remite al texto D.50.17.196 donde así se establece.

Es preciso, una vez realizado un estudio del privilegio, estudiar cómo se relaciona con otros privilegios, dado que en época de Justiniano asciende su consideración y se trata como una garantía real, siendo de un carácter más elevado que el resto de privilegios, y esto se observa en los textos, donde se daba preferencia a la mujer frente a los acreedores que ostentaran un derecho frente al marido, así se dicta en C.5.12.30. Como afirma Robles Velasco en su estudio, se considera preferente frente a acciones personales o acreedores anteriores, tendencia que ya había sido notoria en la Constitución de Caracalla del 213 donde se establecía la preferencia de la mujer sobre los créditos del Fisco según si estos eran posteriores, no así en caso de que los créditos del Fisco fueran anteriores. (Robles Velasco 2011:151)

Con Justiniano se concede una acción real con el fin de dar cobertura a estas situaciones ya que consideraba que los bienes eran desde el momento del matrimonio patrimonio de la mujer, por lo que se le da entidad con una *in rem actionem*, pudiendo optar por una acción real o por una acción hipotecaria si los bienes ya no forman parte del patrimonio del marido. (Robles Velasco 2011: 152,153). Poco tiempo después Justiniano avanza en esta tendencia al pleno reconocimiento del privilegio de la mujer sobre la dote, y concede una hipoteca tácita que garantiza que se va a producir la restitución, disponiendo la preferencia de esta frente a todas las anteriores concretamente en el texto C.8.17 (18).12 por tanto la mujer gozará de preferencia en su restitución frente a todas las personas que ostentaran un derecho de crédito frente a su marido, independientemente de que este fuera anterior, por lo que altera el orden de preferencia. (Robles Velasco 2011: 158-163)

6. ACCIONES: LA ACTIO PIGNERATICA, ACTIO SERVIANA, INTERDICTO SALVIANO Y ACTIO SERVIANA UTILIS

Es preciso en este momento pasar al estudio detallado de las acciones que se concedían para la protección de las partes en los negocios que tenían lugar en relación con la hipoteca así como la evolución que experimentaron desde que comenzó a operar en la práctica como garantía no sujeta a la posesión. En un inicio antes de la aparición de la hipoteca, y cuando únicamente operaba en la práctica el *pignus* como garantía de que se producirá el cumplimiento de una obligación, se protegía el *ius possidendi* con la *actio pigneraticia* que se le concedía al pignorante para reclamar la cosa objeto del *pignus* (Samper 1983:303), siempre claro está que se haya pagado la deuda de la que trae causa, y conservando la acción reivindicatoria.

Por su parte en segundo lugar con el surgimiento del *pignus conventum* denominado hipoteca en algunas provincias, a partir de los *invecta et illata* de los arrendamientos rústicos Servio Sulpico Rufo otorgó una acción denominada *actio Serviana* para que el arrendador los pudiera reclamar, y tienen su origen en los arrendamientos del Catón del Censor (Samper 1983:306), por lo que se limitaba a este tipo de arrendamientos.

Seguidamente Salvio sustituye la *actio* citada por el interdicto Salviano, dejándola sin eficacia en la práctica y extiende su efecto a todo tipo de hipotecas que se constituyeran ampliando la protección que antes únicamente se daba a los arrendamientos rústicos, denominándola en la práctica tanto *actio Serviana* como *actio Serviana utilis*, como *quasi Serviana* gracias a la cual se podría dirigir contra cualquiera que ostentara la propiedad o la posesión. Estas diferencias terminológicas han dado lugar a confusiones entre los autores (Samper 1983:307).

7. EXTINCIÓN

Respecto de la extinción y las causas que pueden llevar a la desaparición tanto de la prenda como de la hipoteca o su pérdida, se encuentran la desaparición de la obligación de la que traen causa, la destrucción de la cosa, por confusión en una misma persona de la figura de propietario de la cosa y la de acreedor, en caso de que renuncie el titular del crédito, o que de manera voluntaria se produzca la restitución del pignorante de la cosa pignorada, en la prenda posesoria (Samper 1983:309), que se produzca la usucapión de la cosa a favor de un tercero de buena fe, o por el ejercicio del derecho de prenda o hipoteca. (Volterra 1986:442). Samper afirma que la *usucapio* no extinguía la prenda pero sí se producía la extinción pro la *praescriptio longi temporis* que protegía al poseedor contra el pignoratario, pero no extinguía el derecho de este último en caso de que entrara a poseer el fundo. Finalmente, otra de las causas es que se produzca la cancelación de la deuda que garantizaba la hipoteca, salvo que se tratara de una deuda de rango posterior.

8. COMPARACIÓN SITUACIÓN ACTUAL EN DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Como ya hemos visto a lo largo de todo el estudio sobre el sistema hipotecario en la tradición romana no existía un registro que permitiera tener constancia de los gravámenes que recaían sobre un bien y por tanto esta tradición estaba marcada por la inseguridad jurídica. Una vez que se extendió el uso de la hipoteca, y sobre todo con el hecho de que pudieran existir más de un acreedor hipotecario sobre un mismo bien, se ve la necesidad de establecer un registro público que aporte seguridad a los negocios jurídicos, así las cosas en España, que hasta ese momento había seguido el sistema romano en las Partidas y en las Leyes de Toro (Bernad Segarra 2011:93), se crea en el siglo XIX el Registro de la Propiedad.

En España se extiende la utilización de las hipotecas en el s.XVI por las condiciones más favorables que presentaba la economía y por ello se ve la necesidad de dar seguridad a esas situaciones mediante el mecanismo de la publicidad. En un primer momento se comienzan a reflejar estas circunstancias en una pragmática de Don Carlos y Doña Juana en el año 1539, donde se establecía la obligación de llevar un Libro en el que se establecieran las hipotecas, pero no tenía efectos en la práctica judicial. Más tarde en el año 1768 se crearon Oficios o Contadurías de hipotecas, los cuales se tienen como el antecedente del Registro de la Propiedad actual, lo cual tuvo importancia notoria en la redacción del proyecto de Código civil del año 1836 donde se reguló en un Libro la figura de la hipoteca inspirándose en tendencias germánicas, siendo la inscripción constitutiva y por tanto para que produjeran efectos debía inscribirse en el Registro de la Propiedad. En 1861 se promulgó la Ley Hipotecaria que será

donde se establezcan los pilares fundamentales de nuestro actual sistema hipotecario dado que por una parte la inscripción tendrá carácter declarativo y la transmisión de la propiedad se producirá por la concurrencia de título y modo, dando protección con la inscripción a los títulos según el orden en el que se inscriban. Finalmente en 1869 se introduce una reforma del Código civil en la que será de carácter constitutivo la inscripción, regulado en su art. 1875. (Bernad Segarra 2011:95-104).

Seguidamente Lucía Bernad Segarra realiza un estudio de las hipotecas que operan en la actualidad en nuestro derecho, todas ellas de carácter especial, lo cual resulta de interés para establecer paralelismos respecto del sistema romano del que nuestro ordenamiento trae causa. Se encuentran las hipotecas expresas y tácitas, las primeras conllevan la obligación de ser inscritas en el Registro para que consten de validez, las cuales son las más utilizadas en la práctica debido a que en la actualidad es más compleja y necesita de mayor seguridad y rigor en el tráfico, por lo que las segundas únicamente se admiten para tres casos tasados en la Ley Hipotecaria (art.194 a favor de municipios para el pago de contribuciones, art.195 a favor de los aseguradores y art. 9 para las deudas contraídas con la comunidad).

En segundo lugar según su origen, se establecen las hipotecas voluntarias reguladas en el art.138 L.H, que se constituyen por la voluntad del individuo, o el convenio entre las partes, y las hipotecas legales que se encuentran reconocidas por la ley y por tanto facultan al individuo para constituir las o pueden ser obligatorias para los casos en los que se dé el supuesto de hecho que la ley establece (art.168 y ss. L.H). Otra de las clasificaciones que establece es la hipoteca ordinaria o de tráfico y las hipotecas de seguridad, las primeras son las más comunes en la práctica y son aquellas en las que se conoce la cuantía y la hipoteca existe en sí misma, mientras que en las de seguridad ambas cuestiones quedan por determinar. (Bernad Segarra 2011:109).

En definitiva en nuestro actual sistema hipotecario opera en la práctica como principio general el de prioridad temporal en caso de que existan diferentes hipotecas sobre un mismo bien, y es precisamente en las hipotecas legales donde se produce este paralelismo, según el momento en el que hayan quedado inscritos en el Registro dado que en nuestro sistema sí que rige el principio de publicidad, que es el momento en el que la hipoteca comienza a operar y adquiere eficacia frente a terceros. Respecto de los privilegios que subsisten en la actualidad destacan el art. 194 L.H y art. 271 del Reglamento Hipotecario donde se establece la hipoteca legal a favor del Estado y junto a él, el supuesto que regula el art. 78 de la Ley General Tributaria donde se establece una hipoteca legal tácita a favor del Fisco para el cobro de determinados tributos dotándola de una preferencia en el cobro frente al resto de acreedores. (Bernad Segarra 2011:110-113). En este sentido por tanto se trata de una hipoteca legal tácita constituida a favor del Estado el cual posee un derecho privilegiado, lo cual es criticado por parte de la doctrina tratando de encontrar otras justificaciones a su existencia debido a que quiebra el principio de publicidad registral, pero que encuentra su razón de ser en la defensa del interés público.

9. CONCLUSIONES

Con todo lo anterior y habiendo estudiado el progreso que se ha producido respecto de las instituciones orientadas a la garantía de deudas y más en concreto de la hipoteca, que en nuestros días tiene una importancia vital en los negocios jurídicos. Partiendo de un sistema en el que apenas existía seguridad jurídica debido a que en el derecho clásico existió cierto recelo por hacer públicos los negocios jurídicos y a dar a conocer el patrimonio personal, así como la necesidad que existía antes del surgimiento de la hipoteca como la conocemos en la actualidad, de transmitir la posesión de la cosa que se daba en prenda para garantizar obligaciones. Por ello se produce un cambio en la mentalidad de aquel momento, cuando se comienzan a garantizar obligaciones sin transmisión de la posesión al acreedor.

En primer lugar, respecto del origen de la hipoteca es preciso referirnos a que guarda una estrecha relación con el *pignus*, dado que en un principio surge como variante del mismo e incluso se tratan como la misma figura en los textos clásicos. No obstante en la práctica comienza a operar como una institución que no requiere la transmisión de la posesión aunque con ciertas reticencias, dado que la manera más común de asegurar deudas era mediante la garantía personal, como la fiducia *cum amico* o *cum creditore*, o en su caso la prenda o *pignus* que al requerir el desplazamiento posesorio del deudor al acreedor, producía una mayor seguridad en la práctica, dado que el acreedor ostentaba ciertas facultades sobre la cosa dada en prenda, pudiendo en caso de incumplimiento por parte del deudor, proceder a la venta en garantía de su deuda.

Posteriormente surge la hipoteca teniendo su origen en los arrendamientos rústicos, sobre los *invecta et illata*, que se establecía como una garantía al arrendador, de que el arrendatario pagaría las rentas correspondientes, y en caso de que esto no se cumpliera establecía una hipoteca sobre estos bienes. Con el fin de dar cobertura a esta situación, se le concede la *actio Serviana*. Acerca de su constitución del *pignus* otorgaba al acreedor la facultad de poseer la cosa dada en garantía así como la de venderla en caso de incumplimiento. El surgimiento podría darse por acuerdo voluntario de las partes, mortis causa, por mandato legal o porque así lo determinara una decisión judicial. Respecto de las cosas que pueden ser objeto de una hipoteca, es claro que el objeto se verá ampliado debido a que no se exige desplazamiento posesorio. En este punto comienzan a surgir complejidades como la pluralidad hipotecaria, o la pluralidad de garantías a partir de lo cual tratamos el delito de estelionato, el cual castigaba en el derecho ático a aquellos que garantizaban varias deudas con una misma cosa, pero en Derecho Romano tras la época de Papiniano dejó de incluirse en la práctica.

Con todo lo anterior es preciso referirnos al objeto de este trabajo, que son las hipotecas privilegiadas. Es preciso referirnos a que se tratan de una serie de excepciones al principio *prior in tempore potior in iure* el cual se aplicaba como regla general para los casos en los que existían una pluralidad de acreedores, cogiendo como base el momento de constitución de la primera hipoteca, es decir, el momento a partir del cual las dos partes consienten en obligarse.

Respecto del surgimiento de la segunda hipoteca, las fuentes la sitúan en la época de los Severos, aunque la plena eficacia de ambas hipotecas en la práctica se produce de manera paulatina. La referencia más clara a la existencia de dos hipotecas sobre la misma cosa, se encuentra en un texto de Juliano.

Respecto del principio de prioridad temporal aplicado desde antiguo en la práctica jurídica, constituyen excepciones al mismo la intervención del *successio in locum* y el *ius offerendi*, así como por la intervención de las hipotecas privilegiadas. Hemos procedido a dividir las según la época en la que surgieron, destacando en época clásica hipoteca privilegiada a favor del fisco, a favor del que ha dado dinero para la conservación o mejora de la cosa y a favor de los banqueros. Respecto de la primera hipoteca citada, destaca que no siempre será preferente, si no que gozará de esta condición cuando actúe como figura pública en el cobro de tributos, no así cuando actúe como particular, respecto de negocios posteriores a su surgimiento, admitiendo variaciones en la práctica. En referencia a la hipoteca a favor del que ha prestado dinero para la mejora de la cosa, el cual tuvo gran amplitud en la práctica y cede frente al privilegio anterior y frente al crédito dotal, aunque tuvo excepciones en la práctica. Finalmente en época clásica el privilegio a favor de los banqueros, los cuales tuvieron su época de mayor esplendor en tiempos de Justiniano cuando se les conceden las mayores garantías para hacer frente a impagos de sus deudores, que finalmente cristaliza en una hipoteca general sobre los bienes de los mismos.

Seguidamente en época posclásica surgen otra serie de hipotecas privilegiadas entre las que se encontraban la hipoteca recogida en documento y la hipoteca privilegiada a favor de la mujer por restitución de la dote. La primera de ellas, que constituye el antecedente histórico de nuestro sistema de publicidad actual, y surge a través de una constitución del emperador León en la que se establece la preferencia de las escrituras formalizadas en documento público en detrimento de las constituidas en escritura privada. Finalmente se encuentra la hipoteca constituida a favor de la mujer para la restitución de la dote, dio lugar a diversas cuestiones en la práctica siendo preferente en confluencia con otras hipotecas privilegiadas incluso frente a créditos anteriores. Fue fruto de variaciones hasta que con Justiniano se exige su restitución por parte del marido en cualquier caso y la acción especial que se había concedido a la mujer para obtener la restitución de la dote, pasa a formar parte del caudal hereditario con el fin de que puedan ejercerla sus hijos.

Con este estudio se ha pretendido establecer los fundamentos de los que trae causa nuestro actual sistema hipotecario, dado que en la tradición romana sienta las bases y da solución a cuestiones que tienen lugar en nuestros días, por ello resulta de gran relevancia proceder a su conocimiento y entender su origen, dado que a pesar de que las transacciones no tuvieran la complejidad que poseen en la actualidad.

10. BIBLIOGRAFÍA

- Antonio Fernández Buján “Derecho Público Romano”. Ed. Civitas S.A
- Eduardo Volterra “Instituciones de Derecho Romano”. Ed. Civitas S.A
- Francisco Samper “Derecho Romano”.
- Joan Miquel Gonzáez, Anuario de Historia del Derecho Español, 29 (1959)
- J. Arias Ramos “Derecho Romano I. Parte General- Derechos Reales”. Ed. Revista de Derecho Romano, Madrid

- Lucía Bernad Segarra “La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en Derecho Romano y en Derecho Civil español”,2011.
- Lucía Bernad Segarra “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, 15 (2000)
- Lucía Bernad Segarra, “Sobre la *versio in rem*. Del *privilegium exigendi* a la hipoteca legal privilegiada en Derecho Romano”.
- Luigi Garofalo “La persecuzione dello stellionato in diritto romano”. Ed. CEDAM.
- Luis Mariano Robles Velasco “La pluralidad hipotecaria y el principio de prioridad: *prior in tempore potior in iure*”.
- Luis Mariano Robles Velasco “Las hipotecas privilegiadas en el Derecho Romano”.
- Fernández De Buján, A. «Documentación y notariado en Derecho Romano», Revista General de Derecho Romano, 3. 2004.
- Fernández De Buján, A. «Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana», Revista de la Universidad Autónoma de Madrid. 2005.